

Le principe d'égalité en droit international privé de la famille : étude à partir d'une comparaison franco-italienne des statuts familiaux

Ambra Marignani

► To cite this version:

Ambra Marignani. Le principe d'égalité en droit international privé de la famille : étude à partir d'une comparaison franco-italienne des statuts familiaux. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2021. Français. NNT : 2021PA100002 . tel-03277280

HAL Id: tel-03277280

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-03277280>

Submitted on 2 Jul 2021

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

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

Membre de l'université Paris Lumières

Ambra MARIGNANI

**Le principe d'égalité en droit
international privé de la famille**

Étude à partir d'une comparaison franco-italienne des statuts
familiaux

Thèse présentée et soutenue publiquement le 5 janvier 2021
en vue de l'obtention du doctorat en Droit privé et sciences criminelles de
l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme la Professeure Laurence SINOPOLI

Jury :

Rapporteure :	Madame Petra HAMMJE	Professeure, Université de Nantes
Rapporteur :	Monsieur Fabien MARCHADIER	Professeur, Université de Poitiers
Membre du jury :	Monsieur Philippe GUEZ	Professeur, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Monsieur Marc PICHARD	Professeur, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Madame Alessandra ZANOBETTI	Professeure, Università Alma Mater Studiorum di Bologna
Directrice de thèse :	Madame Laurence SINOPOLI	Professeure, Université Paris Nanterre

REMERCIEMENTS

L'achèvement de ce travail me remplit d'une grande fierté. Il ne m'appartient, certes, pas d'en apprécier la qualité. Néanmoins, ces années de thèse m'ont vue évoluer intellectuellement et encore davantage personnellement. Le mérite ne me revient cependant qu'à moitié et je me dois de le partager avec tous ceux qui y ont contribué.

Mes remerciements s'adressent en tout premier lieu à ma directrice de thèse, Laurence Sinopoli. Votre intelligence et votre esprit critique ont été une ressource inestimable dans l'évolution de ma pensée. Je vous remercie pour votre constante disponibilité, pour votre réactivité indéfectible et pour votre bienveillance sans bornes. Les paroles ne suffisent pas à rendre hommage au soin que vous avez dédié à mon travail.

Je souhaite également adresser mes profonds remerciements à Marjolaine Roccati, à Eric Millard, à Marie-Noëlle Jobard-Bachelier et à Elsa Fondimare pour les relectures attentives au cours de ces années et pour leurs précieux conseils.

Mes remerciements vont également aux membres de mon jury de thèse.

Un remerciement pour Philippe Guez. Je n'oublierai pas l'aide que vous m'avez apportée lorsque j'ai souhaité entreprendre la voie académique, de même que votre présence en cette fin de parcours.

Un remerciement pour Fabien Marchadier et pour Petra Hammje dont les écrits m'ont initiée à la réflexion dans ce travail de thèse, et déjà avant, lors de la rédaction de mes mémoires de Master. Ma pensée s'est construite en marchant dans vos pas.

Un remerciement pour Alessandra Zanobetti et pour Marc Pichard, qui m'ont vue sortir du Master d'Études bilingues des droits de l'Europe, l'une, et entrer en thèse et évoluer entre les murs de l'Université de Nanterre, l'autre, et qui ont eu la gentillesse d'accepter d'être présents lors de l'achèvement de ce chemin.

Je veux également remercier tous ceux qui m'ont entourée au cours de cette expérience.

Un simple merci, aussi grand soit-il, ne saurait suffire pour Laura et Yoann qui m'accompagnent chaque jour depuis le début de cette aventure et avec qui, et grâce à qui, ce travail a avancé page après page, doute après doute, rire après rire. Un remerciement particulier va à Noémie, Huê, Marie, Benoît, Sarah, Fred, Gilbert, Jessica et Prudence, pour avoir été à mes côtés dans la dernière ligne droite, mais qui ont également été des précieux compagnons de voyage.

Ringrazio i miei genitori e miei nonni per avermi spinto senza sosta ad oltrepassare i miei limiti e per il loro sostegno indefettibile. Siete stati il motore di ogni vittoria, anche di questa. Je remercie également ma belle-famille, pour les relectures, mais également pour les week-ends d'évasions de la thèse, qui m'ont ensuite permis d'y revenir avec encore plus d'énergie.

Je remercie tous les collègues et amis du CEJEC, du CEDCACE, du CREDOF et du CEDIN, mais également les amis de la « salle 102 », pour les moments de partage et de réflexion. Un remerciement spécial à Zoubida Saidi, à Marie-Gabrielle Thiant et à Laurence Tacquard pour leur disponibilité et pour m'avoir permis de bénéficier de cadres de travail accueillants.

Il y a cependant une personne avec qui, hasard veut, ce voyage a commencé, mais sans qui ce travail n'aurait pas pu voir le jour. C'est celui qui a égayé les jours difficiles, avec qui j'ai célébré les petites et grandes victoires de ce parcours de thèse. C'est celui qui croit en moi, qui me donne de la force et me soutient toujours, jusqu'au bout. Merci à John, mon époux, à qui je dois tout et à qui ce travail est dédié.

Résumé :

Le principe d'égalité est protégé en droit international privé en tant que droit fondamental internationalement reconnu. Ce caractère du principe d'égalité justifie actuellement de lui attribuer une vocation universelle et, par-là, d'en imposer le respect dans les litiges impliquant des ordres juridiques qui ne garantissent pas ce principe. Le principe d'égalité présente cependant une spécificité souvent ignorée. Il s'agit d'un principe méthodologique. Cela implique que les exigences substantielles dont le respect s'impose concrètement dans les litiges présentant une dimension internationale ne découlent pas directement des consécutions du principe d'égalité. En matière familiale, les exigences substantielles d'égalité sont essentiellement définies en droit national, en fonction de la conception de la famille du for, telle qu'elle résulte de l'influence exercée par les instances supranationales. À ce dernier niveau, et notamment au niveau européen, ce travail de définition ne peut pas non plus être délié de considérations particularistes. L'internationalité du principe d'égalité n'est donc pas un gage de l'internationalité des exigences substantielles d'égalité et la vocation universelle attribuée à ce principe doit être discutée. Se pose ainsi la question de savoir si un équilibre peut être trouvé entre la protection des exigences substantielles d'égalité et la garantie de la continuité des situations, là où la protection des premières conduirait à la discontinuité. Les méthodes de résolution des litiges privés internationaux ne se révéleront pas utiles à cet égard, de même que l'exigence de reconnaissance de situations créées à l'étranger parfois posée par les juridictions européennes au nom des droits fondamentaux. L'étude montre en revanche que, lorsqu'un contrôle d'égalité est mis en œuvre, la continuité des situations dépend de la qualification retenue et de la tolérance dont la conception de la famille du for, telle qu'influencée par les exigences d'égalité européennes, peut faire preuve à l'égard des situations familiales divergeant du droit interne.

Mots-clés : Égalité - Non-discrimination - Droits fondamentaux - Droits de l'homme - Principes généraux du droit - Droit international privé - Ordre public international - Reconnaissance - Lois de police - Droit de la famille - Continuité des situations - Statut personnel - Statut familial - Harmonie internationale des solutions - Cohésion interne - Communauté de valeurs - Conflit de cultures

Abstract :

The principle of equality is protected in private international law as a fundamental right that is commonly shared on the international level. This characteristic justifies nowadays the universal dimension which is allocated to the equality principle, making its fulfilment a compulsory mandate against laws which don't necessarily guarantee its protection in private international disputes. However, the equality principle features a regularly ignored specificity. It is, in fact, more of a methodological principle. This premise implies that the fulfilment of the equality principle doesn't derive from the principle itself but from substantial values stemming from competing national laws in private international disputes. Pertaining to family relations, the substantial requirements imposed under the equality principle are essentially defined by national law according to a national notion of family law, albeit influenced by overarching international institutions. Even at the international level, the notion of equality cannot do away with municipal considerations. Thus, when the equality principle stems from international norms, their origin isn't a guarantee of the international value of the substantial requirement brought forth by said principle. Its universalism must then be rediscussed. In private international law, this observation begs the question as to whether a balance can be found between the protection of the equality principle's substantial requirements and that of the continuity of legal status throughout legal orders, where the protection of the former would lead to discontinuity. Traditional private international law methods do not appear to be especially useful in that respect, as well as the requirement for recognition of situations created abroad by European courts, in the name of fundamental rights. Our analysis shows nonetheless that, in applying the equality principle to a private international dispute, continuity of legal status depends mainly on both its legal characterization and the degree of tolerance which can be shown by the laws and courts of the forum towards diverging figures of family relation.

Keywords : Equality - Non-discrimination - Fundamental Rights - Human Rights - General Principles of Law - Private International Law - Public Policy - Recognition - Mandatory Rules - Family Law - Continuity of Personal Status - Family Status - International Harmony – Internal Cohesion - Community of Values - Clash of Cultures

Droits d'auteur :

Droits d'auteur réservés. Toute reproduction sans accord exprès de l'auteur à des fins autres que strictement personnelles est prohibée.

SOMMAIRE

PARTIE I : DES EXIGENCES SUBSTANTIELLES D'ÉGALITÉ NON INTERNATIONALES

Chapitre 1) Des exigences non définies par les dispositions relatives à l'égalité

Chapitre 2) Des exigences non définies par la règle de l'égalité de traitement

PARTIE II : DES EXIGENCES SUBSTANTIELLES D'ÉGALITÉ PARTICULARISTES

Chapitre 1) Des exigences dépendantes de conceptions nationales de la famille

Chapitre 2) Des exigences dépendantes de conceptions européennes de la famille ?

PARTIE III : LE RELATIVISME DES EXIGENCES SUBSTANTIELLES D'ÉGALITÉ ET LA CONTINUITÉ DES SITUATIONS

Chapitre 1) La continuité des situations non garantie par les méthodes de droit international privé

Chapitre 2) La continuité des situations limitée par les exigences substantielles d'égalité

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

§/ §§ : paragraphe(s)

aff. : affaire

AIC : Associazione italiana costituzionalisti

AJ Fam. : Actualité juridique famille

AJCT : Actualité juridique collectivités territoriales

AJDA : Actualité juridique droit administratif

APD : Archives de philosophie du droit

Arch. civ. : Archivio civile

art. : article

C. cass. : Cour de cassation

C. const it. : Cour constitutionnelle italienne

C. const. fr. : Conseil constitutionnel français

c. : contre

CA : Cour d'appel

Cah. dr. eur : Cahiers du droit européen

CDFUE : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

CDH : Comité des droits de l'homme

CEDEF : Convention internationale sur

l'élimination de toutes les formes de

discriminations à l'égard des femmes

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

cf. : *confer*

CGI : Code général des impôts

Ch. réun. : *Sezioni unite* (Chambres réunies) de la Cour de cassation italienne (cette formation correspond à l'assemblée plénière de la Cour de cassation française)

Ch. : chambre

Chron : chronique

CIDCP : Convention internationale sur les droits civils et politiques

civ. : civil(e)

CJUE : Cour de justice (de l'Union européenne)

Cod. civ. : Code civil

CDH : Comité des droits de l'homme des Nations Unies

comm. : commentaire

Comm. EDH : Commission européenne des droits de l'homme

Const. : Constitution / constitutionnel(le)

Corr. Merito : Corriere del merito

Corriere giur. : Il corriere giuridico

Crim. : Criminel(le)

CSP : Code de la santé publique

D. : Recueil Dalloz

D.lgs. : décret législatif (italien)

D.P.R. it. : décret du Président de la République italienne

dactyl. : dactylographié

DC : Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz (de 1941 à 1944)

DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

DDL : disegno di legge (italien) (proposition de loi)

Déc. : décision

Dir. : Diritto

dir. : sous la direction de

Dir. Fam. Pers. : Diritto di famiglia e delle persone

Dir. comp. : Diritti comparati

Dir. e giust : Diritto e giustizia

Dir. : sous la direction de

DP : recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)

Dr. fam. : Droit de la famille (revue)

Dr. pén. : Droit pénal (revue)

Dr. soc. : Droit social (revue)

DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme

e.a. : entre autres

éd./ rééd. : édition / réédition

Fam. dir. : Famiglia e Diritto

Fam. min. : Famiglia e minori
Fam. pers. e succ. : Famiglia, Persone e Successioni
fasc. : fascicule
Foro amm. : Il Foro amministrativo
Foro it. : Il Foro italiano
Foro pad. : Foro padovano
fr. : français
GACEDH : Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, 9^e éd., PUF, Paris, 2019
GADIP : Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5^e éd., Dalloz, Paris, 2006
GAJC : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1 et 2, 13^e éd., Dalloz, Paris, 2015
Gazzetta giur. : La gazzetta giuridica
Gaz. Pal. : La Gazette du Palais
GDCC : Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 19^e éd., Dalloz, Paris, 2018
Giur. cost. : Giurisprudenza costituzionale
Giur. it. : Giurisprudenza italiana
Giurisdiz. amm. : Giurisdizione amministrativa
Giust. civ. : Giustizia civile
Giust. pen. : Giustizia penale
GU : Gazzetta ufficiale (journal officiel de la République italienne)
Guida al dir. : Guida al diritto
HLR : Harvard Law Review
Ibid : même œuvre, page différente
Idem : même œuvre, même page
IHEI : Institut des Hautes Études Internationales
in : dans
infra : ci-dessous
it. : italien/ne (*italiano/a*)
JCl. Admin. : JurisClasseur Administratif
JCl. Cod. civ. : JurisClasseur Civil Code
JCl. Dr. int. : JurisClasseur Droit international
JDI : Journal de droit international (Clunet)
JEDH : Journal européen des droits de l’homme

JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JORF : Journal officiel de la République française
JOUE : Journal officiel de l’Union européenne
JRC : Jurisprudence – Revue Critique
JCP G : La Semaine juridique, édition générale
JCP N : La Semaine juridique Notariale et Immobilière
Lavoro giur. : Il Lavoro nella giurisprudenza
Mass : Massimario
Mass. giur. lav. : Massimario di giurisprudenza del lavoro
n. : note
n.d.A : note de l’auteur
n°/n^{os} : numéro(s)
NCCC : Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
Nuova giur. civ. : La nuova giurisprudenza civile commentata
obs. : observations
op. cit. : *opus citatum*, œuvre citée
Ord. : Ordinanza (Cour de cassation italienne) ou ordonnance
Orient. giur. lav. : Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
Oss. cost. AIC : Osservatorio costituzionale Associazione italiana dei costituzionalisti
p. /pp. : page(s)
PdL : Proposta di legge (projet de loi)
préc. : précité
prev. : previdenza
Rass. avv. Stato : Rassegna avvocatura dello Stato
Rass. dir. civ. : Rassegna di diritto civile
RCADI : Recueil des cours de l’Académie de La Haye
RDDH : La revue des droits de l’homme
RDLF : Revue des droits et libertés fondamentaux
Rép. dr. admin. : Répertoire du droit administratif (Dalloz)

Rép. dr. eur : Répertoire de droit européen (Dalloz)

Rép. dr. int. : Répertoire de droit international (Dalloz)

Rép. proc. civ. : Répertoire de procédure civile (Dalloz)

Rép. trav. : Répertoire de droit du travail (Dalloz)

req. : requête

Rev. dr. pub. : Revue du droit public

Rev. trav. : Revue du droit du travail

Rev. UE : Revue de l'Union européenne

Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé

RAE : Revue des affaires européennes

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

RIDC : Revue internationale de droit comparé

Riv. : Rivista

Riv. AIC : Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti

Riv. dir. int. priv. e proc. : Rivista di diritto internazionale privato e processuale

RDI : Rivista di diritto internazionale

Riv. dir. trib. : La Rivista di diritto tributario

Riv. SSEF : Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze

Riv. int. fil. dir. : Rivista internazionale di filosofia del diritto

Riv. it. dir. lav. : Rivista italiana di diritto del lavoro

Riv. trim. dir. e proc. civ. : Rivista trimestrale di diritto e procedura civile

RJPF : Revue juridique personnes et famille

RLDC : Revue le Lamy Droit civil

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD Eur. : Revue trimestrielle de droit européen

RUDH : Revue universelle des droits de l'homme

S. : Recueil Sirey (jusqu'en 1965)

s. : suivant

Soc. : sociale

spéc. : spécialement

ss. : sous

supra : ci-dessus

T. : tribunal

t. : tome

T.d.A. : traduction libre de l'auteur

TCE : Traité instituant la Communauté européenne

TCEE : Traité instituant la Communauté économique européenne

TCFDIP : Travaux du Comité français de droit international privé

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

trav. : travail

TUE : Traité sur l'Union européenne

UE : Union européenne

v. : voir

Vita not. : Vita Notarile

vol. : volume

INTRODUCTION

1. Le concept d'égalité a traversé les siècles de l'Histoire. Déjà prôné dans la Grèce antique¹, il constitue depuis des millénaires un pilier de la réflexion juridique visant à répondre à un « besoin élémentaire de justice »². La conception et surtout les implications de ce principe³ n'ont cependant jamais été figées dans le temps⁴. L'inégalité entre l'homme libre et l'esclave était naturelle dans la pensée d'ARISTOTE⁵ et les destinataires de l'« exigence d'égalité »⁶ n'étaient alors que les citoyens. De la même manière, le but de la consécration du principe d'égalité dans la Déclaration universelle des droits de l'homme était originellement circonscrit à l'élimination des classes et des ordres⁷.

Aussi, l'influence du principe d'égalité sur les droits civils des pays occidentaux a été limitée jusqu'à ce que ce principe s'inscrive dans un plus large mouvement de fondamentalisation⁸ et

¹ Ce concept a été formulé au IV^e siècle av. J.-C. par l'école pythagoricienne. Cf. A. ROSS, *On law and justice*, Stevens & sons limited, Londres, 1958, p. 268.

² A. PIZZORUSSO, « Le principe d'égalité dans la doctrine et la jurisprudence italienne », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, rapport public n° 48, 1996, EDCE, La documentation française, Paris, 1998, p. 209.

³ Nous renvoyons aux considérations de Monsieur SWEENEY quant à la possibilité de qualifier l'égalité de « principe », voire de « principes » en raison de la malléabilité de ce concept qui peut ainsi avoir des implications différentes d'un système juridique à l'autre (M. SWEENEY, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, dactyl., Université Paris Nanterre, 2010, pp. 16-18). *Contra*, P. MAZIÈRE qui discute l'existence d'un principe d'égalité en droit privé et qui voit en ce concept une technique de protection et de promotion des individus, v. P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, p. 430. Également dans le sens de ce dernier auteur, G. CALVÈS, v. « Égalité (principe d') », in D. CHAGNOLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2007, p. 377.

⁴ Pour une explication détaillée des sens que le principe d'égalité a assumés dans l'histoire nous renvoyons à la thèse de F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. Economica, PUAM, Aix-en-Provence, 1997, pp. 26-33 ; v. également P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, op. cit., pp. 25-33.

⁵ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Traduction J. Tricot, Livre V, spéc. n° 10, §§ 1134a - 1136a, « Justice sociale - Justice naturelle et justice positive », Éditions Les Échos du Marquis [en ligne], 2014, p. 117 ; ARISTOTE, *La Politique*, Bréal, Rosny, 2016, §§ 4-5.

⁶ L'expression est empruntée à Monsieur SWEENEY. V. M. SWEENEY, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, op. cit., pp. 13-27 et spéc. pp. 23-24. L'auteur l'emploie en référence à l'ensemble des exigences dérivant des différentes consécration du principe d'égalité dans un ordre juridique. Dans le même sens J. PORTA, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 1ère partie », *Rev. Trav.*, n° 5, 2011, p. 290 et s., § 2.

⁷ TOCQUEVILLE remarquait à ce propos que « [l']objet réel de la révolution a bien moins été [...] la conquête de droits politiques que la destruction des privilèges », A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution*, Œuvres complètes, t. 1, Gallimard, Paris, rééd. 1952, p. 105. V. également G.-M. UBERTAZZI, « Règles de non-discrimination et droit international privé », *RCADI*, 1977, vol. 157, pp. 346-347.

⁸ V. à ce sujet A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, Paris, 2002 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les notions de droits et libertés fondamentaux en droit privé », *JCP*, n° 49, 2007, doctr. 211 ; Y. LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in J. CARBONNIER, J.-L. HALPÉRIN, J. COMMAILLE, F. EWALD (dir.), *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Lexisnexis, Paris, 2004, p. 171 et s. ; G. HELLERINGER, K. GARCIA, « Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé », *RIDC*, n° 2, 2014, pp. 283-336 ; J.-P.

de constitutionnalisation⁹ du droit privé. L'absence d'attention portée au principe d'égalité en la matière a ainsi perduré jusqu'à ce qu'il soit consacré en tant que principe à valeur constitutionnelle¹⁰. Les consécutions au niveau supranational de dispositions interdisant les discriminations ont ensuite marqué de manière définitive le début du travail de relecture du droit privé en termes de conformité au principe d'égalité¹¹.

2. **L'objet de l'étude : le principe d'égalité formelle.** - L'égalité dont il est ici question est plus exactement le principe d'égalité formelle, qui est défini par opposition au principe d'égalité réelle¹². Cette distinction renvoie à l'ancienne dichotomie déjà mise en évidence par

MARGUÉNAUD, *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation française, Paris, 2001 ; B. NABLI, « Européanisation et constitutionnalisation du droit national », in J. ZILLER (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, Paris, 2003 ; J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in René Cassin *Amicorum discipulorumque liber. Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, t. 3, Pedone, Paris, 1971, pp. 311-322 ; dossier « La fondamentalisation du droit privé », contributeurs : S. AMRANI-MEKKI, F. CHÉNEDÉ, W. DROSS, G. LOISEAU, J.-P. MARGUÉNAUD, M. MEKKI, J. MOULY, T. PIAZZON, *Revue de droit d'Assas*, n° 11, 2015, pp. 32-118.

⁹ V. à ce sujet L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in G. CONAC, H. MAISL, J. VAUDIAUX (dir.), *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, Paris, 1982, p. 235 ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in J.-B. AUBY, J.-M. AUBY, J.-J. BIENVENU (dir.), *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, p. 25 ; M. FRANGI, *Constitution et droit privé. Les droits individuels et les droits économiques*, Economica, PUAM, Paris, Aix-en-Provence, 1992 ; F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD Civ.*, n° 2, 1982, pp. 245-328 ; B. MATHIEU, « Droit constitutionnel et droit civil : de vieilles outres pour un vin nouveau », *RTD Civ.*, n° 1, 1994, pp. 59-65 ; N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Paris, 1997 ; du même auteur, « La constitutionnalisation du droit civil », in B. MATHIEU (dir.), *1958 - 2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 419-426 ; A. VIDAL-NAQUET, « La constitutionnalisation des branches du droit et "l'impérialisme du droit public" », in X. BIOY (dir.), *L'identité de droit public*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Éditions, Toulouse, 2011, pp. 89-103.

¹⁰ Avant que le principe d'égalité ne fasse son entrée dans les constitutions occidentales, il faisait l'objet de consécutions jurisprudentielles uniquement dans le domaine du droit public, comme cela a été le cas en France et en Italie. Cf. G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, Paris, 1996, pp. 3-6 ; J.-F. THÉRY, F. STASSE, « Sur le principe d'égalité », *op. cit.*, pp. 21-24 ; P. RESCIGNO, « Sul cosiddetto principio d'eguaglianza nel diritto privato », *Foro it.*, n° 1, 1960, p. 664 et s. ; F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, n° 3, 1982, pp. 115-131, spéc. p. 117 et s.

¹¹ De cet avis, G.-M. UBERTAZZI, « Règles de non-discrimination et droit international privé », *op. cit.*, pp. 344-345.

¹² Des flottements terminologiques existent autour de cette notion, oscillant notamment entre « égalité réelle » et « égalité substantielle ». Le droit positif français a en effet consacré la première expression dans la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*. La jurisprudence constitutionnelle italienne fait depuis 1979 (C. const. it., 16 novembre 1979, n° 131) référence au qualificatif « substantiel ». Par ailleurs, il n'est pas rare d'entendre la doctrine parler d'« égalité de fait » : cf. J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, Paris, 1965, p. 349. Malgré ces fluctuations, le sens qui est renvoyé par ces expressions est le même : comme le souligne Monsieur PORTA « elles ont toutes en commun de vouloir s'affranchir de l'abstraction du droit pour toucher à une concrétisation » (J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2e partie) », *Rev. trav.*, n° 5, 2011, p. 354 et s., spéc. § 25). L'auteur propose cependant d'introduire des sous-distinctions sémantiques entre égalité matérielle, substantielle et réelle (*idem*, §§ 25-49). Monsieur DUBOUT distingue, de même, entre l'égalité substantielle et l'égalité réelle, E. DUBOUT, « Principe

ARISTOTE dans *Éthique à Nicomaque* employant les notions d'égalité *distributive* et d'égalité *corrective*¹³.

Le principe d'égalité formelle, également appelé principe d'égalité juridique¹⁴, correspond au principe d'égalité distributive des droits. Ce principe pose la *règle de l'égalité de traitement* qui s'exprime dans la formule classique de l'exigence de prévoir un traitement identique pour des situations comparables et un traitement distinct pour des situations différentes¹⁵. Contrairement au principe d'égalité réelle, il ne s'intéresse pas aux conditions dans lesquelles les sujets se trouvent concrètement. Sous cet angle, l'égalité formelle et l'égalité réelle sont antinomiques¹⁶, au point que RIPERT dénommait la seconde l'« inégalité devant la loi »¹⁷. Néanmoins, cette opposition mérite d'être nuancée. Les deux conceptions peuvent être analysées comme étant en continuité l'une par rapport à l'autre. Premièrement, l'égalité réelle ne peut être exigée qu'à l'égard de deux situations comparables. Ceci suppose d'avoir préalablement fait jouer la règle de l'égalité de traitement afin de déterminer quelles situations sont comparables et méritent d'être traitées « à égalité ». En second lieu, il n'est pas exclu que la simple application du principe d'égalité formelle, et donc la garantie de prérogatives identiques à deux catégories,

d'égalité et droit de la non-discrimination », *J.-Cl. Libertés* 2009, fasc. 500, § 6. Du point de vue des conceptions de l'égalité consacrées au niveau constitutionnel, France et Italie s'opposent partiellement : l'Italie consacre aussi bien le principe d'égalité formelle (art. 3, al. 1^{er} Const. it.) que d'égalité réelle (art. 3, al. 2 Const. it.) au niveau constitutionnel. La France consacre, en revanche, au sein de son bloc de constitutionnalité le principe d'égalité formelle, même si des infléchissements de ce principe, penchant vers la reconnaissance de l'égalité réelle, ont commencé à voir le jour (art. 1^{er} al. 2 Const. fr. introduit par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République). Sur la notion d'égalité réelle v. également M. LOSANA, *Il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento dell'Unione europea: modelli di riconoscimento, tecniche di realizzazione, strumenti di garanzia*, Jovene Editore, Naples, 2010. Sur l'effectivité de la non-discrimination, v. R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, dactyl., Université Paris Nanterre, 2020.

¹³ ARISTOTE faisait plus précisément référence aux principes de *justice distributive* et de *justice corrective* (ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, op. cit., spéc. n°5, 1130b-1131a, p. 109). Des auteurs font référence, relativement à la notion de justice distributive, à celle de justice proportionnelle (Cf. O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy, PUF, 2003, p. 586) ; F. ROUVIÈRE, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *JRC*, 2012, p. 89 et s., spéc. point 5, § 12, qui explique que cette justice est dite « distributive » puisqu'elle est fondée sur une égalité géométrique, et donc sur une proportionnalité.

¹⁴ J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », op. cit., p. 349. Cf. J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2e partie) », op. cit., p. 354 et s., spéc. § 9. Sur ce sujet v. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « L'égalité juridique », in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité et Inégalités*, Odile Jacob, Paris, 2003.

¹⁵ G. CALVÈS, v. « Égalité (principe d') », in D. CHAGNOLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 377.

¹⁶ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « L'égalité juridique », op. cit., p. 63 : « [...] si dans les deux cas, les sujets sont traités de la même manière par la "loi" et sont donc tous égaux devant la loi, la règle peut contribuer à l'égalisation, ou au contraire accentuer les inégalités. Il y a donc là un choix politique à exercer [...] » ; E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », op. cit., § 9.

¹⁷ G. RIPERT, *Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine*, LGDJ, Paris, 1949, p. 33 ; Monsieur RIVERO souligne par ailleurs que « les deux inspirations se situent aux antipodes l'une de l'autre ; c'est toujours l'égalité qui est en jeu, mais ce n'est plus la même » (J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », op. cit., pp. 350-351).

permette d'atteindre le résultat recherché. En effet, ce n'est que lorsque l'application de la règle de l'égalité de traitement ne permet pas d'aboutir à une égalité des conditions que la poursuite de l'égalité réelle pourra éventuellement exiger de rompre l'identité de traitement. En ce sens, la poursuite de l'égalité réelle est susceptible de constituer un motif de dérogation à la règle de l'égalité de traitement, et donc au principe d'égalité entendu au sens formel¹⁸.

3. En droit international privé, la protection du principe d'égalité ainsi délimité est l'un des multiples enjeux qui coexistent. Or, des questions surgissent de manière spécifique relativement à la recherche d'un équilibre entre ce principe et le souci de garantir la continuité des situations à travers les ordres juridiques. Ces questions se posent à la lumière du fait que le principe d'égalité peut être analysé sous deux angles différents. L'un tient au qualificatif de « droit fondamental » qui lui est attribué. L'autre tient à sa nature purement méthodologique **(I)**. La doctrine n'a pas porté un intérêt égal à chacune de ces perspectives. L'analyse de la coexistence du principe d'égalité avec la continuité des situations a notamment été opérée uniquement à la lumière du qualificatif de « fondamental » attribué au principe d'égalité. La question de leur agencement se pose cependant dans des termes renouvelés lorsque l'analyse est effectuée à la lumière de la nature méthodologique du principe d'égalité **(II)**.

I. Les termes du sujet : deux volets du principe d'égalité

4. **Un droit fondamental.** - Qualifié de droit fondamental, le principe d'égalité a été au cœur de plusieurs réformes législatives. Ces évolutions ont affecté de manière particulière le droit de la famille français et plus généralement des pays européens, parmi lesquels figure le droit italien qui servira de comparateur au cours de cette étude. Ces législations ont vu disparaître de nombreuses différences de traitement anciennement prévues au détriment des femmes, des enfants nés hors mariage, ainsi que des individus homosexuels. Les institutions européennes, et notamment la Cour européenne des droits de l'homme, ont participé à ce

¹⁸ En ce sens, B. JORION, « Égalité et non-discrimination en droit public français », in G. KOUBI, G. GUGLIELMI (dir.), *L'égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, Paris, 2000, pp. 141-165, spéc. p. 151. Cette lecture de la différence de traitement ne fait cependant pas l'unanimité au sein de la doctrine. Des auteurs excluent que l'introduction de différences de traitement ayant pour finalité d'éliminer des différences de fait constitue une dérogation au principe d'égalité. Ils se posent cependant sur un plan différent, celui de la protection de l'égalité matérielle. V., par exemple, D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, PUAM, Aix-en-Provence, 2013. D'autres auteurs considèrent en revanche que la consécration d'un principe d'égalité des sexes comporte aussi bien une prohibition de la discrimination qu'un objectif d'élimination des différences de fait. E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, dactyl., Université Paris Nanterre, 2018, e.a., § 5, p. 15, et plus généralement la première partie de l'ouvrage.

mouvement¹⁹.

Le droit international privé a également été touché par l'avènement du principe d'égalité. WENGLER s'est ainsi penché sur l'exigence d'égalité entre États, ce qui aurait pu entraîner un traitement à égalité parfaite de la loi nationale et de la loi étrangère²⁰. Une plus grande transformation a cependant eu lieu lorsque la logique de la « justice matérielle », soucieuse de la « qualité »²¹ de la solution à laquelle conduit l'application des différentes méthodes de droit international privé, a fait son apparition. Celle-ci s'est inscrite à côté de la notion de justice de droit international privé²², intéressée à soumettre chaque rapport de droit à la loi la plus apte à la régir et à garantir la sécurité juridique²³. À ce titre, les règles de conflit introduisant des discriminations ont été largement, mais pas complètement, éliminées, mouvement qui n'a pas manqué de faire l'objet d'études doctrinales²⁴. Ces évolutions ont rejoint l'exigence préexistante de conformité des solutions aux valeurs essentielles de l'ordre juridique du for, parmi lesquelles figure, depuis longtemps, le principe d'égalité²⁵. L'essor des droits fondamentaux garantis au niveau supranational, et notamment par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (par la suite CESDH)²⁶ et par le droit de l'Union européenne, a renforcé davantage le principe d'égalité en droit

¹⁹ V. L. TOMASI, « La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: agli artt. 8 e 14 CEDU », *Questione giustiziala*, n° 2, 2019, pp. 39-52.

²⁰ W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *Rev. crit. DIP*, 1963, pp. 203-231.

²¹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, PUF, Paris, 2017, pp. 427, § 359. V. également Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, § 50 qui voyait la règle de conflit bilatérale comme une « recette » permettant d'aboutir à un résultat compatible avec l'ordre juridique du for. Madame MUIR WATT rappelle également que la qualification *lege fori* participe à ce contrôle qualitatif (H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, dactyl., Université de Paris 2 Panthéon - Assas, 1985, p. V).

²² Sur ce débat v. G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *RCADI*, vol. 122, 1964, pp. 91-268, spéc. p. 198 ; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 316-344 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, n° 4, 2000, pp. 797-818 ; A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009 ; P. COURBE, « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, p. 236.

²³ F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, *op. cit.*, p. 244, § 175 ; P. COURBE, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 236 ; P. MEYER, « La fondamentalisation du droit international privé portant sur les personnes et les relations familiales », *RDLF*, 2020, chron. n° 53, § 2.

²⁴ V. notamment G.-M. UBERTAZZI, « Règles de non-discrimination et droit international privé », *op. cit.*, pp. 348-356, et spéc. Chapitre II.

²⁵ Bien que, comme nous serons amenée à le voir, souvent le contrôle de la conformité de la norme étrangère au principe d'égalité est englobé dans le contrôle de conformité à l'ordre public international et ne mentionne pas expressément ce principe, v. *infra*, § 262 et s.

²⁶ Cette convention, qui date du 4 novembre 1950, a été ratifiée par la France le 3 mai 1974 et par l'Italie le 4 août 1955.

international privé dans les ordres juridiques²⁷ qui le garantissent.

Le principe d'égalité ne se résume cependant pas à son caractère fondamental.

5. **Un principe purement méthodologique.** - Comme Madame CALVÈS le souligne « [l']égalité est d'abord une valeur, un principe fondateur de notre droit. Mais elle apparaît aussi, envisagée sous un autre angle, comme un simple principe de logique formelle, un instrument de mesure ou de contrôle dénué de tout contenu propre »²⁸. En effet, la règle de l'égalité de traitement qui définit le principe d'égalité ne pose pas d'exigences concrètes. Cette règle est, certes, porteuse d'une conception matérielle de la justice²⁹. PERELMAN soulignait à cet égard que, « de plus en plus, l'égalité est présentée comme un substitut de justice »³⁰, ce qui a conduit à « survaloriser »³¹ ce principe. Il s'agit cependant d'une conception matérielle *abstraite* de la justice. En effet, la règle de l'égalité de traitement ne permet pas de savoir qui devra faire l'objet de traitements identiques, ni de savoir qui devra être soumis à des traitements différents, par rapport à d'autres catégories d'individus, tant que la règle n'est pas appliquée dans un contexte spécifique. Ceci dépend du fait que l'exigence d'identité de traitement des situations comparables ne donne pas d'information concernant la majeure du syllogisme. La question de savoir « qui est assimilable à qui » ne trouve pas sa réponse dans la règle de l'égalité de traitement, et donc, dans le principe d'égalité.

En ce sens, ce principe pose uniquement des exigences méthodologiques puisqu'il s'épuise en un double questionnement. Il requiert en premier lieu de se poser la question de savoir si deux situations sont comparables. Ensuite, la nécessaire coexistence du principe d'égalité avec d'autres principes et intérêts porte à se demander si le traitement différent de situations comparables ou si le traitement identique de situations différentes se justifie³². Le principe d'égalité est donc un principe neutre d'un point de vue substantiel. De nombreux théoriciens

²⁷ L'expression « ordre juridique » est tenue pour synonyme de l'expression « système juridique ». Il s'agit cependant d'un choix de style. V. en effet les nuances qu'introduit D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans le conflit de lois*, LGDJ, Paris, 2008. Adde, Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, pp. 19-39, spéc. p. 2.

²⁸ G. CALVÈS, v. « Égalité (principe d') », in D. CHAGNOLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 373.

²⁹ Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, 2^e éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2012, p. 274.

³⁰ *Idem.*

³¹ F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, n° 1, 2009, pp. 213-242, spéc. p. 215.

³² *Idem.*

du droit, et notamment KELSEN³³, ROSS³⁴, PERELMAN³⁵, HART³⁶, RAWLS³⁷, BOBBIO³⁸ et encore Monsieur WESTEN³⁹ ont relevé cette caractéristique du principe d'égalité formelle. Ce trait a été par ailleurs exacerbé dans la pensée de certains d'entre eux, qui ont qualifié l'égalité de principe vide⁴⁰. Une conséquence majeure de ces considérations devra être mise en lumière. Le caractère exclusivement méthodologique du principe d'égalité implique notamment que les *exigences substantielles d'égalité* ne découlent pas du principe d'égalité lui-même.

6. **La notion d'« exigence substantielle positive, négative et neutre » de l'égalité.** - La notion d'« exigence substantielle d'égalité » ne doit pas être confondue avec la notion d'égalité réelle précédemment présentée. Par cette première expression, ainsi que par celle de « contenu de l'égalité » ou de « concrétisation du principe d'égalité » qui seront employées en tant que synonymes, nous entendons *le traitement identique ou différent qu'un ordre juridique prévoit pour deux catégories d'individus relativement à la garantie ou au refus d'un droit donné*. L'exemple du droit au mariage servira de base pour illustrer les trois types d'exigences substantielles d'égalité possibles.

Nous désignerons plus précisément par l'expression « exigence substantielle d'égalité positive » ou « exigence substantielle d'identité de traitement » le choix de traiter deux situations de manière identique conformément au principe d'égalité formelle. Il convient de rappeler qu'un tel traitement implique que les situations soient considérées comme comparables par l'autorité législative ou juridictionnelle. Tel est par exemple le cas des couples homosexuels et hétérosexuels du point de vue du droit au mariage en droit français, à partir du moment où cette union a été ouverte aux premiers⁴¹.

Nous entendrons, en revanche, par contenu « négatif » de l'égalité ou par « exigence substantielle de différence de traitement », le choix de traiter deux situations de manière distincte conformément au principe d'égalité formelle. Ceci peut découler de deux analyses

³³ H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ?*, Éditions Markus Haller, Genève, 2012, p. 67.

³⁴ A. ROSS, *On law and justice*, op. cit., p. 272.

³⁵ Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, op. cit., p. 76.

³⁶ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Faculté universitaire de Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 194, § 155.

³⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Éditions du Seuil, Paris, 1987, p. 89.

³⁸ N. BOBBIO, « Eguaglianza e egualitarismo », *Riv. int. fil. dir.*, 1976, n° 3, p. 332, § 2.

³⁹ P. WESTEN, « The empty idea of equality », *HLR*, vol. 95, n° 1, 1982, p. 537.

⁴⁰ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 194, § 155 ; Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, op. cit., p. 76 ; A. ROSS, *On law and justice*, op. cit., p. 272 ; P. WESTEN, « The empty idea of equality », op. cit., p. 537 et s.

⁴¹ Loi du 17 mai 2013 n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n° 0114 du 18 mai 2013 p. 8253. V. Ph. GUEZ, « Le mariage pour tous ou le changement dans la continuité », *Journal de Droit Comparé du Pacifique*, n° 20, 2014, pp. 87-111 ; S. GODECHOT-PATRIS, J. GUILLAUMÉ, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.*, n° 26, 2013, pp. 1756-1764 ; C. DEMUNCK, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *AJCT*, 2013, pp. 266-271 ; C. BIDAUD-GARON, « Le mariage sans sexe.... », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2013, dossier 18.

alternatives. L'autorité peut considérer que les situations sont différentes, ce qui induit la diversité des traitements prévus. Le traitement différent peut également être prévu pour deux situations considérées comme comparables, mais pour lesquelles un intérêt légitime justifie la différence de traitement. Le droit italien fournit l'exemple d'un contenu négatif du principe d'égalité : l'absence d'ouverture du mariage aux couples de même sexe témoigne d'une différence de traitement de ces couples par rapport aux couples de sexe opposé.

Les ordres juridiques nationaux peuvent ainsi définir des contenus positifs ou négatifs de l'égalité.

Les ordres juridiques supranationaux ne sont, en revanche, pas obligés d'imposer aux États un traitement identique ou différent des situations. Ils peuvent laisser les États libres de prévoir le traitement qu'ils souhaitent. Ce choix correspond à ce que nous dénommerons un contenu « neutre » de l'égalité. Dans ce cas, les ordres juridiques nationaux pourront opérer leur propre analyse de la comparabilité des situations et des intérêts à protéger et définir ainsi des exigences substantielles positives ou négatives de l'égalité. Un exemple de contenu neutre de l'égalité est fourni par la Cour européenne des droits de l'homme relativement au droit au mariage. La Cour n'exclut pas que les États considèrent les couples de même sexe et de sexe opposé comme comparables et qu'ils ouvrent le droit au mariage aux premiers⁴². La Cour n'impose cependant pas non plus que ce droit soit garanti, laissant aux États une large marge d'appréciation sur la question⁴³. Le traitement des couples relativement à l'attribution de ce droit peut ainsi demeurer différent dans les législations nationales des États parties au Conseil de l'Europe, conformément aux dispositions de la CESDH, et notamment à son article 12⁴⁴.

7. Cette brève présentation permet de mettre en lumière deux traits cardinaux du principe d'égalité. D'un côté se trouve le qualificatif de droit fondamental qui lui est souvent attribué. D'un autre côté se trouve la nature méthodologique de ce principe. Or, en droit international privé, les solutions actuelles sont centrées sur la nécessité de protéger ce principe en raison de son caractère fondamental, abstraction faite de son caractère méthodologique.

Cela porte à conséquences. Puisqu'il s'agit d'exigences fondamentales, leur respect s'impose

⁴² CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, § 55, *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, *ibid.*, p. 765, n. J. Hauser, *JCP G*, 2010, p. 1013, obs. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2010, p. 333, obs. V. Avena-Robardet.

⁴³ *Ibid.*, §§ 62 et 63.

⁴⁴ Dans l'arrêt *Schalk et Kopf* la Cour a en effet exclu l'applicabilité des articles 8 et 14 ainsi que des articles 12 et 14 à la question de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. Elle a affirmé à ce propos que le mariage « obéit aux lois nationales des États contractants » (*ibid.*, § 49). V. l'analyse critique qui en est proposée *infra*, § 719 et s.

dans les litiges privés internationaux. Lorsque le juge est confronté à une norme étrangère⁴⁵ contraire au principe d'égalité, une mise en balance des intérêts en cause est nécessaire. Cette opération n'est pas spécifique au principe d'égalité. Elle est plus généralement nécessaire dès lors que la protection des droits fondamentaux se heurte aux objectifs du droit international privé.

II. Le cadre de l'analyse

8. À la lumière de l'importance croissante de la continuité des situations dans le panorama juridique actuel, la recherche d'un équilibre entre celle-ci et la protection des droits fondamentaux, là où leur protection conduirait à la discontinuité des situations, est nécessaire **(A)**. Le principe d'égalité n'attire cependant pas l'attention à cet égard. En raison de l'internationalité des consécutions dont il fait l'objet, une large convergence est supposée exister entre les solutions commandées par le principe en cause et celles que dicte la garantie de la continuité des situations **(B)**. La prise en compte du caractère méthodologique du principe d'égalité conduira cependant à remettre en cause ce postulat, ce qui rendra nécessaire la recherche de solutions permettant d'agencer la protection du principe d'égalité et le souci de la continuité des situations lorsque la première conduit à la discontinuité des situations **(C)**.

A. La recherche d'un équilibre entre la protection de droits fondamentaux et la continuité des situations

9. Le droit international privé se construit autour d'une tension constante entre quête d'harmonie internationale des solutions ou, plus généralement, de coordination des ordres juridiques⁴⁶, et protection de la cohésion de l'ordre juridique du for⁴⁷. Là où la première vise le

⁴⁵ Nous empruntons la définition de « norme étrangère » donnée par Monsieur MAYER qui englobe dans cette expression aussi bien les lois étrangères désignées par les règles de conflit du for que les décisions étrangères, juridictionnelles ou non portées à l'attention des juges du for (P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. Crit. DIP*, n° 4, 1991, pp. 651-665, spéc. p. 651).

⁴⁶ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, éd. 2002, p. 16 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, t. 327, 2003, p. 365 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, dactyl., Université Paris 2 - Panthéon Assas, 2017, p. 142, § 125.

⁴⁷ En ce sens, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, 8^e éd., UTET Giuridica, Vicence, 2019, pp. 177-179 ; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., p. 213. V. en revanche M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 76-82, §§ 73-81, qui dessine un triptyque de principes directeurs de droit international privé composé par la continuité des situations juridiques, la cohérence de l'ordre juridique du for et la cohésion interne. Ces deux derniers principes sont cependant souvent réunis par les auteurs sous la référence à la cohésion de l'ordre juridique du for. Cette notion sous-entend en effet aussi bien l'harmonie interne des solutions (*ibid.*, p. 80, § 78) que l'homogénéité de l'ordre interne (*ibid.*, p. 82, § 80).

respect de la justice de droit international privé, passant entre autres par la continuité des situations créées à l'étranger et par l'unité des solutions adoptées par les ordres juridiques au sujet d'une même question⁴⁸, la seconde sert la protection des valeurs de l'ordre juridique du for, ainsi que des politiques législatives poursuivies⁴⁹. Ce jeu du tir à la corde n'est pas destiné à déterminer un grand gagnant, mais à conserver un équilibre entre ces deux intérêts. Précisons que, dans cette étude, l'emploi du terme « intérêt » en référence au droit international privé ne sera pas distingué de la référence aux « objectifs » ou aux « finalités » de la matière. À la manière de Madame LEGENDRE, nous appréhenderons les objectifs faisant consensus dans la matière, à savoir la continuité des situations et la cohésion interne de l'ordre juridique du for, en tant que « dérivés de valeurs »⁵⁰. Ces objectifs seront en effet principalement analysés en tant qu'éléments à mettre en balance avec le principe d'égalité lorsqu'ils appellent des solutions contradictoires. Or, dans le langage du principe d'égalité, les dérogations sont généralement admises au nom de l'« intérêt général ». Nous considérons ainsi que le souci de la continuité des situations peut parfois primer sur le respect du principe d'égalité dans la mesure où cette dernière est considérée par l'ordre juridique du for comme l'une des multiples composantes de l'intérêt général.

10. Si les juges ont parfois été très soucieux de protéger la cohésion interne de l'ordre juridique du for⁵¹, le panorama juridique a subi de profondes transformations au cours des dernières décennies. Des travaux de recherche récents insistent sur l'importance croissante de la continuité des situations. Monsieur RASS-MASSON fait de l'unité du statut familial un

⁴⁸ Y. LEQUETTE, « De la "proximité" au "fait accompli" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 481-518, spéc. p. 483 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, op. cit., pp. 77-80, §§ 74-77. V. déjà F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 8, (éd. originale, 1860, Librairie de Firmin Didot frères, fils et c., Paris, 1860), réed. Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002, § 348, p. 30 ; J. MAURY, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, vol. 57, 1936, pp. 325-570.

⁴⁹ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, op. cit., p. 82 ; R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, dactyl., Université Paris 2 Panthéon - Assas, 2018, pp. 139-140 ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2020, 26^e éd., p. 122, § 172 ; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, op. cit., pp. 11-15.

⁵⁰ R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, op. cit., p. 138, et spéc. note n° 495. V. également les développements de l'auteure au sujet de cette équivalence à p. 111, § 114.

⁵¹ S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., pp. 154-162. L'auteur a démontré que « si l'harmonie constitue l'objectif affiché, elle ne se trouve que rarement dans les résultats » (*ibid.*, p. 150, § 135) et que « les hypothèses se multiplient où les législateurs nationaux, parfois épaulés par les tribunaux, permettent voire encouragent la création de situations dont tout laisse penser qu'elles ne seront pas considérées comme acceptables par au moins une partie des États étrangers auxquels elles se rattachent étroitement, ce qui implique qu'elles n'y seront pas reconnues. En d'autres termes, les États semblent se considérer comme de moins en moins tenus de poursuivre l'harmonie internationale des solutions de manière unilatérale » (*ibid.*, p. 154, § 139).

objectif du droit de l'Union européenne, ce qui suppose la continuité de ces statuts à travers les États membres⁵². Ce constat est notamment tiré par l'auteur de l'apparition et de la consolidation de la citoyenneté de l'Union, et de la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁵³.

De manière plus générale, Monsieur FULLI-LEMAIRE a défini la reconnaissance en tant que nouvel impératif du droit international privé⁵⁴, indépendamment de l'origine de la situation en cause. Deux facteurs principaux ont conduit cet auteur à revoir à la hausse l'importance à donner à la continuité des situations créées à l'étranger dans la mise en balance des intérêts contradictoires qui coexistent en droit international privé⁵⁵. Il s'agit, d'une part, de la mobilité croissante des personnes privées⁵⁶. Il s'agit, d'autre part, de l'essor de l'individualisme⁵⁷, sous la poussée, entre autres, de l'exigence de respect des droits fondamentaux dans le cadre de la résolution des litiges privés internationaux⁵⁸.

Le souci de la continuité des situations ne se limite cependant pas à l'impératif de reconnaître les situations créées à l'étranger. Ce souci peut également être pris en compte au stade de la création des situations⁵⁹. En effet, la continuité des situations sera d'autant plus aisée que l'ordre juridique du for prend soin de limiter la création de situations risquant de ne pas être reconnues à l'étranger. En ce sens, le souci de continuité des situations peut aussi bien être *actuel* que *potentiel*.

11. Les droits fondamentaux figurent ainsi parmi les éléments susceptibles de favoriser la

⁵² L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, dactyl., Université Paris 2 Panthéon - Assas, 2015, pp. 205-324.

⁵³ *Ibid.*, pp. 207-320.

⁵⁴ S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, spéc. p. 180, § 171.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 37-122.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 41-60.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 61-120. Madame GANNAGÉ considère à cet égard qu'une nouvelle catégorie d'intérêts a vu le jour en droit international privé, à savoir « l'intérêt de la personne prise individuellement » (L. GANNAGÉ, « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile, *APD*, t. 57, 2014, pp. 229-247, spéc. p. 235).

⁵⁸ 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. 43-55 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, pp. 177-179 et pp. 188-203.

⁵⁹ V. en ce sens *ibid.*, p. 235, § 229 ; L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, *op. cit.*, pp. 559-560, §§ 730-731 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 8^e éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 290, § 332 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, *op. cit.*, pp. 117-118 ; D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2018, pp. 882-898, spéc. § 14 ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, LGDJ, Paris, 2011, p. 426 et s. V. également à cet égard CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02 et la lecture qu'en donne S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 111-131, spéc. pp. 123, 129, 130.

continuité des situations. Madame LEGENDRE explique cette tendance en termes clairs :

« [Devant les juridictions supranationales européennes l']intérêt concret de la personne l'emporte presque toujours sur les intérêts nécessairement abstraits que défendent les ordres juridiques étatiques. Or une telle prévalence a une incidence prononcée sur les solutions de droit international privé. Elle modifie l'équilibre traditionnel entre l'objectif de cohésion de l'ordre interne et l'objectif de continuité des situations juridiques. Alors que la discipline fait classiquement primer, en cas de conflit, la réalisation de la première finalité sur la poursuite de la seconde, cette primauté est nettement remise en cause par les juridictions supranationales. L'intérêt concret de la personne plaide, le plus souvent, pour la continuité de la situation juridique »⁶⁰.

Ceci explique ainsi que la protection des droits fondamentaux ait conduit à reprendre et actualiser la théorie des droits acquis et à faire grandir l'intérêt que la doctrine porte à la méthode de la reconnaissance⁶¹.

12. Cela ne doit cependant pas laisser penser que la protection des droits fondamentaux peut converger uniquement avec la garantie de la continuité des situations. Le respect des droits fondamentaux peut également exiger de refuser de reconnaître des situations créées à

⁶⁰ R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, op. cit., p. 250, § 303.

⁶¹ V., e.a., M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1984 ; H. MUIR WATT, « Droits fondamentaux et reconnaissance en droit international privé », *JEDH*, n° 3, 2013, pp. 411-435 ; P. MAYER, « Les méthodes de reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 547-573 ; G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2006, pp. 457-519 ; S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2007, pp. 307-355 ; E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2008, éd. Pedone, Paris, 2009, pp. 71-114, spéc. p. 79 et s. ; Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2008, pp. 513-560 ; R. BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, t. 348, 2011 ; Th. VIGNAL, « Ordre public et reconnaissance », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 527-548 ; P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, op. cit. ; P. LAGARDE, « La reconnaissance, mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 479-501 ; « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, 2015, t. 371 ; L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, op. cit., pp. 447-521 ; L. D'AVOUT, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *TCFDIP*, 2014-2016, pp. 215-246 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., pp. 305-334.

l'étranger⁶² et de créer des situations malgré leur caractère potentiellement boiteux⁶³. Comme le relèvent Monsieur MOSCONI et Madame CAMPIGLIO, « la coordination des ordres juridiques ne peut faire fi de certains principes universels, qualifiés d'ordre public "réellement international" en raison de leur protection par la Communauté des États »⁶⁴. La protection des droits fondamentaux peut ainsi également commander la fermeture de l'ordre juridique du for.

13. *L'enjeu est ainsi de trouver un équilibre entre le souci de garantir la continuité des situations et l'exigence de respecter les droits fondamentaux lorsque cette dernière commande de renoncer à la première*⁶⁵. Ces intérêts font ainsi l'objet d'une mise en balance qui peut prendre la forme d'un contrôle de proportionnalité, notamment lorsqu'il est question de respecter les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et par le droit de l'Union européenne, conformément au *modus operandi* suivi, respectivement par la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁶ et par la Cour de justice⁶⁷.

L'importance de cet équilibre dérive des excès que la protection inconditionnée des droits fondamentaux amènerait. Lorsque les ordres juridiques impliqués dans le litige ne garantissent pas les droits en cause, il existe notamment un risque de cloisonnement des ordres juridiques⁶⁸

⁶² V. par exemple CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, req. n° 30882/96, L. SINOPOLI, « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome (A propos de l'arrêt Pellegrini contre Italie du 20 juillet 2001) », *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, pp. 2-12. V. également le refus français de reconnaître les répudiations étrangères au nom de l'article 5 du Protocole n° 7 de la CEDH (jurisprudence constante). V. e.a., Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 2004, n°s 02-17479, 01-11549, 02-11618, 02-15766, 02-10755, *Gaz. Pal.*, 2004, n° 56, p. 29 et n° 247, p. 33, n. M.-L. Niboyet, *D.*, 2004, p. 815, concl. F. Cavarroc, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 423, n. P. Hammje ; Cass. fr., Civ. 1^e, 10 mai 2006, n° 04-19444, *JCP G*, 2006, II, 10165, n. T. Azzi ; Cass. fr., Civ. 1^e, 23 octobre 2013, n° 12-21344, *D.*, 2013, p. 2518, *RTD civ.*, 2014, p. 94, n. J. Hauser, *AJ fam.*, 2013, p. 709, n. A. Boiché ; Cass. fr., Civ. 1^e, 4 juillet 2018, n° 17-16102, *Dr. fam.*, 2018, comm. 270, M. Farge. La convergence entre la protection des droits fondamentaux et la continuité des situations ou, alternativement, la cohésion interne de l'ordre juridique du for a également été soulignée par R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, op. cit., pp. 138-148, §§ 152-169.

⁶³ V. *infra*, § 280.

⁶⁴ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, op. cit., p. 263, *T.d.A.*

⁶⁵ En ce sens, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., p. 719, § 582-23. V. également, B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », op. cit., p. 801.

⁶⁶ R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, op. cit., pp. 189-228 ; P. MEYER, « La fondamentalisation du droit international privé portant sur les personnes et les relations familiales », op. cit., § 29 ; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, op. cit., p. 509 et s., § 389 et s. Ce dernier met l'accent sur la possibilité de limiter l'exigence de respect des droits garantis par la CEDH aux cas de contrariété flagrante de la norme étrangère à ces derniers.

⁶⁷ A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, dactyl., Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne, 2013.

⁶⁸ V. par exemple C. CAMPIGLIO, « Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana », *Riv. dir. int. priv. proc.*, n° 1, 2008, pp. 43-76, spec. pp. 75, qui souligne la difficulté en droit international privé italien à faire face aux situations familiales d'inspiration musulmane et le risque d'une « défense à outrance » de l'ordre juridique italien ». Pour une critique centrée sur l'application immédiate des droits fondamentaux, v. M.-C. NAJM,

et un risque d'impérialisme⁶⁹. Le principe d'égalité ne semble cependant pas poser de problème à cet égard.

B. Le voile de l'internationalité du principe d'égalité

14. En raison de son caractère international, le principe d'égalité n'est pas considéré comme un principe susceptible d'entraver notablement la continuité des situations **(1)**. Cela justifie alors d'attribuer au principe d'égalité une vocation universelle qui amène à en imposer également le respect dans les litiges impliquant des ordres juridiques qui ne le garantissent pas **(2)**.

1. L'équilibre présumé entre protection du principe d'égalité et continuité des situations

15. Le recours à la notion de « communauté de valeurs »⁷⁰ permet de comprendre que l'exigence de protection du principe d'égalité n'est pas considérée comme un élément susceptible de faire obstacle à la continuité des situations dans la plupart des cas.

Par « communauté de valeurs », référence est ici faite aux ordres juridiques à travers le monde qui garantissent le principe d'égalité⁷¹. Notre but étant de nous intéresser aux convergences et aux divergences des solutions adoptées par les ordres juridiques au nom du principe d'égalité,

Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, op. cit., pp. 518-528. V. également, Y. LEQUETTE, note ss. CA Paris, 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP*, n° 2, 1995, pp. 308-318, qui considère que « l'aspiration à l'universalisme inhérente à la notion de droits de l'Homme, risque de compromettre l'esprit de relativisme et d'ouverture qui convient au droit international privé » ; v. également, du même auteur, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », op. cit., p. 141 ; Messieurs AUDIT et D'AVOUT mettent, quant à eux, en garde contre l'exigence de conformité des solutions aux valeurs portées par chaque ordre juridique national et qui ne feraient pas l'objet d'harmonisations au niveau supranational, puisque « tous les systèmes peuvent ne pas approuver la préférence substantielle marquée dans un domaine donné » (B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 158, § 176). V. également L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp. 159-192, spéc. p. 165 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., p. 719, § 582-23, faisant référence au risque de sombrer dans l'« hégémonie de la force ». Dénonçant la tentation d'élargir à outrance la catégorie des valeurs essentielles de l'ordre juridique du for, L. GANNAGÉ, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP G*, n° 12, 2015, pp. 525-529, spéc. point 2.

⁶⁹ Th. VIGNAL, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 24 février 1998, *Vialaron*, n°s 95-18646 et 95-18647, op. cit., p. 1912, mettant en garde contre un risque d'« impérialisme ». Dans le même sens, G. KESSLER, G. SALAMÉ, « Ordre public de proximité et filiation », *D.*, n° 42, 2006, pp. 2890-2893, point I) B). V. également D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., p. 719, § 582-23, faisant référence au risque de sombrer dans l'« hégémonie de la force ».

⁷⁰ Nous ne ferons pas référence à la « communauté de droit » puisque, comme Monsieur JAYME le souligne, souvent, la référence faite à la « communauté de droit » renvoie plus exactement au conflit de cultures (E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, vol. 251, 1995, p. 52). Néanmoins, pour cette même raison, les références doctrinales faites à la communauté de droit, à la communauté de civilisations et à la communauté de valeurs pourront être tenues pour synonymes.

⁷¹ Des listes non exhaustives vont être présentées *infra*, § 16 et spéc. en notes n° 75, 76, 77, 80.

la référence à une communauté de valeurs nous permet de construire l'hypothèse que l'ensemble des ordres juridiques qui garantissent le principe d'égalité adoptent, en son nom, des solutions similaires. La pertinence de cette hypothèse est d'autant plus marquée que le principe d'égalité, en raison de son caractère internationalement partagé, constitue l'un des éléments employés pour dessiner la communauté de valeurs, généralement entendue⁷². Comme le relate Madame BOELE- WOELKI, « l'identité de traitement des hommes et des femmes, la nécessité d'un traitement identique des enfants légitimes et illégitimes et la possibilité de dissoudre le mariage à travers un divorce »⁷³ sont les principes auxquels tous les États membres de l'Union adhèrent.

16. Lorsque les ordres juridiques impliqués dans le litige appartiennent à une même communauté de valeurs, le respect des droits fondamentaux n'est pas perçu comme un facteur susceptible de conduire, sauf exception, à la discontinuité des situations. Ces ordres juridiques sont en effet censés adopter des solutions conciliables au nom du principe d'égalité. Cette analyse est celle que développe Madame MUIR WATT au sujet d'un autre droit fondamental, l'intérêt de l'enfant. La logique est cependant développée par l'auteure en relation aux droits fondamentaux en général et, par conséquent, au principe d'égalité. L'auteure souligne que « [p]ar 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 pédocentrique, 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 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 modalités dérogatoires au droit commun que comme le règlement d'un affrontement plus profond de modèles »⁷⁴.

Le risque que la protection du principe d'égalité conduise à la discontinuité des situations semble d'autant plus réduit qu'il s'agit d'un principe mondialement reconnu. Il est en effet

⁷² En ce sens, S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, PUAM, Aix-en-Provence, 1999, p. 317 et s.

⁷³ K. BOELE- WOELKI, « The road toward a European family law », *Electronic Journal of comparative Law*, n° 1, 1997, p. 2, *T.d.A.*

⁷⁴ H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *APD*, 2001, t. 45, pp. 271-284, spéc. pp. 281-282.

consacré ou du moins, affirmé⁷⁵ dans la quasi-totalité des constitutions des États parties au Conseil de l'Europe⁷⁶, et même au-delà⁷⁷. Monsieur GHERA a souligné que le principe d'égalité formelle est un principe « présent dans la jurisprudence contemporaine des juges de la plupart des États libéraux démocratiques »⁷⁸ et que ce facteur a, selon lui, déterminé la Cour de justice à insérer le principe d'égalité parmi les « traditions communes aux États membres »⁷⁹. Même dans le monde arabe, où l'égalité de traitement peine parfois à se concrétiser, notamment en matière familiale, le principe d'égalité devant la loi est souvent consacré⁸⁰.

De plus, des dispositions d'égalité, fussent-elles le principe d'égalité des droits, le principe d'égalité devant la loi ou l'interdiction des discriminations, sont inscrites dans de nombreux textes adoptés au niveau supranational⁸¹. Tel est par exemple le cas de l'article 14 de la CESDH, de l'article 1^{er} de son Protocole n° 12 et de l'article 5 de son Protocole n° 7. Les articles 20 et

⁷⁵ Le droit danois, par exemple, n'inscrit pas le principe d'égalité parmi ses normes constitutionnelles. Il le considère cependant comme faisant partie de la *forholdets natur*, la « tradition de la culture ». Il en découle un droit à la « philosophie égalitaire ». En ce sens, R. H. WANDALL, D. VEIT, « Researching law in Denmark », *GlobaLex*, 2015, disponible sur le site <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Denmark1.html> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

⁷⁶ Les États membres du Conseil de l'Europe qui consacrent un principe d'égalité des droits ou le principe d'égalité devant la loi dans leurs constitutions sont : l'Albanie (art. 18 Const. 1998) ; Allemagne (art. 3 Const. 1949) ; ARYM (art. 9 Const. 1991) ; Andorre (art. 6 Const. 1993) ; Arménie (art. 14.1 Const. 1995) ; Autriche (art. 7 Const. 1920) ; Azerbaïdjan (art. 25 Const. 1995) ; Belgique (art. 10 Const. 1994) ; Bosnie-Herzégovine (al. 1^{er} du Préambule et art. 4 Const. 1995) ; Bulgarie (art. 6 Const. 1991) ; Chypre (art. 28 Const. 1960) ; Croatie (art. 3 et art. 14 Const. 1990) ; Espagne (art. 14 Const. 1978) ; Estonie (art. 12 Const. 1992) ; Géorgie (art. 14 Const. 1995) ; Grèce (art. 4 Const. 1975) ; Hongrie (art. XV Const. 2011) ; Irlande (art. 40 Const. 1937) ; Islande (art. 65 Const. 1995) ; Lettonie (art. 91 Const. 1922) ; Finlande (art. 6 Const. 2000) ; Lichtenstein (art. 31 Const. 1921) ; Lituanie (art. 20 Const. 1992) ; Luxembourg (art. 10 bis Const. 1868) ; Pays-Bas (art. 1^{er} Const. 1983) ; Pologne (art. 31 § 1 Const. 1997) ; Portugal (art. 13 Const. 1976) ; République tchèque (art. 3 Const. combiné avec l'art. 1^{er} Charte des droits et libertés fondamentaux) ; Roumanie (art. 16 Const. 1991) ; Russie (art. 19 § 1 Const. 1993) ; Saint-Marin (art. 4 Const. 1974) ; Serbie (art. 21 Const. 2006) ; Slovaquie (art. 12 § 1 Const. 1992) ; Slovénie (art. 14 Const. 1991) ; Suède (art. 2 et 9 Const. 1975) ; Suisse (art. 8 Const. 1999) ; Turquie (art. 10 Const. 1982) ; Ukraine (art. 21 et 24 Const. 2011). Ne consacrant pas un principe d'égalité des droits ou d'égalité devant la loi, mais uniquement une interdiction sélective ou générale des discriminations : Constitutions norvégienne de 1814 (art. 10) et maltaise de 1964 (art. 14 et 45).

⁷⁷ V. e.a., les consécutions du principe d'égalité devant la loi ou de l'interdiction des discriminations (liste non exhaustive) : art. 19 Const. argentine ; art. 5 Const. brésilienne ; art. 14.II Const. bolivienne ; art. 1^{er} et art. 19 Const. chilienne ; art. 13 Const. colombienne ; art. 11, al. 2 Const. équatorienne ; art. 29, 30, 149 Const. guinéenne ; art. 46, 47, 48 Const. paraguayenne ; art. 2 al. 2 Const. péruvienne ; art. 8 Const. surinamaïse ; art. 8 Const. uruguayenne ; art. 21 al. 2 Const. vénézuélienne ; 14^e amendement Const. étasunienne ; art. 15.1 Const. canadienne ; art. 5 Const. russe ; art. 33 Const. chinoise ; art. 14 Const. japonaise ; art. 14 Const. indienne ; art. 12 Const. congolaise ; art. 1^{er} Const. sénégalaise ; art. 2 Const. malienne ; art. 9 Const. sudafricaine.

⁷⁸ F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padoue, 2003, p. 185.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 184.

⁸⁰ Tel est par exemple le cas dans les pays suivants : Algérie (art. 32 Const. 1996) ; Égypte (art. 53 Const. 2014) ; Lybie (art. 6 Déclaration constitutionnelle du Conseil national de transition 2011) ; Maroc (art. 6 Const. 2011) ; Mauritanie (art. 1 Const. 1991) ; Oman (art. 17 Const. 1996) ; Soudan (art. 31 Const. 2005) ; Sud-Soudan (art. 14 Const. provisoire 2011) ; Tunisie (art. 6 Const. 2014) ; Irak (art. 14 Const. 2005).

⁸¹ Pour un recensement des consécutions textuelles françaises et internationales du principe d'égalité, de la règle de l'égalité de traitement et de l'interdiction des discriminations, v. J. RIDEAU, « Union européenne - Nature, valeurs et caractères généraux », *JCl. Europe Traité*, fasc. 110, spéc. §§ 79-95.

21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (par la suite CDFUE)⁸² consacrent également des dispositions d'égalité, de même que plusieurs dispositions du droit primaire et dérivé de l'Union⁸³, ainsi que l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (par la suite PIDCP)⁸⁴. Des conventions internationales visent spécifiquement la garantie de certaines expressions du principe d'égalité. Tel est, par exemple, le cas de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (par la suite CEDEF)⁸⁵ et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁸⁶.

17. En raison du nombre si élevé de consécutions, la recherche d'un équilibre entre la protection des droits fondamentaux et la poursuite de la continuité des situations ne semble pas poser de véritable question lorsque le droit fondamental en cause est le principe d'égalité. S'agissant d'un principe internationalement reconnu, la totalité des ordres juridiques qui le garantissent adopte des solutions à la lumière de ce principe. Ces solutions sont donc censées être conciliables. Elles sont alors supposées converger avec les solutions qu'appelle la garantie de la continuité des situations. Le risque que la protection du principe d'égalité conduise à la discontinuité des situations semble ainsi être cantonné aux litiges impliquant les ordres juridiques n'appartenant pas à la même communauté de valeurs, et notamment ceux qui ne garantissent pas le principe d'égalité. *Autrement dit, le principe d'égalité n'est pas considéré comme un principe dont la protection est susceptible de conduire au cloisonnement des ordres juridiques, si ce n'est relativement aux litiges impliquant des ordres juridiques minoritaires, ne garantissant pas le principe d'égalité.*

Cela justifie d'attribuer une vocation universelle à ce principe dans les litiges impliquant les ordres juridiques qui ne le garantissent pas.

2. Un universalisme subséquent

18. Les auteurs ont recherché des solutions de compromis entre le risque de cloisonnement

⁸² Proclamée le 7 décembre 2000 à Nice. Publiée au JOUE, le 14 décembre 2007, n° C 303. [s.l.], pp. 1-16. Elle a acquis une force obligatoire avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

⁸³ V. la synthèse qui en est donnée par J. RIDEAU, « Union européenne - Nature, valeurs et caractères généraux », *op. cit.*, §§ 81-82 et §§ 79-95.

⁸⁴ Adopté par l'ONU dans la résolution de l'Assemblée générale n° 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976.

⁸⁵ Adoptée par l'ONU dans la résolution de l'Assemblée générale n° 34/180 du 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

⁸⁶ Adoptée par l'ONU dans la résolution de l'Assemblée générale n° 2106 A(XX) du 21 décembre 1965 et entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

des ordres juridiques et la garantie de la continuité des situations au prix du sacrifice des valeurs essentielles du for. Madame GANNAGÉ avait pu trouver une solution satisfaisante en optant pour des solutions différentes selon que l'on se situe à l'intérieur ou en dehors de la communauté de droit⁸⁷. L'opinion de l'auteure est partagée. Plusieurs auteurs, sans se référer à la notion de communauté de droit, de cultures ou de valeurs, distinguent la marge de tolérance dont l'ordre juridique du for peut faire preuve selon que le litige implique ou non des ordres juridiques appartenant à l'Union européenne⁸⁸ ou au Conseil de l'Europe⁸⁹. D'autres auteurs adaptent les solutions préconisées lorsque les situations en cause opposent des ordres juridiques laïques et confessionnels⁹⁰. La protection du principe d'égalité constitue cependant l'une des limites du seuil de tolérance. En ce sens, le principe d'égalité peut être considéré comme un principe universaliste, c'est-à-dire ayant une vocation universelle. Son respect est en effet imposé dans le cadre de tout litige, y compris ceux qui impliquent des ordres juridiques qui ne garantissent pas le principe d'égalité. Cet universalisme lui est attribué à double titre : celui de son caractère transnational et celui de son caractère supranational.

19. L'universalisme fondé sur le caractère transnational du principe d'égalité. - La vocation universelle attribuée au principe d'égalité dérive de son caractère transnational⁹¹. Cet attribut se justifie dans la mesure où, même en exigeant le respect de ce principe au détriment de la continuité des situations, ces hypothèses sont supposées être exceptionnelles. La supposée absence d'opposition notable entre la protection du principe d'égalité et la continuité des situations justifie ainsi que ce principe constitue l'une des frontières légitimes entre le tolérable et l'intolérable. L'attribution d'une vocation au principe d'égalité est, en ce sens, censée réaliser

⁸⁷ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, Paris, 2001.

⁸⁸ L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, op. cit., p. 144, § 167.

⁸⁹ V. notamment F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, op. cit., pp. 491-544 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. Crit. DIP*, 1997, pp. 1-32, et spéc. § 19 et s. ; H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », op. cit., p. 279.

⁹⁰ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, op. cit., spéc. la deuxième partie de l'ouvrage ; K. ELGEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnels et laïques en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1971, p. 102.

⁹¹ A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI*, n° 3, 2003, pp. 721-765, p. 760, affirmant que « plutôt que de respecter les cultures, il est préférable d'avoir des égards pour les êtres humains » ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, Paris, 1996, pp. 180-213, spéc. p. 209 ; J.-B. MARIE, « De l'universalité des principes à l'universalisation des pratiques des droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme au niveau international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 219-229, spéc. p. 227 ; S. BOUET-DEVRIÈRE, « La protection universelle des droits de la femme : vers une efficacité accrue du droit positif international », *RTDH*, n° 43, 2000, pp. 452-477, spéc. p. 453.

un équilibre entre la protection de la conception matérielle de la justice et celle de la justice de droit international privé. Telle est la raison pour laquelle, dans cette lecture, le respect du principe d'égalité devrait s'imposer à l'égard des normes étrangères issues d'ordres juridiques ne garantissant pas ce principe, et donc n'appartenant pas à la même communauté de valeurs que la France.

20. L'universalisme fondé sur le caractère supranational du principe d'égalité. - La vocation universelle du principe d'égalité trouve un autre fondement dans le caractère supranational des consécutions dont il fait l'objet. Les exigences définies par les instances supranationales sont considérées comme le fruit d'analyses objectives, ou du moins objectivables⁹², déliées des particularismes nationaux⁹³. Le caractère supranational des droits fondamentaux a en effet laissé penser que leur protection « favoris[ait] une harmonisation des solutions entre États en leur conférant un fondement supranational commun »⁹⁴. Ainsi, des auteurs considèrent que, parmi les principes susceptibles de primer sur le souci de coordination

⁹² F. SUDRE, L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., PUF, Paris, 2019, n° 17, p. 39 et n° 34, p. 54 ; A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, op. cit., p. 5 ; D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, Paris, 2010, p. 24.

⁹³ Une partie de la doctrine se demande notamment si les droits de l'homme ne sont pas nécessairement universels, ce à quoi une autre partie objecte que la notion même de droits de l'homme est tributaire d'une conception régionale, voire nationale. V., e.a., adoptant une posture à tendance universaliste, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, pp. 255-270, spéc. p. 262 ; L. GANNAGÉ, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP*, 2006-2008, pp. 205-241 ; de la même auteure, « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen », *RIDC*, 2006, n° 1, pp. 101-116, spéc. p. 111 (l'auteure limite cependant l'universalisme des droits de l'homme à un cercle restreint de droits, à savoir le principe d'égalité des hommes et des femmes, le principe d'égalité des filiations, la liberté matrimoniale et la liberté de conscience, cf. L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », op. cit., p. 387, § 199) ; M. FARGE, « L'universalité des droits de l'homme au prisme du Droit international privé des personnes et de la famille », in dossier « Le droit des libertés en question(s) - Colloque des 5 ans de la RDLF », *RDLF*, 2017, chron. n° 29 ; A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », op. cit., spéc. p. 760 et s. ; F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Fayard, Paris, 2008, pp. 20-21 (ce dernier auteur envisage l'universalité en tant que « devoir être ») ; P.-H. IMBERT, « L'apparente simplicité des droits de l'homme », *RUDH*, 1989, pp. 19-29, spéc. p. 19 ; J.-B. MARIE, « De l'universalité des principes à l'universalisation des pratiques des droits de l'homme », op. cit., pp. 219-229, spéc. p. 220. V. également P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 48, qui souligne cependant que malgré l'universalisme des droits de l'homme, « ils ne sont pas universels » ; S. TONOLO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, op. cit., p. 245. V., e.a., adoptant une posture à tendance relativiste, v. F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, op. cit., pp. 514-544 et les nombreuses références citées en notes à pages 473 à 488 ; Y. LEQUETTE, note ss. CA Paris, 14 juin 1994, op. cit., pp. 308-318, spéc. p. 318 ; H. MUIR WATT, « Conflicts of Laws Unbounded : The case for a Legal-Pluralist Revival », *Transnational Legal Theory*, 2016, pp. 313-353 ; V. HEUZÉ, P. MAYER, B. REMY, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, Paris, 2019, n° 208 ; G. CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français et étranger », *RIDC*, n° 1, 2003, pp. 7-22. V. également E. MILLARD, « Le positivisme et les droits de l'Homme », *JRC*, n° 1, 2010, pp. 47-52, soulignant que la protection des droits de l'homme est toujours tributaire d'une volonté politique.

⁹⁴ P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, dactyl. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1994, p. 234.

des ordres juridiques, « il faut sûrement classer ceux qui garantissent les droits inviolables de la personne, inscrits dans la Déclaration universelle de 1948 et repris par de nombreux traités universels, mais également régionaux, tels que la Convention ESDH. [...] Parmi ceux-ci, se démarquent l'égalité et la non-discrimination [...] »⁹⁵.

21. La discontinuité des situations au nom du principe d'égalité, un compromis entre la poursuite de la justice matérielle et la justice de droit international privé. - Il ressort de ce qui précède que la justification de la protection de l'égalité au détriment de la continuité des situations, même en dehors de la communauté de valeurs, réside dans le supposé caractère exceptionnel des cas où le principe d'égalité est susceptible de conduire à la discontinuité des situations. La tolérance de la discontinuité est accrue du fait que le principe d'égalité est qualifié de principe général du droit « de premier rang »⁹⁶, ayant une valeur supra-législative⁹⁷.

Ainsi, Madame GANNAGÉ considère que la protection du principe d'égalité, et notamment de l'égalité hommes-femmes et de l'égalité des filiations, se justifie dans la mesure où il s'agit d'un principe internationalement reconnu et à vocation universelle⁹⁸. Madame HAMMJE proposait d'utiliser les principes généraux du droit comme seuil de tolérance⁹⁹, en y incluant le principe d'égalité¹⁰⁰. Monsieur MARCHADIER fixe la ligne de l'intolérable au niveau de la violation manifeste des droits de l'homme garantis par la CESDH, y compris donc des dispositions d'égalité qu'elle contient¹⁰¹. Dans ce même registre, la résolution de l'Institut de droit international sur *les différences culturelles et l'ordre public dans le droit international*

⁹⁵ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, pp. 263-264, T.d.A.

⁹⁶ P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, *op. cit.*, p. 8. Dans le même sens, L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 264-267 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 335, § 390.

⁹⁷ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁸ Madame GANNAGÉ évoque parfois la vocation universelle de ces principes (L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 292), parfois, leur caractère « "non négociable" y compris dans les relations internationales » (*ibid.*, p. 386). Ils composent, à son sens, avec la liberté de conscience et la liberté matrimoniale, le « noyau dur des droits de l'homme » (*ibid.*, p. 387, § 199). En ce sens également, H. GAUDEMET-TALLON, « De quelques sources internationales du droit international privé : ordre ou désordre ? », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, Paris, 2008, p. 463.

⁹⁹ P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 108-109 et p. 239.

¹⁰¹ F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, *op. cit.*, pp. 15-16, § 6. V. également P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *op. cit.*, pp. 651-665. Ce dernier auteur exclut également que l'applicabilité de la CESDH soit subordonnée à ce que les ordres juridiques impliqués dans les litiges relèvent de pays parties au Conseil de l'Europe.

*privé de la famille*¹⁰² subordonne l'invocabilité de l'ordre public à des conditions de proximité, pour faire échec à l'application de la loi étrangère. Pourtant, la limite tracée par la résolution est celle de la conformité du droit étranger aux principes d'égalité, de non-discrimination et de liberté religieuse.

22. *L'internationalité du principe d'égalité conduit ainsi implicitement à considérer comme superflue la recherche d'un compromis entre la protection de ce principe et la continuité des situations.* Le principe d'égalité est en effet supposé amener à la discontinuité des situations de manière exceptionnelle, et ce, essentiellement dans le cadre de litiges impliquant des ordres juridiques qui n'appartiennent pas à la même communauté de valeurs que l'ordre juridique du for. De cet internationalisme, entendu dans le sens de la transnationalité et de la supranationalité du principe d'égalité, découle la vocation universelle attribuée à ce principe.

Cette analyse est cependant le fruit de l'appréhension du principe d'égalité en tant que droit fondamental, abstraction faite notamment du caractère exclusivement méthodologique des exigences qui découlent du principe d'égalité. Dès lors, il convient de voir comment la prise en compte de cette caractéristique du principe d'égalité affecte l'analyse et rend nécessaire la recherche d'un équilibre entre la protection du principe d'égalité et la garantie de la continuité des situations.

C. La levée du voile : un équilibre à rechercher entre la protection du principe d'égalité et la continuité des situations

23. La doctrine a souvent souligné le risque de mésentente des ordres juridiques en ce qui concerne la signification attribuée à chaque droit de l'homme, en raison de la généralité de leur formulation¹⁰³. Ainsi, en référence aux droits de l'homme protégés par la Convention européenne des droits de l'homme, il était possible de lire sous la plume de Monsieur VIGNAL que « la formulation des "droits de l'homme" par la Convention est souvent si générale que le juge national pourra y mettre ce qu'il voudra. Il ne serait alors pas question d'un ordre public "européen", mais d'un ordre public à géométrie variable en fonction des opinions, voire de

¹⁰² P. LAGARDE, « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille », Rapport, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Cracovie, 2005, vol. 71, II, Pedone, Paris, 2006, p. 290 et s.

¹⁰³ V. à ce sujet V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Précision et droits de l'homme*, Institut Universitaire Varenne, Paris, 2017 ; A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, op. cit., p. 810. Cette dernière auteure considère que le risque d'arbitraire touche les juridictions internes dans la mesure où celles-ci sont susceptibles d'interpréter librement les textes consacrant les droits de l'homme.

l'idéologie, des juges de chaque État partie »¹⁰⁴. Le risque de divergences dans le sens et la portée attribués à chaque droit de l'homme n'est donc pas ignoré, mais n'a pas fait l'objet d'études approfondies. Concernant le principe d'égalité, son manque de précision présente un intérêt particulier. Comme cela a été précédemment mentionné, il ne s'agit pas seulement d'un principe vague, mais d'un principe qui pose uniquement des exigences méthodologiques, et non substantielles. Ce caractère est souvent méconnu par les juristes qui attribuent à ce principe des contenus qui lui seraient intrinsèques et, par exemple, l'exigence d'égalité des sexes ou des enfants. Or, la prise en compte du caractère méthodologique du principe d'égalité conduit à questionner les fondements qui justifient de renoncer à la continuité des situations en son nom **(1)**. Cela impose de rechercher un compromis entre la protection du principe d'égalité et la garantie de la continuité des situations dans les hypothèses où le premier conduirait à la discontinuité des situations **(2)**.

1. L'étude du principe d'égalité au prisme de son caractère méthodologique

24. L'analyse de l'exigence de respecter le principe d'égalité en droit international privé au prisme du caractère méthodologique de ce dernier conduit à comprendre que les ordres juridiques qui garantissent le principe d'égalité sont susceptibles d'adopter des solutions inconciliables au nom du principe d'égalité **(a)**. Cela conduit à réfuter l'idée que le principe d'égalité appelle, sauf exception, des solutions convergentes avec la garantie de la continuité des situations **(b)**.

a. Le risque de solutions inconciliables au nom d'un même principe

25. L'accent mis sur le caractère fondamental du principe d'égalité occulte le caractère exclusivement méthodologique des exigences qu'il pose. Cela masque en conséquence la variabilité des solutions susceptibles d'être considérées comme conformes au principe d'égalité à travers les ordres juridiques. Cette variabilité n'est pas spécifique au principe d'égalité. Il suffit de penser à l'intérêt de l'enfant. Personne n'ignore qu'auparavant en France cet intérêt commandait qu'il soit confié en priorité à la mère¹⁰⁵. Aujourd'hui, ce même intérêt peut amener à fixer une résidence en alternance au domicile de chacun des parents¹⁰⁶ et implique, sauf exception, le partage de l'autorité parentale¹⁰⁷. Néanmoins, le principe d'égalité est considéré

¹⁰⁴ Th. VIGNAL, note ss. Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 1998, *Vialaron*, n^{os} 95-18646 et 95-18647, *op. cit.*, p. 1912.

¹⁰⁵ C. COLOMBET, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.*, 1971, chron. 1, § 79.

¹⁰⁶ Art. 373-2-9 Cod. civ. fr.

¹⁰⁷ Art. 372 et 373-2 Cod. civ. fr.

comme ayant un contenu propre, correspondant notamment à l'élimination de certaines différences de traitement. L'idée sous-jacente est que, par exemple, l'égalité des droits des femmes et des hommes ou l'égalité des droits des enfants nés dans et hors mariage, est garantie en France en raison du fait que le principe d'égalité est consacré par l'ordre juridique français. Ainsi, le principe d'égalité est considéré comme ayant un contenu substantiel qui lui est propre. Or, la prise en compte du caractère méthodologique du principe d'égalité permet de mettre en lumière que la règle de l'égalité de traitement ne définit pas quelles situations sont comparables et dans quels cas un motif de dérogation à la règle devra être admis, de sorte que les contenus substantiels d'égalité ne peuvent pas découler directement du principe d'égalité lui-même¹⁰⁸. Il s'ensuit que *le juge ne confronte pas les normes étrangères au principe d'égalité, abstraitement défini, mais aux contenus de ce principe, c'est-à-dire aux exigences substantielles d'égalité que l'ordre juridique du for tire du principe*. En effet, il devra s'assurer que deux catégories données, telles que les enfants nés dans et hors mariage, se voient accorder de manière identique une prérogative que l'ordre juridique du for impose de leur garantir, telle qu'un droit successoral.

26. *La question qui se pose est alors de savoir si l'internationalité et l'universalisme du principe d'égalité peuvent être également attribués aux concrétisations de ce dernier, dont le juge judiciaire est susceptible d'imposer le respect dans les litiges privés internationaux.*

L'enjeu est de taille. Rappelons que le postulat de la convergence entre les solutions commandées par le principe d'égalité et par la continuité des situations repose sur une internationalité des contenus substantiels de l'égalité supposée. Cette internationalité, entendue en termes de transnationalité et de supranationalité, reste cependant à vérifier. Si cet attribut des exigences substantielles d'égalité devait être contesté, cela signifierait que la protection du principe d'égalité au détriment notamment de la continuité des situations, pourrait être remise en cause. *Si seul le principe d'égalité peut être considéré comme un principe internationalement reconnu, et non pas également les exigences substantielles d'égalité dont le respect s'impose concrètement en droit international privé, la question se poserait notamment de savoir si les solutions contemporaines continuent de se justifier*. En effet, si la vocation universelle du principe d'égalité en droit international privé perd ses fondements actuels, un équilibre entre

¹⁰⁸ Ce constat avait déjà été partiellement effectué. Monsieur PLATON soulignait en effet que « c'est une banalité de constater que les principes d'égalité et de non-discrimination sont des principes fondamentaux dans la plupart des systèmes juridiques contemporains. Il ne saurait pourtant en être déduit que ces principes ont le même contenu et la même portée dans tous les systèmes qui l'ont consacré » (S. PLATON, « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010, p. 125).

exigences substantielles d'égalité et continuité des situations devrait être trouvé autrement.

27. Afin de mettre à l'épreuve le caractère international et la vocation universelle du principe d'égalité, il est nécessaire de répondre à deux questions.

La première question qui se pose est de savoir comment ce travail de définition est opéré. Cette analyse nous conduira notamment à mettre à l'épreuve le caractère international attribué aux contenus substantiels de l'égalité. Il conviendra de mettre évidence la différence qui sépare le principe d'égalité et les dispositions d'égalité qui le consacrent, d'un côté, et les exigences substantielles d'égalité, de l'autre. Il conviendra de montrer que, contrairement aux exigences méthodologiques posées par le principe d'égalité qui, elles, sont internationalement reconnues¹⁰⁹, les contenus substantiels de l'égalité dont le respect est susceptible d'être imposé par les juges en droit international privé sont définis par chaque autorité compétente à cet égard selon la méthodologie qu'impose de suivre le principe d'égalité.

Cependant, ce principe ne fournit pas les éléments substantiels permettant de définir ces exigences substantielles d'égalité. La question se posera ainsi de savoir quel est le facteur qui guide ce travail au niveau national et au niveau supranational. Ce questionnement nous conduira à mettre en relief le caractère particulariste des exigences substantielles d'égalité et à discuter, par là, la double vocation universelle qui est attribuée aux contenus substantiels d'égalité et qui est tirée du caractère transnational et supranational du principe d'égalité.

La réponse à ces questions commande néanmoins, pour l'heure, de définir la méthodologie d'analyse suivie et de délimiter le champ de cette recherche.

28. **Méthodologie d'analyse.** - L'étude des modalités de la définition des exigences substantielles d'égalité a pour but de déterminer s'il est possible de tirer de l'internationalité du principe d'égalité l'internationalité des premières et de justifier en conséquence leur universalisme. Pour ce faire, nous n'exprimerons pas de jugement au sujet de la conformité des normes internes ou étrangères aux dispositions d'égalité. L'approche employée sera donc descriptive en ce qui concerne la définition des contenus de l'égalité dont le respect est susceptible de s'imposer en droit international privé.

L'intérêt de ce travail est cependant de déterminer si les solutions actuelles amènent à un équilibre entre la garantie de la continuité des situations et la protection des exigences

¹⁰⁹ Comme PERELMAN le soulignait, « quelles que soient les différences entre les conceptions de la justice concrète, toutes admettent la même définition de justice formelle, qui exige que soient traitées de la même façon les êtres faisant partie de la même catégorie essentielle », (Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1963, p. 40).

substantielles d'égalité. Cette étude repose sur le postulat de l'importance de la recherche d'un tel équilibre. Notre posture ne sera donc plus seulement descriptive lorsque nous analyserons la nécessaire mise en balance de ces deux intérêts que les juges opèrent dans le cadre d'un contrôle d'égalité.

29. Le droit matériel et international privé de la famille. - Notre étude portera sur le droit matériel et international privé de la famille, exception faite de la compétence des juridictions. Ce choix a été guidé par la recherche du domaine le plus touché par les variations des exigences substantielles d'égalité¹¹⁰. En droit français de la famille, les modifications importantes apportées par les applications des dispositions d'égalité pendant les dernières décennies font de ce domaine du droit un terrain privilégié pour cette étude. Du mouvement vers l'égalité des sexes et des filiations au niveau interne à l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle au niveau européen, l'évolution de la comparabilité des statuts familiaux, ainsi que des justifications des différences de traitement admises, est flagrante. Le droit de la famille est également l'une des matières faisant l'objet de la plus grande variété de réglementations à travers le monde, l'histoire ayant connu des sociétés égalitaires, patriarcales ou matriarcales, des sociétés monogamiques, polygéniques ou polyandriques, et la notion même de couple a reçu une définition plus ou moins large selon les pays et les époques¹¹¹. Par ailleurs, les droits internes français et italien, qui feront l'objet d'une attention particulière, distinguaient, et distinguent encore parfois, les droits attachés aux statuts familiaux et en définissent les conditions d'accès. Ainsi, plutôt que d'accorder des prérogatives aux « époux », un ordre juridique peut distinguer les prérogatives accordées à l'époux, d'un côté, et celles garanties à l'épouse, de l'autre. Le couple composé par deux personnes de même sexe peut faire l'objet d'un traitement différent par rapport au couple dont les membres sont de sexe opposé. Des prérogatives distinctes peuvent découler du statut de conjoint de même sexe et du statut de conjoint de sexe différent, concernant par exemple l'accès à la parenté. De même, des prérogatives différentes peuvent être attachées au statut d'enfant selon sa naissance dans le mariage, hors mariage, ou encore d'une technique d'aide médicale à la procréation. Des

¹¹⁰ Pour des illustrations v. F. MONTROYA, F. NAVIA, « Rapport général », in Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La discrimination, Journées franco-belges*, t. LI, SLC, Paris, 2001, p. 427 ; O. ROY, *Droit de la famille*, 3^e éd., Archétype82, Paris, 2016, p. 7.

¹¹¹ Pour une étude ethnologique de la famille v. C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, PUF, Paris, 1949. Pour une étude sociologique v. A. MICHEL, *Sociologie de la famille et du mariage*, PUF, Paris, 1972. Pour un exemple v. Ch. A. DIOP, *L'unité culturelle de l'Afrique noire. Domaine du patriarcat et du matriarcat dans l'antiquité classique*, 2^e éd., Présence Africaine, Dalloz, Dakar, Paris, 1982. Pour une présentation du matriarcat en tant que fondement de la famille naturelle, J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, 14^e éd., PUF, Paris, 1991, p. 559.

différences de traitement sont établies entre les catégories ayant accès au mariage et celles qui ne l'ont pas. Citons à cet égard la différence entre les individus majeurs et mineurs¹¹², les célibataires et les individus mariés, les couples dont les membres sont liés ou non par un lien d'endogamie. Il s'agit donc d'un terrain privilégié pour la comparaison des exigences substantielles d'égalité définies dans deux ordres juridiques proches afin de comprendre si celles-ci sont similaires ou différentes.

30. Les droits qui feront l'objet d'analyse, et pour lesquels le terme « prérogatives » sera employé en tant que synonyme, seront principalement tirés du droit de la famille, mais également du droit social lorsque le statut familial de l'individu détermine l'accès à celui-ci. Les expressions « situation familiale » et « statut familial » seront entendues au sens large. Notre étude ne comprendra en effet pas uniquement les situations qui ont été incluses dans la notion de « famille » ou dans la notion de « vie familiale » par les législateurs ou par les juridictions. Elle inclura aussi les situations dans lesquelles la reconnaissance d'un droit attaché à un statut familial donné est sollicitée par les requérants ou les demandeurs. Cela permettra de mettre en évidence les situations dans lesquelles la qualification de vie familiale est refusée, ce qui entraîne une différence de traitement.

Cet angle d'analyse permettra de mettre en lumière la « conception de la famille » des ordres juridiques. À travers cette expression, nous renvoyons à l'ensemble composé des choix de consacrer des formes familiales dans un ordre juridique, des décisions relatives à la définition des conditions d'accès aux différents statuts familiaux et enfin des choix des prérogatives devant découler de chacun de ces statuts. La référence à la « conception de la famille » a été préférée à la « notion » ou au « concept » de famille. Ces dernières expressions renvoient en effet à l'idée de la famille en tant que structure unitaire, définie ou définissable. Notre but, à l'inverse, n'est pas de clarifier la notion de famille, mais de mettre en lumière le lien qui unit les contours de la famille définis par les autorités d'un ordre juridique donné et le travail d'élaboration d'exigences substantielles d'égalité en matière familiale.

31. Circonscription de l'analyse des discriminations en raison de la nationalité, de la résidence et du domicile. - Le but de cette étude est de savoir si les situations familiales devant

¹¹² Les différences de traitement liées à l'âge concernent également le bénéfice de certains droits de l'homme. Comme Madame ZANOBETTI le souligne, « certains droits, de par leur nature, peuvent difficilement être considérés comme adressés aux mineurs, bien qu'ils soient proclamés sans condition. Ils supposent, en effet, un certain degré de maturité » (A. ZANOBETTI, « La Dichiarazione universale dei diritti umani e la protezione e promozione dei minori », in S. TONOLO, G. PASCALE (dir.), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto contemporaneo*, Giappichelli, Turin, 2020, pp. 397-412, spéc. p. 398, *T.d.A.* Tel est, par exemple, le cas du droit de se marier et de fonder une famille.

être traitées de façon identique dans un ordre juridique doivent également l'être dans un autre et, dès lors, de savoir si les contenus substantiels d'égalité définis par ces ordres juridiques sont similaires. Une réponse affirmative nous conduirait notamment à confirmer que le caractère international du principe d'égalité est le gage de l'internationalité des exigences substantielles d'égalité, ce qui pourrait en justifier l'universalisme.

Pour mettre à l'épreuve cette hypothèse, il est nécessaire de nous pencher sur les droits nationaux des ordres juridiques, et notamment sur les droits internes¹¹³, car c'est là que les formes familiales admises sont définies, de même que les prérogatives attribuées ou refusées aux différentes catégories juridiques en matière familiale. Or, à ce niveau, de très nombreux critères pourront être mis en relief, parmi lesquels figurent le sexe, l'orientation sexuelle, la naissance ou encore l'âge. Cependant, les critères localisateurs tels que la nationalité, la résidence et le domicile¹¹⁴ des individus font exception et ne seront pas inclus dans l'analyse de la similitude ou de la dissemblance des exigences substantielles d'égalité définies par les ordres juridiques. En effet, en droit interne, les ordres juridiques distinguent ou ne distinguent pas le traitement des individus en fonction notamment du statut familial de chacun. Des droits sont attachés au statut d'époux, d'épouse, de concubin, de partenaire, d'enfant, d'enfant né dans le mariage, d'enfant né ou non de techniques d'aide médicale à la procréation, et ainsi de suite, en sachant que c'est l'ordre juridique lui-même qui définit chaque statut familial. Les conditions d'accès y afférentes constituent davantage de différences de traitement potentielles entre individus. *C'est donc le statut familial de l'individu qui détermine les droits de ce dernier et qui conduit à définir les exigences substantielles d'égalité, et non les liens qu'il entretient avec l'ordre juridique du for.*

32. En revanche, ces liens entrent en ligne de compte dans un second temps, celui de la mise en balance des contenus de l'égalité du for avec d'autres intérêts. Les critères de la résidence, de la nationalité ou du domicile sont ainsi pris en compte par les juges et les législateurs

¹¹³ Par « droit interne » nous faisons référence au droit matériel de l'ordre juridique national.

¹¹⁴ Centrés sur l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité, v. M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, dactyl., Université Panthéon-Assas - Paris II, 2002 ; P. KINSK, « Principe d'égalité et conflits de lois », *TCFDIP*, 2002-2004, Pedone, Paris, 2005, pp. 117-144 ; du même auteur, « Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes », in B. CORTESE (dir.), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2014, pp. 195-203 ; J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *RCADI*, vol. 353, 2011, pp. 23-166. Pour une analyse du caractère discriminatoire de l'emploi du critère de la résidence v. S. TONOLO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Giuffrè, Milan, 2011, spéc. p. 70 et s. Pour un raisonnement en termes d'égalité de traitement découlant du rattachement au critère du domicile, v. C. LABRUSSE, « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *TCFDIP*, 1975-1977, éd. Pedone, Paris, 1979, pp. 111-143, spéc. pp. 118-120.

uniquement lorsque, par exemple, les institutions de l'Union européenne entendent garantir des droits attachés à la citoyenneté européenne¹¹⁵, ou lorsqu'un État est intéressé à protéger ses ressortissants¹¹⁶, ou à l'inverse, à favoriser la coordination des ordres juridiques. Dans ce dernier cas, par exemple, la condition de proximité peut conduire à appliquer la loi étrangère désignée par les règles de conflit de lois interdisant l'établissement de la filiation hors mariage, dès lors que l'enfant n'est pas français et ne réside pas en France¹¹⁷. Ce faisant, une dérogation à l'exigence d'identité de traitement des enfants indépendamment de leur naissance est admise au nom de la coordination des ordres juridiques. Les enfants seront distingués, au nom de cet intérêt, selon leur nationalité ou leur résidence.

33. Le recours à ces critères témoigne ainsi de l'existence d'un motif de la dérogation aux exigences substantielles d'égalité. Les différences de traitement en fonction de critères localisateurs seront, pour ces raisons, évoquées lorsque nous analyserons les motifs de dérogation aux contenus substantiels d'égalité. Cependant, à ce stade, notre attention sera principalement tournée vers le motif de la dérogation lui-même¹¹⁸. La question qui nous intéresse est de savoir *si* et *pourquoi* celle-ci peut être admise. À partir du moment où une réponse affirmative est donnée, la question du *comment* dépasse en revanche le domaine de l'analyse du respect des exigences substantielles d'égalité en droit international privé. En effet, si une dérogation est admise, cela signifie qu'un intérêt autre que l'exigence substantielle

¹¹⁵ CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge* (par la suite *Garcia Avello*), aff. C-148/02, *Rev. Europe*, 2003, comm. 374, n. Y. Gautier, *AJDA*, 2004, p. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 184, n. P. Lagarde, *D.*, 2004, p. 1476, n. M. Audit, *RTD. civ.*, 2004, p. 62, obs. J. Hauser, *RTD eur.*, 2004, p. 559, n. A. Iliopoulou. Dans cet arrêt la Cour de justice a exigé, au nom de la non-discrimination en raison de la nationalité, qu'un enfant ayant une double nationalité belgo-espagnole puisse être inscrit dans les registres d'état civil belge avec les deux noms de famille du père et de la mère accolés selon la tradition espagnole. Ce faisant, la Cour de justice a exigé un traitement différent des enfants ayant la double nationalité, par rapport aux enfants ayant uniquement la nationalité de l'État membre en question, là où l'exigence substantielle d'égalité définie en droit interne belge prévoyait une identité de traitement de tous ses ressortissants. Une dérogation à cette exigence a ainsi dû être admise par les autorités belges dans le but de garantir les prérogatives découlant de la citoyenneté européenne.

¹¹⁶ V. par exemple le refus de partager la pension de réversion entre épouses polygames lorsque la première est française (Cass. fr., Civ. 1^{er}, 6 juillet 1988, *Baaziz II*, *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1989, p. 71, n. Y. Lequette ; Cass. fr., Civ. 2^e, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27864, *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, p. 339, n. P. Lagarde), alors même que l'exigence substantielle d'égalité française définie à cet égard commanderait un traitement identique des co-épouses (v. nos développements, *infra*, § 967 et s.).

¹¹⁷ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 10 février 1993, *Latouz*, n° 89-21997, *Rev. Crit. DIP*, 1993, p. 620, n. J. Foyer, *Defrénois*, 1993, p. 982, n° 86, obs. J. Massip, *JCP G*, 93.I.3688, n° 10, n. H. Fulchiron, *JDI*, 1994, p. 124, n. I. Barrière-Brousse ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 10 mai 2006, 05-10299, *D.*, 2006, 2890, n. G. Kessler, *ibid.*, 2007, 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *JCP G*, 2006. II. 10165, note T. Azzi, *AJ fam.*, 2006, p. 290, obs. A. Boiché, *Gaz. Pal.*, 10-12 décembre 2006, p. 12, n. J. Sainte-Rose. V. cependant les arrêts postérieurs et les doutes concernant l'abandon des conditions de proximité, Cass. fr., Civ. 1^{er}, 26 octobre 2011, n° 09-71369, *D.*, 2012, p. 1228 obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, *ibid.*, 2011, p. 2728, *JDI*, 2012, p. 176, n. J. Guillaumé, *AJ fam.*, 2012, p. 50, obs. E. Viganotti ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 27 septembre 2017, n° 16-19654, *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 882, n. D. Boden, *RDLF*, 2018 chron. n° 06, n. K. Bihannic. V. nos développements à ce sujet *infra*, §§ 1130 à 1132.

¹¹⁸ V. *infra*, §§ 332 et s.

d'égalité en cause a été considéré comme prééminent. À partir de là, il n'est plus question du respect de l'exigence substantielle d'égalité, mais de cet autre intérêt, dont la protection peut passer par le recours aux critères localisateurs précités.

34. **Comparaison avec le droit italien.** - L'analyse sera centrée sur le droit de la famille de pays aux cultures proches, géographiquement limitrophes, et ayant consacré ou souscrit à des dispositions d'égalité identiques ou sensiblement similaires. En effet, si cette analyse permet de dégager des conclusions liées au relativisme des exigences substantielles d'égalité, lequel découle de leur caractère non international – qui les distingue du principe d'égalité – et du caractère particulariste qui leur est propre, ces conclusions pourraient *a fortiori* être étendues à la lecture des contenus de l'égalité de pays culturellement et géographiquement plus éloignés. Le choix de la comparaison du droit français et du droit italien s'est ainsi naturellement imposé. Les deux pays sont parties au Conseil de l'Europe et membres de l'Union européenne. Ces deux États sont liés par de nombreuses conventions consacrant des dispositions d'égalité. Parmi celles-ci figurent la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou encore, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Si la liste des discriminations interdites par la Constitution italienne¹¹⁹ est sensiblement plus étendue que les discriminations constitutionnellement interdites en droit français¹²⁰, certaines interdictions des discriminations pertinentes en droit de la famille, et notamment l'égalité des sexes et des filiations, sont posées dans les deux pays. Les deux se sont engagés à respecter les interdictions des discriminations posées au niveau supranational, parmi lesquelles figure l'interdiction des discriminations en raison du sexe, de la naissance et de l'orientation sexuelle posée par la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de l'interprétation des dispositions d'égalité contenues dans la Convention homonyme, ainsi que par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

35. Il existe, certes, un mouvement commun à ces deux pays tendant vers l'égalisation des statuts personnels et familiaux. De nombreuses différences entre époux et entre les enfants nés

¹¹⁹ L'art. 3 al. 1^{er} de la Constitution italienne prohibe les discriminations fondées sur le sexe, la race, la langue, la religion, les opinions politiques et les conditions personnelles et sociales. L'art. 315 Cod. civ. it. pose par ailleurs un principe d'égalité des enfants ayant valeur législative.

¹²⁰ Pour rappel, l'alinéa 1^{er} du préambule de la Constitution de 1946 prohibe les discriminations en raison de l'origine, de la race et de la religion. L'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 consacre l'égalité des sexes. Il existe également en droit français un principe d'égalité des filiations ayant une valeur législative posé par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* et inscrit à l'art. 310 Cod. civ. fr.

dans et hors mariage ont été éliminées dans les deux ordres juridiques. Les couples composés de personnes de même sexe ont trouvé une reconnaissance juridique en droit français comme au-delà des Alpes. Néanmoins, en dépit de ces convergences générales, les évolutions du droit de la famille n'ont pas eu lieu au même rythme et n'ont pas conduit à définir les mêmes exigences substantielles d'égalité. De nombreux exemples montrent que les contenus de l'égalité auxquels l'application des mêmes dispositions d'égalité a conduit sont loin de faire l'unanimité entre ces pays voisins. À titre d'exemple, en droit italien les partenariats enregistrés n'ont été introduits qu'à la suite de la condamnation de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'homme¹²¹ et ont été réservés aux couples de même sexe. En France en revanche, le pacte civil de solidarité a été introduit en 1999¹²² et a été ouvert aux couples sans égard pour l'orientation sexuelle de ses membres¹²³. Pareillement, le droit italien, à la différence du droit français¹²⁴, n'a pas ouvert le mariage aux couples de même sexe et montre des réticences à modifier les règles relatives à la transmission du nom de famille¹²⁵. Par ailleurs, le législateur italien a réformé le droit de la filiation entre 2012 et 2013¹²⁶, poussé par l'urgence de mise en conformité aux exigences posées par la Cour de Strasbourg¹²⁷. Depuis lors, le droit italien offre aux enfants nés de l'inceste¹²⁸ et de mères porteuses¹²⁹ de plus amples possibilités que le droit français d'établir leurs liens de filiation.

36. Or, la recherche des facteurs permettant de définir les contenus de l'égalité nous pousse, dans cette matière, à émettre *l'hypothèse de la subordination de la définition des exigences*

¹²¹ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, D., 2015, p. 2160, n. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2015, p. 615, obs. M. Rouillard. V. loi it. 20 mai 2016, n° 76, *regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (Règlementant les unions civiles entre personnes du même sexe et la cohabitation, T.d.A.), GU n° 118 du 21 mai 2016, art. 1^{er}, al. 1-35.

¹²² Loi fr. n° 99-944 du 15 novembre 1999 *relative au pacte civil de solidarité*.

¹²³ Art. 515-1 Cod. civ. fr.

¹²⁴ Loi fr. 17 mai 2013, n° 2013-404, préc.

¹²⁵ V. *infra*, § 484 et s.

¹²⁶ Loi it. du 10 décembre 2012, n° 219/2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali* (Dispositions en matière de reconnaissance des enfants naturels), préc. et décret législatif (par la suite « d.lgs ») it. du 28 décembre 2013, n° 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219* (Révision des dispositions en vigueur en matière de filiation en vertu de l'article 2 de la loi 10 décembre 2012, n° 219). V. M. SESTA, « L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari », *Fam. dir.*, 2013, p. 231 et s. ; B. DE FILIPPIS, « La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura », *Fam. dir.*, n° 3, 2013, p. 291 et s. ; *La nuova disciplina della filiazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015; B. DE FILIPPIS, « Legge n. 219 del 10 dicembre 2012 », *LexFamiliae*, 2013.I, p. 3 et s. ; C. INGENITO, « Osservazioni a prima lettura della riforma della filiazione – Legge 10 dicembre 2012, n. 219 », *Vita not.*, 2013, p. 920 et s.

¹²⁷ G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, 2^e éd., Zanichelli, Bologne, 2013, pp. 253 et 255 souligne que l'immobilisme italien se démarquait dans le contexte européen et que la pression de la CEDH est indubitablement à l'origine de la réforme de 2012.

¹²⁸ V. *infra*, § 412 et s.

¹²⁹ S. TONOLO, « La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, n° 1, 2014, p. 81 et s.

substantielles d'égalité en matière familiale à la conception de la famille de chaque ordre juridique national. Ce facteur pourrait en effet permettre de rationaliser les choix des législateurs de prévoir des identités ou bien des différences de traitement en matière familiale. Un exemple parmi d'autres est celui de la plus grande influence exercée par la religion catholique sur la conception italienne de la famille¹³⁰. Celle-ci peut en effet expliquer que des différences de traitement héritées de la religion catholique aient été longtemps ou soient encore maintenues en Italie et non en France. Le refus d'introduire le mariage entre personnes de même sexe en droit italien suffit à en donner un aperçu.

37. Inclusion du droit européen. - La même hypothèse méritera d'être étendue à l'analyse des interprétations données par les instances supranationales aux dispositions d'égalité consacrées par les systèmes juridiques dont elles relèvent. Cette recherche s'explique par la nécessité de savoir si, au rebours du particularisme des exigences substantielles d'égalité en matière familiale au niveau national, un caractère objectif peut être attribué à ces dernières lorsqu'elles ont une origine supranationale. Cela constitue en effet l'une des justifications de l'universalisme attribué au principe d'égalité. Pour ce faire, il sera nécessaire de rechercher le facteur guidant la définition des contenus de l'égalité touchant à la matière familiale en droit de l'Union européenne et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit en effet des ordres juridiques supranationaux qui influencent le plus les ordres juridiques français et italien en matière familiale et dont les normes ont souvent un caractère contraignant. Cela implique notamment que les exigences substantielles d'égalité définies à ce niveau doivent être intégrées aux droits nationaux français et italien¹³¹.

¹³⁰ V., par exemple, M. RINALDO, « Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie », *Dir. Fam. Pers.*, n° 3, 2017, p. 976 et s. L'auteur qualifie de « courageuse » la loi sur les unions civiles, « dans un contexte culturel qui demeure fortement conditionné par les valeurs et les principes de la religion catholique qui renforcent et poussent vers la préservation du lien indissoluble entre mariage et famille » (*ibid.*, spéc. point 2, p. 12 de la version PDF, *T.d.A.*). Cf. Y. BRULEY, « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La Revue*, n° 2, 2012, pp. 111-126, qui met en lumière la force avec laquelle le mariage a été laïcisé en France. V. cependant J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, pp. 323-346, spéc. p. 325, qui a souligné quelques tâtonnements passés.

¹³¹ La Convention européenne impose textuellement l'obligation pour l'État de se conformer aux arrêts de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties (art. 46 CESDH). De plus, une « autorité de la chose interprétée » se dégage de la jurisprudence de la Cour (F. MARCHADIER, J.-P. MARGUÉNAUD, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2020, 26^e éd., pp. 40-68, spéc. pp. 60-65 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd., 2016, Dalloz, Paris, pp. 186-187 ; F. SUDRE, L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 404 ; I. KARAKAS, « L'effet *erga omnes* des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (l'exemple de l'arrêt *Salduz*) », in P. TAVERNIER, C. PETTITI (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme : la jurisprudence en 2009 et 2010*, Nemesis, Anthemis, Bruxelles, Limal, 2013, p. 85 ; E. LUPO, « La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno

Les interprétations de dispositions d'égalité données par des organismes de contrôle non juridictionnels¹³² ne seront en revanche pas analysées. En effet, bien que ces organismes puissent influencer les autorités nationales, ce sont ces dernières qui définissent *in fine* les exigences substantielles d'égalité. Il s'agira donc de contenus de l'égalité de source nationale.

38. La subordination de ces derniers à des facteurs particularistes conduirait à discuter le postulat de la convergence entre la protection du principe d'égalité et la garantie de la continuité des situations.

b. Le postulat critiquable de la convergence entre égalité et continuité internationale des situations

39. L'analyse des exigences substantielles d'égalité d'origine nationale et européenne en matière familiale pourrait conduire à révéler que les identités et les différences de traitement des statuts familiaux constituent, au niveau national, le crayon par lequel les autorités dessinent leur conception de la famille. Une identité ou une différence de traitement ne saurait ainsi être admise si elle va à l'encontre de la conception de la famille de l'ordre juridique, à moins que ce dernier ne doive se conformer à un contenu de l'égalité de source supranationale.

e la svolta della Cassazione civile e penale », *Cass. Pen.*, 2007, n° 5, p. 2247 et s. ; J. MARCHAND, « Prévention et dissuasion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, n° 6, 2014 pp. 1149-1157, spéc. p. 1156). La Cour européenne des droits de l'homme elle-même a précisé que les interprétations suffisamment claires et précises qu'elle donne des dispositions de la CESDH sont d'application directe (CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, § 25, *RFDA*, 1992, p. 510, obs. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle, F. Sudre). Déjà en 1978 elle avait d'ailleurs considéré que les décisions de la Cour « servent à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention, contribuant ainsi au respect par les États des engagements pris par eux en leur qualité de parties contractantes » (CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, *JDI*, 1980, p. 449, obs. P. Rolland). Elle a ensuite précisé que les États n'ont pas à attendre d'être condamnés par la Cour pour mettre la législation nationale en conformité avec sa jurisprudence (CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, *GACEDH*, n° 44 ; CEDH, 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, req. n° 15070/89, *AJDA*, 1993, p. 483, chron. J.-F. Flauss). La valeur contraignante des interprétations de la Convention données par la CEDH dans ses arrêts est reconnue par la Cour de cassation française (Cass. fr., Ass. plén., 15 avril 2011, n°s 10-17049 et 10-30313, *D.*, 2011, entretien G. Roujou de Boubée ; *ibid.*, 2012, p. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seséke, N. Joubert et K. Parrot, *RTD civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. Marguénaud) et italienne (Cass. it., Ch. réun., 26 janvier 2004, n°s 1338, 1339, 1340 et 1341, *Giur. it.*, 2004, n. 1338 ; v. également C. const. it., 22 octobre 2007, n°s 348/2007 et 349/2007, préc. et la lecture qu'en donne G. TESAURO, « Costituzione e norme esterne », *Dir. Unione Europea*, n° 2, 2009, p. 195 et s., spéc. p. 216 et s.).

L'interprétation des dispositions issue des textes de l'Union européenne que la Cour de justice en donne lie l'ensemble des États membres. V. art. 267 TFUE et les *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, 2016/C 439/01, OJ C 439, 25 novembre 2016, pp. 1-8, spéc. points 8 à 11 ; F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, 1^e éd., Dalloz, Paris, 2017, p. 631, § 877. Pour aller plus loin v. Ph. MANIN, « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », *Pouvoirs*, n° 1, 2001, pp. 51-64.

¹³² Tels que les travaux du Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité des droits de l'homme, ou encore le Conseil des droits de l'homme des Nations unies.

Si cette hypothèse devait se confirmer, la subordination des exigences substantielles d'égalité à des conceptions, nécessairement particularistes, de la famille remettrait-elle en cause la possibilité d'attribuer un caractère universel aux contenus de l'égalité définis au niveau national ? Si nous répondons par l'affirmative à cette question, il ne serait pas possible de justifier sur ce fondement la renonciation à la continuité des situations dans les litiges impliquant des ordres juridiques culturellement éloignés et, *a fortiori*, n'appartenant pas à la même communauté de valeurs que l'ordre juridique du for.

40. Rappelons qu'une vocation universelle des contenus de l'égalité définis par la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que par la Cour de justice a par ailleurs été fondée sur le caractère supranational, supposé a-particulariste, des exigences substantielles d'égalité européennes. Cet universalisme doit à son tour être discuté. Le contrôle du respect des règles d'égalité inscrites dans la Convention ESDH semble en effet être orienté vers la protection d'une conception de la famille que la Cour de Strasbourg définit elle-même.

En revanche, la Cour de justice semble se montrer garante des conceptions de la famille des États membres dès lors que la poursuite des objectifs de l'Union, et notamment la protection des droits du citoyen européen et du principe de libre circulation au sein de l'espace européen, n'est pas en jeu. Si ces analyses devaient se confirmer, l'objectivité des exigences substantielles d'égalité définies au niveau supranational ferait donc défaut, ce qui empêcherait également d'attribuer à ces dernières une vocation universelle. Il ne serait donc pas possible de justifier de la sorte le choix de limiter la continuité des situations au nom des contenus d'égalité, notamment dans les litiges impliquant des ordres juridiques n'appartenant pas à la même communauté de valeurs que l'ordre juridique du for.

Si cela est correct, l'internationalité du principe d'égalité ne s'accompagnerait donc pas de l'internationalité des exigences substantielles d'égalité et une vocation universelle ne pourrait pas être attribuée à ces dernières en raison de leur particularisme.

41. Dans ce cadre, la subordination des exigences substantielles d'égalité définies par les ordres juridiques nationaux aux conceptions respectives de la famille conduirait notamment à constater la diversité des exigences substantielles d'égalité définies, y compris dans les ordres juridiques proches tels que la France et l'Italie. Un relativisme de ces exigences devrait donc être constaté. En effet, la conception de la famille ne se résume pas aux grandes valeurs guidant les législateurs. Elle se dessine à travers le choix des statuts familiaux qui trouvent ou qui ne trouvent pas de consécration en droit national, à travers chaque condition subordonnant l'accès aux différents statuts familiaux et par l'attribution ou par le refus de chaque prérogative en la

matière à une catégorie donnée. Si des similitudes peuvent être mises en lumière, il semble en aller de même pour les divergences. Celles-ci pourraient donc conduire les ordres juridiques à adopter des solutions contradictoires au nom du même principe, et ce, de manière indépendante de l'appartenance des ordres juridiques en cause à la même communauté de valeurs. La protection du principe d'égalité pourrait donc conduire à la discontinuité des situations circulant entre ordres juridiques culturellement proches. La possibilité d'imposer le respect des exigences substantielles d'égalité dans les litiges impliquant des ordres juridiques ne garantissant pas le principe d'égalité perdrait ainsi son fondement et exigerait de trouver un compromis autrement.

42. Le renouvellement perpétuel des questions d'égalité. - L'intérêt de la recherche d'un équilibre entre la protection du principe d'égalité, et plus exactement des exigences substantielles d'égalité, et la continuité des situations est tiré du droit positif de la famille. Il serait possible d'objecter à l'intérêt d'un tel sujet de recherche qu'avec le temps les inégalités de traitement pourraient progressivement disparaître et résorber, de ce fait, le risque actuel d'inconciliabilité des solutions rendues au nom du principe d'égalité. Il est en effet possible de lire des considérations comme celles-ci :

« [L]es interventions de l'ordre public [...] se sont raréfiées. En droit de la famille, où elles étaient le plus fréquentes, les réformes du droit interne se sont exercées dans un sens tel qu'il n'existe plus guère de politique législative restrictive heurtant une opinion largement répandue [...]. En ce qui concerne les rapports avec les pays voisins, les législations européennes se sont en outre considérablement rapprochées par l'effet de réformes parallèles. La question des unions homosexuelles, récemment autorisées par la législation de différents pays proches de la France, aurait pu illustrer à nouveau la situation envisagée si la loi française elle-même ne s'y était ralliée »¹³³.

Cela signifie-t-il que ce sujet de recherche est mort-né ? Deux raisons nous poussent à répondre par la négative.

43. Une question de points de vue. - D'une part, ces considérations ne correspondent pas à l'analyse donnée par les auteurs d'outre-Alpes. Au sein de la doctrine italienne, ce sont des

¹³³ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 337, § 391.

propos opposés qui sont tenus :

« [E]n ce moment de l'histoire, l'ordre juridique italien se trouve exposé sur deux fronts très éloignés entre eux, car au Nord et au Sud des solutions en matière familiale même très éloignées des nôtres sont accueillies »¹³⁴.

L'opposition des deux postures ne doit pas surprendre. Chacune est tributaire de son angle de vue. Elle permet de comprendre que de l'élimination d'une différence de traitement dans un pays peut naître une nouvelle divergence des exigences substantielles d'égalité à travers les ordres juridiques.

44. **Des nouvelles questions potentielles.** - D'autre part, les questions d'égalité se renouvellent continuellement et les prémisses de futures questions d'égalité potentielles sont déjà décelables.

45. Prenons l'exemple des anciennes inégalités qui persistent encore en droit français et en droit italien. Aussi bien la France que l'Italie distinguent les modes d'établissement de la filiation selon que les enfants naissent dans ou hors mariage. La présomption de paternité est notamment conservée dans les deux pays. Il s'agit là d'une différence de traitement justifiée, à l'heure actuelle, par l'accent que les deux pays mettent sur le mariage des parents en ce qui concerne l'établissement de la filiation. Il n'est cependant pas exclu qu'une différence dans les libéralisations des droits de la famille d'ordres juridiques proches conduise l'un d'entre eux à cesser de considérer le mariage des parents des enfants comme un élément pertinent pour fonder des distinctions, tandis que l'autre continuerait de le faire. Cet élément serait ainsi apte à réintroduire une nouvelle divergence de solutions considérées comme conformes au principe d'égalité.

46. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le droit, y compris le droit de la famille, est en évolution constante, ce qui conduit à introduire de nouvelles questions d'égalité potentielles. En voici un aperçu à l'aide de trois exemples.

En premier lieu, l'apparition de la notion de « sexe neutre » et les demandes de mention à l'état

¹³⁴ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 25, *T.d.A.* : « in questo particolare periodo storico l'ordinamento italiano si trova esposto su due fronti molto distanti tra loro, che a Nord e a Sud accolgono soluzioni familiari anche molto distanti dalle nostre ».

civil qui en découlent¹³⁵ s'accompagneront, sans doute, de questions liées à la comparabilité de la situation des « sexes neutres » aux hommes et aux femmes, à la question de la comparabilité des couples composés d'hommes, de femmes, et/ou de sexes neutres, concernant le droit à l'accès aux différentes formes de conjugalité ainsi que les droits familiaux et sociaux attachés à ces statuts.

Le deuxième exemple est celui des « bébés médicaments ». Le recours aux « bébés médicaments » a lieu lorsqu'un enfant nécessite une greffe de moelle épinière. Cette pratique consiste à concevoir des embryons afin d'en sélectionner un en fonction de sa compatibilité avec le frère ou la sœur. À la naissance de cet enfant, des cellules-souches seront prélevées pour soigner la maladie du frère ou de la sœur. Madame POUSSON-PETIT s'interroge pertinemment sur le caractère instrumental de cet enfant. La question de la discrimination de l'enfant à naître est notamment posée par l'auteure¹³⁶.

Cette question rejoint celle qui se pose au sujet du troisième exemple, concernant l'égalité des enfants nés de techniques de procréation naturelles et artificielles. Des auteurs posent ici une question d'égalité sur un autre plan : « Comment répondre à ceux qui se plaindront d'avoir été programmés sans père dans des familles composées de deux femmes ? N'y a-t-il pas en leur défaveur une véritable discrimination ? »¹³⁷.

47. Ces trois exemples montrent que les inégalités de traitement héritées du passé pourront être remises en cause à l'avenir et que dans les situations apparues récemment se trouvent en germe les questions d'égalité de demain. Il en ira de même pour les situations à découvrir ou impossibles à réaliser pour l'instant sur le plan médical ou technique, et qui composeront

¹³⁵ V. le jugement faisant droit à la demande d'inscription de la personne comme étant de sexe neutre dans les registres d'état civil, par la suite infirmé, TGI Tours, 2^e ch. civ., 20 août 2015, *AJ fam.*, 2015, p. 613, obs. S. Le Gac-Pech, *RTD civ.*, 2016, p. 77, obs. J. Hauser, *D.*, 2015, p. 2295, obs. F. Violla. V. CA Orléans, 22 mars 2016, RG n° 15/03281, *AJ fam.*, 2016, p. 261, obs. C. Siffrein-Blanc, *ibid.*, 2016, p. 233, obs. A. Dionisi-Peyrusse, infirmant ce jugement et Cass. fr., Civ. 1^e, 4 mai 2017, n° 16-17189, *D.*, 2017, p. 1399, n. J.-P. Vauthier et F. Violla, *RTD civ.*, 2017, p. 607, obs. J. Hauser, validant l'analyse de la Cour d'appel. Pour aller plus loin au sujet de l'admission du « sexe neutre », ou du « troisième sexe », ou encore du « troisième genre » ou « sexe indéterminé », v. S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN, « Introduction », *op. cit.*, pp. 1-26, spéc. pp. 6-8. Pour une critique de l'approche binaire des genres adoptée par la loi, v. M.-X. CATTO, « La mention du sexe à l'état civil », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Éditions, Paris, 2014, pp. 29-47 ; Ph. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *RDDH*, n° 8, 2015 [en ligne].

¹³⁶ J. POUSSON-PETIT, « Morales sexuelles familiales et traditions juridiques », in J. KRYNEN (dir.), *Le droit saisi par la morale*, PU Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2005, pp. 139-171, spéc. §§ 123-124.

¹³⁷ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC*, n° 98, 2012, p. 3 sur 4 de la version PDF. Dans le même sens, X. LACROIX, « Un droit à l'enfant ? » in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-Conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz, Paris, 2009, p. 121 ; I. BARRIÈRE-BROUSSE, note ss. Cass. fr., 22 septembre 2014, avis n° 15011 P, *JDI*, n° 1, 2015, comm. 1, § 20 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Les concubinages : diversités et symboliques », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, Paris, 2002, pp. 603-617, spéc. p. 615.

l'image de la famille à venir. La question de la divergence des solutions que chaque ordre juridique considère comme conformes au principe d'égalité accompagnera ainsi toujours l'évolution du droit et des mœurs. La question de leur conciliabilité est ainsi vouée à se renouveler sans cesse.

48. C'est sur la base de cette analyse que nous nous proposons de montrer l'intérêt de la recherche d'un équilibre entre la protection du principe d'égalité, et plus précisément des exigences substantielles d'égalité du for, et la continuité internationale des situations. Les exigences substantielles ne semblent en effet pas partager le caractère international du principe tel qu'il est abstraitement consacré. Elles semblent, par ailleurs, être particularistes. De l'absence de caractère international des exigences substantielles d'égalité et, parallèlement, de leur particularisme découlerait, en ce sens, leur relativisme.

2. La nécessaire recherche d'instruments de conciliation

49. Comme Madame NAJM l'a souligné, « si le principe de cohésion de l'ordre interne est admis à prévaloir sur les principes à la finalité internationale, notamment en présence du conflit de civilisations, encore faut-il [...] qu'aucune conciliation ne puisse être opérée avec les impératifs de l'ordre international »¹³⁸. Or, le caractère international du principe d'égalité et la vocation universelle qui lui est attribuée ne peuvent pas justifier *ipso facto* les solutions favorisant le principe d'égalité au détriment de la continuité des situations. En effet, ces caractères ne peuvent pas nécessairement être attribués aux exigences substantielles d'égalité dont le respect s'impose concrètement en droit international privé. Comme l'auteure le suggère, la recherche d'une conciliation serait alors nécessaire. Ce travail s'imposerait cependant au-delà du cadre tracé par cette dernière. En effet, si le relativisme des exigences substantielles d'égalité devait être confirmé, la distinction entre la communauté et le conflit de civilisations, ou de cultures, ne se révélerait pas pertinente lorsqu'il s'agit de s'assurer de la conformité d'une norme étrangère à ces contenus de l'égalité. Un équilibre devrait ainsi être recherché dans le cadre de tout contrôle d'égalité, c'est-à-dire de l'analyse de la conformité des normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité du for. Il devrait notamment être recherché indépendamment des ordres juridiques impliqués dans le litige, qu'ils garantissent ou non le principe d'égalité et qu'ils appartiennent ou non à la même communauté de cultures. Une hypothèse devrait être étudiée à cet égard. Il s'agirait d'analyser les méthodes de droit

¹³⁸ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, op. cit., p. 425, § 446.

international privé susceptibles d'influencer le résultat du litige en termes de continuité des situations au prisme du contrôle d'égalité. Le but serait notamment de savoir si les choix méthodologiques sont susceptibles d'infléchir le résultat du contrôle d'égalité et de relativiser, par ce procédé, le risque que la protection des exigences substantielles d'égalité conduise à la discontinuité des situations.

50. Dans le cas de la négative, force serait alors de constater que si un équilibre peut être trouvé, il dépendrait uniquement de la tolérance dont l'ordre juridique du for peut faire preuve lorsqu'il est confronté à des normes étrangères contraires à ses exigences substantielles d'égalité et, plus généralement, de l'importance qu'il attribue à ces dernières. La question se poserait alors de savoir quel est le critère qui dicte si le respect des contenus de l'égalité est nécessaire ou si une dérogation peut être admise. La question se poserait également de savoir si le respect des contenus définis au niveau supranational peut diminuer les cas où un contrôle d'égalité conduit à la discontinuité des situations. En effet, d'autres droits fondamentaux, tels que le respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la CESDH ou la libre circulation en droit de l'Union européenne garanti par l'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (par la suite, TFUE), ont conduit les juridictions européennes à exiger la reconnaissance de situations là où les États, respectivement, parties au Conseil de l'Europe et membres de l'Union européenne, l'avaient refusée. Il serait ainsi nécessaire de savoir s'il peut en aller de même concernant le respect des exigences substantielles d'égalité européennes.

51. Ces considérations nous conduisent à formuler la problématique de cette étude :

À la lumière du caractère purement méthodologique des exigences posées par le principe d'égalité, un équilibre peut-il être trouvé entre le souci de garantir la continuité des situations et l'exigence de respecter le principe d'égalité lorsque la protection de ce dernier passe par la discontinuité des situations ?

52. La prise en compte du caractère méthodologique du principe d'égalité exige en premier lieu de comprendre que ce dont le juge vérifie le respect en droit international privé n'est pas le principe d'égalité tel qu'il est abstraitement consacré par les textes, mais les exigences substantielles d'égalité qui concrétisent ce principe. Cela implique de déterminer la méthodologie selon laquelle ces contenus de l'égalité sont définis, afin de vérifier si l'internationalité des dispositions d'égalité est le gage de l'internationalité des concrétisations

de ces dernières.

53. La réponse négative apportée à cette question nous conduira ensuite à rechercher les critères à partir desquels ces contenus substantiels du principe d'égalité sont définis, ce qui exigera d'étudier les liens avec les ordres juridiques nationaux. Deux hypothèses méritent d'être envisagées à ce titre. La première est celle de la similitude des exigences substantielles d'égalité définies par des ordres juridiques appartenant à la même communauté de valeur, tels que la France et l'Italie, en dépit du défaut d'internationalité de ces exigences. Une similitude pourrait notamment être relevée s'il pouvait être établi que les considérations suivies dans ce travail de définition à travers les ordres juridiques sont identiques, ou du moins similaires. La seconde hypothèse est celle du caractère objectivable des critères en fonction desquels les exigences substantielles d'égalité sont définies, notamment au niveau européen, loin des particularismes nationaux. Si l'une de ces hypothèses devait être vérifiée, cela pourrait justifier d'attribuer une vocation universelle aux exigences substantielles d'égalité et d'en imposer notamment le respect dans les litiges impliquant les ordres juridiques qui ne garantissent pas le principe d'égalité. Dans le cas contraire, le caractère non international des exigences substantielles d'égalité ainsi que leur caractère particulariste conduirait à en constater le relativisme à travers les ordres juridiques, et à nous demander si un équilibre peut être trouvé entre la protection de ces contenus de l'égalité et la garantie de la continuité des situations.

54. Il résultera du caractère méthodologique du principe d'égalité que les exigences substantielles d'égalité dont le respect s'impose en droit international privé de la famille ne sont pas internationales car elles se distinguent du principe d'égalité qui, lui, est internationalement reconnu (**Partie 1**). Il s'agit par ailleurs de contenus particularistes puisque leur définition varie d'un ordre juridique à l'autre, national ou supranational, en fonction notamment de ce que dicte le respect de conceptions de la famille nationales ou supranationales (**Partie 2**). Il résulte de la combinaison de ces deux éléments un relativisme des exigences substantielles d'égalité conduisant à rejeter le postulat de la convergence des solutions appelées par le principe d'égalité au sein des ordres juridiques qui appartiennent à une même communauté de valeurs. Le compromis entre la quête de la continuité des situations et la protection des droits fondamentaux en droit international privé de la famille ne peut donc pas consister à placer la limite du tolérable au seuil de la violation des exigences substantielles d'égalité. En raison du relativisme de ces derniers, s'ouvre alors la quête de solutions permettant de limiter les cas dans lesquels leur garantie conduit ou risque de conduire à la discontinuité des situations (**Partie 3**).

PARTIE I : DES EXIGENCES SUBSTANTIELLES D'ÉGALITÉ

NON INTERNATIONALES

*Le vase donne une forme au vide*¹³⁹

55. Le principe d'égalité correspond à l'exigence de traiter de manière identique les situations comparables, et de manière différente les situations différentes, à moins qu'une dérogation ne soit admise¹⁴⁰. Le respect de ce principe s'impose dans les affaires de droit international privé soumises à l'attention des juges français et italien, et plus largement des ordres juridiques qui garantissent ce principe. Comme annoncé, cela dépend du fait qu'il s'agit d'un droit fondamental, consacré tant au niveau national que supranational, également qualifié de principe général du droit dans ces ordres juridiques ainsi que dans de nombreux autres. En raison de cette multiplicité de consécutions, l'égalité est considérée comme un principe internationalement reconnu. Il s'agit plus exactement d'un principe transnational et d'un principe garanti au niveau supranational. Il a également été mentionné que, de ces caractéristiques, découle la vocation à l'universalité qui lui est attribuée.

56. Une comparaison superficielle du droit français et du droit italien a cependant suffi à soupçonner la variabilité des exigences substantielles d'égalité, c'est-à-dire des concrétisations dont le principe d'égalité peut faire l'objet et dont le respect est susceptible de s'imposer en droit international privé. *La question qui se pose est alors de savoir si l'internationalité du principe d'égalité s'accompagne de l'internationalité des exigences substantielles d'égalité auxquelles le juge peut effectivement être amené à confronter les normes étrangères.* Une réponse négative conduirait en effet à questionner les solutions actuelles et notamment la possibilité de justifier la discontinuité des situations au nom du principe d'égalité dans les litiges impliquant des ordres juridiques qui ne garantissent pas ce principe.

57. Afin de répondre à cette question, il est avant tout nécessaire de cerner le contrôle d'égalité, spécifique au droit international privé, dont il est question. Pour ce faire, il convient en premier lieu de préciser qu'il ne s'agit pas du contrôle de la conventionnalité, ni du contrôle

¹³⁹ G. BRAQUE, *Le Jour et la Nuit, cahiers Georges Braque 1917-1952*, Gallimard, Paris, 1952, p. 19.

¹⁴⁰ G. CALVÈS, v. « Égalité (principe d') », in D. CHAGNOLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 377. Également en ce sens, F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », op. cit., pp. 213-242, spéc. p. 215 et pp. 234-237.

de la constitutionnalité des lois. Cette précision s'impose puisque ces deux derniers examens sont susceptibles d'être opérés dans le cadre de la résolution d'un litige privé international. Tel est notamment le cas lorsque la disposition venant régir la situation en cause est issue du droit du for.

58. Le contrôle non spécifique au droit international privé : la conventionnalité ou la constitutionnalité des dispositions du for applicables au litige. - Si une disposition du for est applicable au litige, seule une question de la conventionnalité ou de la constitutionnalité des lois internes, relativement aux dispositions d'égalité garanties, est susceptible de se poser. La procédure suivie sera alors celle que l'ordre juridique du for prévoit pour ces hypothèses et n'est pas spécifique au droit international privé¹⁴¹. Après que les autorités compétentes à cet égard ont été saisies, la disposition de droit interne pourra être appliquée selon une interprétation conforme aux dispositions d'égalité en cause. Les juges pourront également en refuser l'application, auquel cas le litige sera résolu conformément à d'autres normes. À l'issue d'un contrôle de constitutionnalité, la disposition peut également être abrogée.

Ces cas de figure sont par exemple susceptibles de se réaliser lorsque la méthode de résolution du litige appliquée par le juge est celle des lois de police¹⁴². En effet, dans ce cas le juge ne mettra pas en œuvre la règle de conflit de lois mais appliquera directement la norme de droit interne dotée d'une impérativité particulière, classiquement définie comme celle dont « l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »¹⁴³.

De la même manière, un contrôle de la conventionnalité ou de la constitutionnalité des lois est susceptible d'être opéré lorsque la loi du for est désignée par la règle de conflit¹⁴⁴ ou appliquée

¹⁴¹ Ces contrôles seront analysés relativement aux modalités de définition des exigences substantielles d'égalité par l'ordre juridique du for. V. *infra*, §§ 137 et s. et 224 et s.

¹⁴² V. à ce sujet, Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 1-18 ; L. D'AVOUT, « Les lois de police », in T. AZZI, O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 91-121 ; B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Paris, 2008 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2011, pp. 207-290 ; C. NOURISSAT, « Retour sur les lois de police dans l'ordre international », *RLDA*, n° 86, 2013, pp. 56-60 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP*, 2002-2004, Pedone, Paris, 2005, pp. 65-116 ; E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, p. 117 ; L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'arrêt CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C381/98 », *JCP*, 2001, I, n° 328, p. 1158 et s.

¹⁴³ Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *op. cit.*, spéc. p. 1.

¹⁴⁴ Concernant le droit international privé français, v. art 370-5 Cod. civ. fr. : « L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être

à la suite de l'éviction de la loi étrangère normalement compétente par le jeu de l'exception d'ordre public international.

59. **Le contrôle d'égalité spécifique au droit international privé : la conformité de la norme étrangère aux exigences substantielles d'égalité.** - Le contrôle d'égalité spécifique au droit international privé est celui qui consiste à s'assurer de la conformité des normes étrangères aux contenus de l'égalité pertinents. Cet examen est donc utile uniquement lorsque le juge se retrouve à donner effet à des normes étrangères. La question qui se pose dans ces cas est de savoir comment le juge détermine s'il doit s'assurer de la conformité de la norme étrangère en cause à une exigence d'identité de traitement ou à une exigence de différence de traitement pertinente en l'espèce. Or, cette indication peut être trouvée de différentes manières¹⁴⁵.

60. Elle est parfois directement fournie par les règles de conflit de lois à travers l'insertion d'une clause spéciale d'ordre public, c'est-à-dire une disposition précisant les cas dans lesquels et les conditions auxquelles l'ordre public du for a vocation à jouer. Cela conduit notamment à évincer la loi étrangère et à y substituer la loi du for¹⁴⁶. À titre d'exemple, l'article 10 du règlement « Rome III »¹⁴⁷ impose d'écarter la loi applicable au prononcé du divorce ou de la séparation des corps désignée par le règlement si elle accorde ce droit de manière différente aux deux époux selon leur sexe.

61. Le plus souvent cependant le juge est appelé à s'assurer de la conformité des normes étrangères au principe d'égalité généralement entendu.

Ce contrôle peut avoir lieu à travers la confrontation immédiate de la norme étrangère aux droits

convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ».

Concernant le droit international privé italien, v. art. 38, al. 1^{er}, dernière phrase, loi it. n° 218/1995 : « [...] la loi italienne est applicable [à la constitution et à la révocation de l'adoption] lorsque l'adoption tendant à attribuer à un mineur l'état d'enfant est demandée au juge italien » (« [...] si applica il diritto italiano quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio ») ; art. 32 bis (même loi) : « Le mariage contracté à l'étranger par des citoyens italiens avec une personne du même sexe produit les effets de l'union civile prévue par la loi italienne » (« Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana ») ; art. 32 quinquies (même loi) : « L'union civile, ou autre institut analogue, constituée à l'étranger entre citoyens italiens du même sexe qui résident habituellement en Italie produit les effets de l'union civile régie par la loi italienne », (« L'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana ») ; v. également D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, dactyl., Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne, 2002, p. 794, § 752, qui offre une lecture de l'ordre public de proximité en termes de lexforisme.

¹⁴⁵ L'ensemble de ces hypothèses seront détaillées dans la troisième partie de cette étude et spéc. §§ 1033-1038.

¹⁴⁶ Concernant les clauses spéciales d'ordre public v. P. LAGARDE, « Ordre public », *Rép. dr. int.*, décembre 1998, actualisé en mai 2020, §§ 27-28 ; v. « Public Policy », *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. III, chap. 7, 1994, nos 29 et s.

¹⁴⁷ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (dit « Rome III »).

fondamentaux, et donc, entre autres, au principe d'égalité, sans que la loi applicable à la situation ne soit recherchée¹⁴⁸.

Cet examen peut cependant avoir également lieu par le biais de l'exception d'ordre public international¹⁴⁹. Cette dernière notion est variable dans l'espace et dans le temps¹⁵⁰. Ainsi, plusieurs définitions ont pu être retenues en France et en Italie au fil des époques. Deux conceptions s'opposent essentiellement : l'ordre public international peut être entendu comme renvoyant à des principes considérés comme essentiels par l'ordre juridique du for¹⁵¹ ; l'ordre public international peut être entendu comme renvoyant à des principes internationalement reconnus¹⁵².

¹⁴⁸ M.-L. NIBOYET, « Nouveau juges, nouveaux pouvoirs », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot. Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 313-336 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, pp. 1-32 ; D. COHEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989, pp. 451-483 ; Y. LEQUETTE, note ss. CA Paris, 14 juin 1994, *op. cit.*, pp. 308-318 ; P. MAYER, « L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, C. LUCAS DE LEYSSAC (dir.), *Liberté et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996, pp. 250-265, spéc. p. 255 ; P. PIRRONE, « Diritti umani e diritto internazionale privato », in P. PIRRONE (dir.), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 15 ; v. également F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD. civ.*, 1995, p. 249-270, spéc. p. 265 et s.

¹⁴⁹ En droit italien v. notamment art. 16, al. 1^{er} et art. 64, g) de la loi it. du 31 mai 1995 n° 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (par la suite, également, loi n° 218/1995), exigeant la conformité à l'ordre public international, respectivement de la loi étrangère et des jugements étrangers. Pour aller plus loin v. P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 318, p. 19 et s., spéc. p. 170 et s. ; Ph. FRANCESCAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP*, 1966-1969, pp. 149-169 ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1959 ; A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, t. 239 ; R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in T. REVET, *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Paris, 1996, p. 65 ; D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.*, 2002 ; J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, pp. 55-74 ; J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 285-302 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public », in T. AZZI, O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, *op. cit.*, pp. 169-188 ; « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, 2015, t. 371.

¹⁵⁰ V. l'étude offerte par Monsieur BODEN reprenant l'ensemble des définitions possibles de la notion d'ordre public, D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.*, pp. 65-503.

¹⁵¹ V. e.a., Cass. fr., Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n° 08-21740, *D.*, 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister, *AJ fam.*, 2010, p. 387, obs. A. Mirkovic, *D.*, 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister, *RTD civ.*, 2010, p. 547, obs. J. Hauser, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 747, n. P. Hammje, *RDSS*, 2010, p. 1128, n. C. Neirinck, *JCP N*, 2011, p. 1122, n. J. Massip, *JCP G*, 2010, p. 1173, n. H. Fulchiron, *Rev. proc.*, 2010, comm. 349, n. M. Douchy-Oudot, *Dr. fam.*, 2010, comm. 156, n. M. Farge, *JCP G*, 2010, p. 809, n. A. Devers ; Cass. fr., Civ. 1^e, 6 avril 2011, n°s 09-66486, 09-17130, 10-19053, *RTD civ.*, 2011, p. 340, obs. J. Hauser, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 722, n. P. Hammje, *D.*, 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, *D.*, 2011, p. 1522, n. D. Berthiau et L. Brunet, *AJ fam.*, 2011, p. 265, obs. B. Haftel. En Italie, au cours des années trente, l'ordre public servait à « évincer l'application des normes étrangères caractérisant l'expression de principes éthiques contrastant avec ceux de l'ordre juridique interne (Cass. it., Ch. réun., 19 mai 1964, n° 1220, *Foro it.*, n° 7, 1964, p. 1415 et s. ; Cass. it., Civ. 1^e, 5 décembre 1969, n° 3881, *Foro it.*, 1970, n° 1, p. 1977 et s., *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 381, n. F. Lanfranchi.

¹⁵² Cass. it., Ch. réun., 24 novembre 1989, n° 5074, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, p. 155, *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 926, *Dir. fam.*, 1990, p. 424 ; Cass. it., Civ. 3^e, 12 juin 2013, n° 19405, *Foro it.*, 2014, I, p. 2898, n. M. Casoria,

Après une oscillation¹⁵³, aujourd'hui la jurisprudence italienne associe souvent les deux définitions¹⁵⁴. La Cour de cassation d'outre-Alpes définit l'ordre public international comme « l'ensemble des principes fondamentaux qui caractérisent l'ordre juridique interne à un certain moment de l'histoire, mais inspirés par des exigences de protection des droits fondamentaux de l'homme partagées par plusieurs ordres juridiques »¹⁵⁵.

En France en revanche, le choix entre ces deux options était plus incertain à la lecture de l'arrêt *Lautour*, où la Cour de cassation française a défini pour la première fois l'ordre public international. Les juges avaient fait référence aux « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »¹⁵⁶. L'ambiguïté découle de la double acception, objective et subjective, du caractère universel d'un principe d'un ordre juridique. D'un côté, il peut s'agir de principes universels en raison de leur caractère international. La référence aux principes « doués de valeur internationale » peut conforter cette

Nuova giur. civ., 2014, I, p. 139, n. M. Mazzola, *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 144, n. F. Persano ; Cass. it., Trav., 14 février 2008, n° 13547, *Guida al dir. comunitario e internaz.*, 2008, fasc. 4, p. 64, n. A. Leandro ; Cass. it., Trav., 10 janvier 2006, n° 4040, *Mass.*, 2006, p. 357, *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 932, n. A. Pileggi. Pour aller plus loin v. B. BAREL, S. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato : manuale breve tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Giuffrè, Milan, 2014, p. 82 et s. ; H. ROLIN, « Vers un ordre public réellement international », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, pp. 441-462 ; M. FORTEAU, « L'ordre public transnational. Le point de vue de l'internationaliste publiciste », *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-50. Dans cette catégorie il convient d'insérer également la notion d'ordre public européen, sur lequel, v. J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : Esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 55-74 ; S. POILLOT-PERRUZZETTO, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport du droit de l'Union européenne », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille, op. cit.*, pp. 159-169.

¹⁵³ Pour des références aux seuls principes de l'ordre juridique italien, v. Cass. it., Civ. 1^e, 28 décembre 2006, n° 27592, *Foro it.*, n° 6, 2007, p. 1789 et s., *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 443 et s. ; Cass. it., Civ. 1^e, 6 décembre 2002, n° 17349, *Foro pad.*, 2003, I, comm. 62. Pour une référence aux seuls principes internationalement partagés, v. Cass. it., Trav., 11 novembre 2000, n° 14662, *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 365, n. F. Ghera, *Impresa*, 2001, p. 148, *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2001, p. 235, *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2719, n. A. Pardini.

¹⁵⁴ V. en ce sens, Cass. it., Civ. 1^e, 11 novembre 2014, n° 24001, G. CASABURI, « Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata », *Foro it.*, 2014, I, 3414 ; A. RENDA, « La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore », *Corr. giur.*, 2015, p. 471 ; T. it. Naples, décret 14 juillet 2011, *M. c. Comune di Barano d'Ischia*, *Foro it.*, 2012, I, p. 3349, note G. Casaburi ; CA Bari, 13 février 2009, n° 169, *I.M. c. G.A.R.J. e Comune di Bari*, *Fam. Dir.*, 2009, p. 849, n. A. Zanobetti, *Fam. min.*, n° 5, 2009, p. 50, n. M. Castellaneta ; *Giur. Merito*, 2010, p. 349, n. M. Dell'Utri. Pour une présentation des deux conceptions v. B. BAREL, S. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato : manuale breve tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate, op. cit.*, p. 82 ; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale : la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milan, 2005, p. 74.

¹⁵⁵ Cette définition est tirée de l'arrêt Cass. it., Civ. 1^e, 30 septembre 2016, n° 19599, *Foro it.*, 2016, I, c. 3329, *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 297, P. Di Marzio, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362, n. G. Palmeri, *Corr. giur.*, 2017, p. 181, n. G. Ferrando : « complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati da esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'unione comuni ai diversi ordinamenti ». V. déjà Cass. it., Civ. 1^e, 26 septembre 2014, n° 24001, obs. A. Renda, *Corr. giur.*, 2015, n° 4, p. 471 et s. ; Trav., 26 avril 2013, n° 10070 ; Trav., 21 janvier 2013, n° 1302 ; Civ. 3^e, 22 août 2013, n° 19405, *Federalismi.it*, n° 2 ; Trav., 26 novembre 2004, n° 22332, n. S. Marani.

¹⁵⁶ Cass. fr., Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *GADIP*, n° 19, *D.*, 1948, p. 357, n. P. Lerebours-Pigeonnière, *Rev. crit. DIP*, 1948, p. 89, n. H. Batiffol, *S.*, 1949.I. 21, n. J.-P. Niboyet.

lecture¹⁵⁷. D'un autre côté, il peut s'agir d'un universalisme dérivant de l'importance que l'ordre juridique français attribue au principe en cause. La référence à « l'opinion française » appuierait cette interprétation. Aujourd'hui néanmoins les juges français font souvent référence aux « principes essentiels du droit français »¹⁵⁸. Les droits fondamentaux garantis au niveau supranational sont également inclus par la Cour de cassation française dans la notion d'ordre public international¹⁵⁹. En ligne générale, les définitions française et italienne de l'ordre public international se rejoignent donc aujourd'hui.

Le principe d'égalité est protégé en droit international privé que l'on retienne la première ou la seconde de ces définitions de l'ordre public international. S'agissant d'un principe à valeur constitutionnelle¹⁶⁰ et s'agissant d'un principe internationalement reconnu, son respect s'impose en droit international privé que l'on ne retienne une définition « véritablement internationale », ou bien « nationale » de l'ordre public. Lorsque la contrariété est relevée, le juge du for évincera la loi désignée par la règle de conflit de lois ou, confronté à un jugement étranger, il pourra refuser qu'il produise des effets dans l'ordre juridique du for.

Il en ira de même si la méthode de la reconnaissance¹⁶¹ est appliquée par le juge confronté à

¹⁵⁷ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 335, § 390.

¹⁵⁸ V. e.a., Cass. fr., Civ. 1^e, 8 juill. 2010, n° 08-21740, préc. ; Cass. fr., Civ. 1^e, 6 avril 2011, n°s 09-66486, 09-17130, 10-19053, préc.

¹⁵⁹ V. notamment la jurisprudence rendue en matière de répudiation où la Cour de cassation précise que la norme étrangère est contraire au principe d'égalité des époux garanti par l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH « et donc » à l'ordre public international, Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 2004, n° 01-11549, préc. ; 10 mai 2006, n° 04-19444, préc. ; 22 mai 2007, n° 06-10433 ; 17 octobre 2007, n° 06-21962 ; 31 octobre 2007, n° 06-20799 ; 4 novembre 2009, n° 08-20574 ; 18 mai 2011, n° 10-19750 ; 23 octobre 2013, n° 12-25802 ; 15 avril 2015, n° 14-13420 ; 25 mai 2016, n° 15-10532 ; 4 juillet 2018, n° 17-16102, préc. ; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2020, p. 294 et s., spéc. § 397 ; V. HEUZÉ, P. MAYER, B. REMY, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, Paris, 2019, p. 154, spéc. § 208.

¹⁶⁰ Pour ne prendre en exemple que le droit français, Monsieur PORTA rappelle qu'« au niveau constitutionnel, les exigences d'égalité sont abondantes, mêlant consécutions générales et affirmations particulières, qu'elles trouvent leurs origines dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. 1^{er}, 6 et 13), dans le Préambule de la Constitution de 1946 (al. 1^{er}, 3, 12, 13, 16, 18) ; dans le Préambule de la Constitution de 1958 (al. 2) ou dans la Constitution de 1958 (art. 1^{er}, al. 1 et 2, art. 1^{er}, 3, al. 3, 72-2 et 72-3) » (J. PORTA, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination (1^e partie) », op. cit., p. 290 et s., spéc. § 2). Madame USUNIER souligne à cet égard que la protection du principe d'égalité peut exiger la mise à l'écart d'une norme étrangère en raison notamment du fait que ce dernier est constitutionnellement garanti. Dans ce cas « la solution retenue [...] pourrait apparaître comme une mise en œuvre, implicite mais somme toute classique, de la jurisprudence *Sarran* [CE fr., Ass., 30 oct. 1998, n° 200286, *Sarran et Levacher*] et *Fraisie* [Cass. fr., Ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60274] consacrant, dans l'ordre interne, la primauté des dispositions constitutionnelles au sein de la hiérarchie des normes » (L. USUNIER, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *RTD civ.*, n° 2, 2015, pp. 343-348, spéc. § 7). En Italie, la Cour constitutionnelle (C. const. it., 18 juillet 1983, n° 214) et la Cour de cassation (Cass. it., Civ. 1^e, 30 septembre 2016, n° 19599, préc.) ont précisé que les principes constitutionnels intègrent la notion d'ordre public international.

¹⁶¹ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, op. cit. ; H. MUIR WATT, « Droits fondamentaux et reconnaissance en droit international privé », op. cit., pp. 411-435 ; P. MAYER, « Les méthodes de reconnaissance en droit international privé », op. cit., pp. 547-573 ; G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », op. cit. ; S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », op. cit., pp. 307-355 ; E. PATAUT, « Le renouveau de la

une demande de reconnaissance d'une situation créée par une autorité non juridictionnelle étrangère¹⁶². Cette méthode implique d'évincer la méthode conflictuelle¹⁶³. Le juge ne recherchera pas la loi applicable à la situation afin d'en vérifier la validité mais s'interrogera uniquement sur la conformité de la situation, telle qu'elle a été créée à l'étranger, à l'ordre public international du for.

62. L'exigence de comprendre les modalités de définition des contenus substantiels d'égalité. - Dans tous ces cas, le juge est appelé à déterminer lui-même si une norme étrangère est conforme au principe d'égalité, et plus exactement aux contenus de l'égalité. Ces derniers ne sont cependant pas immanents, de même que la mesure dans laquelle leur respect est nécessaire. Comme le rappellent Monsieur MOSCONI et Madame CAMPIGLIO, « la charge de garantir la cohésion interne de l'ordre juridique du for pèse essentiellement sur chaque juge, à travers la mise en balance des *stimuli* contradictoires poussant vers l'ouverture ou vers la fermeture face aux valeurs juridiques étrangères »¹⁶⁴. Or, dans leurs décisions, les juges se limitent souvent à relever la contrariété à l'ordre public international de certaines différences de traitement, sans préciser que le principe fondamental du for spécifiquement violé est le principe d'égalité¹⁶⁵. Par ailleurs, lorsque les juges aussi bien français qu'italiens mentionnent expressément le principe d'égalité ou la prohibition de discriminations, ils n'opèrent pas l'analyse de la comparabilité des situations en cause. Comme le souligne Monsieur EDEL, « les

théorie des droits acquis », *op. cit.*, pp. 71-114 ; Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *op. cit.*, pp. 513-560 ; R. BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *op. cit.* ; Th. VIGNAL, « Ordre public et reconnaissance », *op. cit.*, pp. 527-548 ; P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, *op. cit.* ; P. LAGARDE, « La reconnaissance, mode d'emploi », *op. cit.*, pp. 479-501 ; « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *op. cit.* ; L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, *op. cit.*, pp. 447-521 ; L. D'AVOUT, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *op. cit.*, pp. 215-246 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, dactyl., Université Paris 2 - Panthéon Assas, 2017, pp. 305-334.

¹⁶² Il n'existe pas d'unanimité au sein de la doctrine concernant les situations auxquelles la méthode de la reconnaissance serait applicable (*ibid.*, p. 306, § 304). La doctrine majoritaire s'accorde cependant à considérer qu'il s'agit de toute situation constituée sous l'empire d'une loi étrangère par une autorité non juridictionnelle étrangère, décisionnelle ou non (*ibid.*, p. 307, § 306) ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, pp. 690-691, § 578-1 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 149, § 168. Certains auteurs soulignent cependant qu'il n'y aurait de véritable innovation méthodologique que si la méthode de la reconnaissance venait à être appliquée indépendamment de la question de savoir si la situation a été créée par une autorité publique (D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, pp. 691-692, §§ 578-1-579).

¹⁶³ Il s'agit là d'une simplification. La méthode de la reconnaissance sera cependant plus amplement analysée dans la troisième partie de cette étude. V. *infra*, § 860.

¹⁶⁴ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 181.

¹⁶⁵ Cette considération fera l'objet d'une analyse spécifique. Une recherche a en effet été effectuée sur la base de données *Légifrance* afin de comprendre si, et dans quelles situations, les juges français mentionnent expressément le principe d'égalité dans les affaires concernant le droit international privé de la famille. V. *infra*, § 246 et s.

écrits relatifs à l'égalité sont un étrange mélange entre des arguments d'autorité, des références technicistes et des considérations intuitives »¹⁶⁶. Les décisions de justice ne font pas exception en ce sens. Ainsi, la Cour de cassation française refuse régulièrement la reconnaissance des répudiations prononcées à l'étranger, en raison de la contrariété de ce procédé au principe d'égalité des époux¹⁶⁷. Or, ces décisions postulent une comparabilité de la situation des hommes et des femmes relativement au droit au divorce, bien que celle-ci ne soit pas explicitée par les juges.

Dès lors, dans le but de savoir si les exigences substantielles d'égalité que les juges peuvent opposer aux normes étrangères sont effectivement internationales, la question qui se pose est de savoir comment ces exigences sont définies. *Comment un ordre juridique national parvient-il à établir que deux catégories données doivent se voir attribuer une même prérogative, tandis que d'autres doivent faire l'objet d'un traitement différent, conformément au principe d'égalité ?*

Une première hypothèse repose sur l'idée que les contenus de l'égalité découlent des dispositions d'égalité elles-mêmes. Si tel était le cas, l'internationalité des exigences substantielles d'égalité pourrait être confirmée dans la mesure où ces dispositions sont consacrées par de nombreux pays à travers le monde ainsi que par plusieurs conventions internationales. Cette hypothèse devra cependant être infirmée. Il sera possible de montrer qu'en matière familiale aucune consécration de l'égalité, y compris les textes prohibant les discriminations, ne permet de prédéterminer avec certitude les exigences substantielles d'identité ou de différence de traitement posées par un ordre juridique.

Les consécration du principe d'égalité des droits et des dispositions prohibant la discrimination posent en revanche une règle qui, elle, est commune à tout ordre juridique consacrant ces dispositions d'égalité. Il s'agit de la règle de l'égalité de traitement. Celle-ci postule le traitement identique des situations comparables. Cette règle requiert également, et nécessairement, le traitement distinct des situations différentes, à moins qu'une dérogation ne soit admise. Soulignons à cet égard que l'éventuelle limitation du contrôle de la constitutionnalité des lois au premier de ces volets, comme cela est le cas devant Conseil constitutionnel français, peut être dictée par l'idéal universaliste de la règle de droit¹⁶⁸. Comme

¹⁶⁶ F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, pp. 213-242, spéc. p. 213.

¹⁶⁷ Jurisprudence constante. Cass. fr., Civ. 1^{er}, 17 février 2004, n^{os} 02-17479, 01-11549, 02-11618, 02-15766, 02-10755, préc. ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 10 mai 2006, n^o 04-19444, préc. ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 23 octobre 2013, n^o 12-21344, préc. ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 4 juillet 2018, n^o 17-16102, préc.

¹⁶⁸ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Éd. Economica, Paris, 2004 ; D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, 2010.

nous allons le voir, cela n'exclut cependant pas la nécessité pour le législateur de traiter de manière différente les situations différentes au stade de l'élaboration normative¹⁶⁹.

Sur la base de la règle de l'égalité de traitement, les exigences substantielles d'égalité sont définies par les différentes autorités nationales et supranationales compétentes à cet égard. Il s'agit partant d'une règle internationalement partagée. Elle est, cependant, purement méthodologique. En effet, elle ne fournit pas d'indications concernant la question de savoir quelles situations doivent concrètement faire l'objet d'un traitement identique et quelles situations doivent être traitées de manière différente. En d'autres termes, *les exigences substantielles d'égalité ne découlent pas directement du principe d'égalité*¹⁷⁰. Elles sont définies par chaque autorité compétente à cet égard, de même que les dérogations qui pourront être éventuellement admises. Ces éléments confirmeront ainsi le défaut d'internationalité des contenus de l'égalité dont le respect est susceptible de s'imposer dans les litiges de droit international privé de la famille.

Il convient ainsi de comprendre que les exigences substantielles d'égalité ne découlent pas directement des dispositions d'égalité (**Chapitre 1**) car la seule exigence que le principe d'égalité pose de manière internationale est une exigence méthodologique (**Chapitre 2**).

¹⁶⁹ V. *infra*, §§ 64-76, ainsi que §§ 182-205.

¹⁷⁰ En ce sens H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ?*, *op. cit.*, p. 67 ; A. ROSS, *On law and justice*, *op. cit.*, p. 272 ; Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, *op. cit.*, p. 76 ; H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 194, § 155 ; J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 89 ; N. BOBBIO, « Eguaglianza e egualitarismo », *op. cit.*, n° 3, p. 332, § 2 ; P. WESTEN, « The empty idea of equality », *op. cit.*, p. 537 et s. V. *infra* § 70.

Chapitre 1) Des exigences non définies par les dispositions relatives à l'égalité

63. La recherche visant à comprendre si les exigences substantielles d'égalité dont le respect s'impose en droit international privé sont internationales suppose avant tout de comprendre comment ces exigences sont définies. Les dispositions d'égalité pertinentes pour cette étude sont alors celles qui contribuent à définir les contenus de l'égalité. Tel est notamment le cas de toutes les dispositions d'égalité qui sous-entendent la règle de l'égalité de traitement, et qui commandent donc d'établir en premier lieu quelles situations sont comparables et quelles situations sont différentes. Il convient de classer parmi ces dispositions le principe d'égalité des droits, le principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive, les dispositions prohibant toute discrimination et celles prohibant la discrimination fondée sur des critères déterminés.

64. **Exclusion du principe d'égalité devant la loi pris dans son acception restrictive.** - Un type de disposition d'égalité doit en revanche être d'emblée exclu de cette étude dans la mesure où il n'implique pas d'analyser la comparabilité des situations. Il s'agit du principe d'égalité devant la loi pris dans son acception restrictive. Cette lecture découle d'une analyse historique des exigences posées par ce principe. L'introduction du principe d'égalité devant la loi à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (par la suite DDHC) avait pour but d'« abolir la société des privilèges pour établir la règle de la loi commune et de l'égalité des droits dont les bornes ou les cadres doivent être précisément fixés par la loi »¹⁷¹. La même finalité avait été poursuivie en Italie par la consécration de ce principe, aussi bien

¹⁷¹ O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 585-586.

avant¹⁷² qu'après unification du pays¹⁷³, qui est aujourd'hui inscrit à l'article 3, alinéa premier, de la Constitution¹⁷⁴. Les normes adoptées devaient alors être générales afin de ne plus distinguer le traitement réservé aux individus selon leur classe d'appartenance¹⁷⁵. Comme HAURIOU le soulignait, il est nécessaire que le système de droit soit ordonné, c'est-à-dire composé de règles générales¹⁷⁶, et que les sujets de droit soient traités à égalité au sein de celui-ci. Selon ce postulat, les normes générales constituent l'expression par excellence du principe d'égalité devant la loi¹⁷⁷.

Ce principe n'est cependant pas incompatible avec l'introduction de catégories juridiques par le législateur. La généralité de la règle comme condition du respect du principe d'égalité devant la loi n'est pas contredite par l'introduction de distinctions¹⁷⁸. La doctrine a d'ailleurs pu

¹⁷² Tel était le cas dans la République cisalpine (art. 3 de la Constitution de 1797 : « L'Égalité exige que la loi soit la même pour tous, qu'elle protège ou qu'elle punisse. L'égalité n'admet aucune distinction de naissance, ni de pouvoir héréditaire » - « *L'eguaglianza consiste nell'esser la legge la stessa per tutti, così nel proteggere come nel punire. L'eguaglianza non ammette alcuna distinzione di nascita, né alcun potere ereditario* »). Tel était également le cas dans la République napolitaine (art. 396 de la Constitution de 1799 : « Il n'existe parmi les Citoyens aucune supériorité si ce n'est celle des Fonctionnaires publics dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions » - « *Fra Cittadini non esiste niuna superiorità se non quella de' pubblici Funzionarj, e relativamente all'esercizio delle loro funzioni* »). Tel était enfin le cas dans la République ligurienne (art. 4, Section *Diritti dell'uomo in società* - Droits de l'homme en société - Constitution de 1797 : « L'Égalité consiste en le droit de chaque Citoyen d'être traité de manière égale devant la Loi, qu'elle protège ou qu'elle punisse. Elle ne connaît ni de pouvoir héréditaire, ni de distinction en raison de la naissance » - « *L'Eguaglianza consiste nel diritto che ha ciascun Cittadino di esser trattato egualmente dalla Legge, sia che essa punisca, sia che essa protegga. Non conosce potere ereditario, nè distinzione di nascita* »).

¹⁷³ Art. 24 du Statut albertin : « Tous les italiens du royaume, quel que soit leur titre ou grade, sont égaux devant la loi. Ils jouissent tous de manière égale des droits civils et politiques, et sont admissibles aux fonctions civiles et militaires, sauf exception déterminée par la Loi » - « *Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi* ». V. L. PASOTTI, « Il principio di uguaglianza : Costituzione e Carta di Nizza a confronto », *Riv. SSEF*, n° 2, 2010, § 9.

¹⁷⁴ « *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali* » (« Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales »).

¹⁷⁵ Cette considération peut être rattachée à la pensée de ROUSSEAU selon lequel la loi adoptée par la volonté générale ne peut être que générale, bien que celui-ci n'excluait pas en principe la création de privilèges (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Libro, Paris, 2013, p. 29, publication originale, Marc-Michel Rey, 1762).

¹⁷⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6^e éd., L. Larose et Forcel, Paris, 1907, p. 279, cité par O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 585. Cf. F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », op. cit., p. 115 ; Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *Rev. dr. pub.* n° 2, 1982, p. 295. D. COHEN, « Catégories de personnes, égalité et différenciation », in P. BLOCH, C. DUVERT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation dans le Code civil*, Economica, Paris, 2006, pp. 91-105, spéc. p. 91.

¹⁷⁷ V. à ce sujet D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », in D. BORRILLO, *Homosexualité et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, PUF, Paris, 1998, pp. 39-63, spéc. p. 39 et s. L'auteur s'interroge sur la manière de définir des règles indistinctement applicables, là où un archétype dominant existe.

¹⁷⁸ À ce propos, KELSEN soulignait qu'« il serait absurde d'imposer à tous les individus exactement les mêmes obligations ou de leur conférer exactement les mêmes droits sans faire aucune distinction entre eux, par exemple la distinction entre les enfants et les adultes, individus sains d'esprit et aliénés, hommes et femmes » (H. KELSEN,

affirmer que la règle demeure générale qu'elle se réfère à *tous* les individus soumis à l'application du droit du for ou à *tous les sujets appartenant à la catégorie définie*¹⁷⁹. Le principe d'égalité devant la loi est ainsi respecté dès lors que l'égalité *intracatégorielle* est respectée¹⁸⁰. Ainsi, si l'on s'arrête à une lecture restrictive du principe d'égalité devant la loi, le législateur conserve une liberté absolue de décider quelles situations sont égales et quelles situations sont différentes les unes par rapport aux autres¹⁸¹. En d'autres termes, ce principe ne serait violé que par un refus arbitraire de garantir un droit¹⁸². On comprend ainsi comment de nombreux pays peuvent consacrer au niveau constitutionnel le principe d'égalité devant la loi, sans que le respect de la règle de l'égalité des droits ne soit exigé. Par exemple, cette lecture du

Théorie pure du droit, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1962, p. 190). Messieurs THÉRY et STASSE résument en termes limpides l'origine de la possibilité de créer les catégories juridiques en écrivant que « la réalité économique et sociale étant extrêmement diverse, ce serait une vue théorique [...] que d'imaginer des lois et règlements s'imposant de manière uniforme à tous les acteurs et toutes les situations » (J.-F. THÉRY, F. STASSE, « Sur le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 37). Dans le même sens, le constitutionnaliste italien ESPOSITO soulignait que le principe d'égalité devant la loi ne peut pas impliquer que les lois ne distinguent pas entre les situations, puisque cela serait incompatible avec l'idée même d'ordonnancement juridique. En effet, « [un] droit qui ne distinguerait pas entre les situations et qui considérerait toutes les situations comme étant égales [...] serait un droit impensable puisqu'il ne disposerait rien » (C. ESPOSITO, « Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione », in C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padoue, 1954, p. 25).

¹⁷⁹ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « L'égalité juridique », *op. cit.*, pp. 68-69.

¹⁸⁰ O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16, 1993, p. 135. V. également en ce sens, O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p. 7 : « La généralité de la règle de droit a été très vite entendue comme une généralité intracatégorielle, non comme une universalité ».

¹⁸¹ V. à ce propos Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 301 qui rappelait que « le principe [d'égalité devant la loi] lui-même ne dit rien sur les critères de similitude qui permettent d'identifier les êtres appartenant à une même catégorie essentielle » ; O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁸² *Ibid.*, p. 38. De même, PERELMAN considérait cette obligation comme « un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie juridique essentielle doivent être traités de la même façon » et renvoyait par là même à un principe qu'il dénommait de « justice formelle ». Cf. Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, *op. cit.*, p. 187. Kelsen limitait d'ailleurs la portée de ce principe en l'entendant comme le fondement de l'interdiction pour les organes d'application du droit d'introduire des distinctions autres que celles qui sont opérées par les lois. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 190. Dans le même sens, Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 303 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 55 ; N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA*, n° HS, 1998, p. 153 ; R. HERNU, « Égalité et non-discrimination », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 284. Cette acception de l'égalité revient donc simplement à stigmatiser l'application arbitraire de la règle générale par les organes d'application du droit (en ce sens également J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *op. cit.*, p. 349). Cette lecture du principe d'égalité se confond ainsi avec le principe de légalité (v. les explications de la pensée kelsenienne fournies par O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 585 ; Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 302). Comme Monsieur JOUANJAN le souligne, la circonspection adoptée par Kelsen relativement à l'analyse des exigences posées par le principe d'égalité s'inscrivait dans un discours bien précis, visant à limiter la portée des droits fondamentaux en refusant la possibilité pour les juges ordinaires d'effectuer un contrôle de constitutionnalité des lois. L'argument sur lequel Kelsen s'appuyait consistait à dire qu'« affirmer le droit de contrôle des juges et y ajouter un principe général d'égalité applicable au contenu des lois, ce serait livrer, selon eux, le pouvoir d'appréciation du législateur dans son ensemble à un droit correcteur illimité des juges », O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 586. Pour une explication plus ample de ce débat v. O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, pp. 134-135.

principe d'égalité devant la loi explique que sa seule consécration ne suffise pas à garantir une consécration même formelle de l'égalité homme-femme. C'est ainsi qu'au Maroc, la consécration de l'égalité des sexes dans la Constitution¹⁸³ a pu être lue comme la simple consécration de l'égalité *devant la loi*, interdisant aux juges de faire une application arbitraire de la loi, mais ne conduisant pas à sanctionner une différence de traitement entre les femmes et les hommes prévue par la loi¹⁸⁴. Le respect de ce principe pris dans son acception restrictive se résout ainsi dans la possibilité pour le législateur d'établir des catégories juridiques et dans la mise en œuvre d'un contrôle du respect de l'interdiction de traitements arbitraires au niveau juridictionnel. Il ne requiert en revanche pas d'opérer une analyse comparative des situations en cause afin d'établir si elles doivent faire l'objet d'un traitement identique. Cette acception du principe d'égalité devant la loi n'est donc pas apte à définir des exigences substantielles d'égalité.

65. **Hypothèse de l'internationalité des exigences substantielles d'égalité.** - L'étude des dispositions d'égalité qui sous-entendent la règle de l'égalité de traitement ne permet pas uniquement de comprendre comment elles participent à la définition des contenus de l'égalité. Elle sera également centrale dans le but de savoir si ces derniers sont internationaux. En effet, nous verrons que ces dispositions font l'objet de nombreuses consécutions tant nationales que supranationales. Dès lors, s'il était possible de montrer que les exigences substantielles d'égalité découlent directement de ces dernières, leur internationalité serait confirmée.

66. À cet égard, une distinction doit être introduite entre les différents types de dispositions d'égalité qui sous-entendent la règle de l'égalité de traitement. La plupart des dispositions d'égalité ne permettent pas de définir avec certitude les contenus de l'égalité avant de connaître les individus et les situations concernés. Elles ne posent donc pas des exigences substantielles

¹⁸³ Art. 19 Const. marocaine : « L'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le présent Titre et dans les autres dispositions de la Constitution, ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dûment ratifiés par le Maroc et ce, dans le respect des dispositions de la Constitution, des constantes et de ses lois du Royaume. [...] ».

¹⁸⁴ Tel est l'avis de Madame CHEKIR qui considère que « l'égalité de tous ou l'égalité entre les sexes concerne la jouissance des mêmes droits et des mêmes devoirs et se limite à l'égalité devant la loi et non dans la loi. Ce qui présuppose que cette égalité ne porte pas sur le contenu de la loi, mais sur l'application égale, sans discrimination de la loi qui peut être discriminatoire, par les autorités administratives et judiciaires compétentes. Ce qui ne nous avance guère dans la consécration constitutionnelle des droits humains des femmes, d'autant plus que les références adoptées par ces constitutions portent des limites au principe d'égalité ». H. CHEKIR, « Le combat pour les droits des femmes dans le monde arabe », *Fondation Maison des sciences de l'homme*, n° 70, 2014, disponible sur http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/01/00/55/44/PDF/FMSH-WP-2014-70_Chekir.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020], pp. 12-13. Dans le même sens, N. BERNARD-MAUGIRON, « La Haute Cour constitutionnelle égyptienne, gardienne des libertés publiques », *Égypte/Monde arabe*, n° 2, 1999, disponible à l'adresse <https://journals.openedition.org/ema/777> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

(Section 1). En revanche, nous allons montrer que les dispositions interdisant les discriminations fondées sur des critères déterminés déterminent directement les catégories qui doivent être considérées comme comparables et qui, en conséquence, doivent en principe être traitées de manière identique. La question se posera ainsi de savoir si des exigences substantielles d'égalité peuvent être directement déduites des dispositions prohibant les discriminations en raison des critères prévus. Une réponse affirmative à cette question amènerait à considérer que les contenus de l'égalité qui en découlent sont transnationaux. Ils seraient en effet partagés par l'ensemble des ordres juridiques prohibant les mêmes discriminations fondées sur des critères déterminés **(Section 2).**

Section 1) Des dispositions relatives à l'égalité dépourvues de contenu substantiel

67. L'ensemble des dispositions d'égalité qui sous-entendent la règle de l'égalité de traitement, exception faite des dispositions prohibant les discriminations fondées sur des critères déterminés, ont en commun de ne pas définir elles-mêmes les situations qui doivent être considérées comme comparables. La comparabilité ou la différence des situations en cause et l'exigence d'identité ou de différence de traitement qui doit en principe en découler ne dépend donc pas de la nécessité de garantir le respect de ces dispositions d'égalité dans un ordre juridique. Il n'est donc pas possible de considérer que les exigences substantielles d'égalité dérivent de ces dispositions d'égalité, ce qui amène à douter de leur internationalité **(§1)**. Les dispositions prohibant la discrimination fondée sur des critères déterminés font en revanche exception. Elles prédéterminent en effet les catégories d'individus devant être considérées comme comparables. Si même cela suffisait pour considérer que les exigences substantielles d'égalité découlent directement de ces dispositions, leur internationalité serait néanmoins discutable. Les critères de discrimination que les ordres juridiques interdisent sont variables, de même que le champ d'application matériel de ces dispositions **(§2)**.

§1) Des dispositions relatives à l'égalité ne déterminant pas les situations comparables

68. La doctrine nous éclaire sur les implications de la consécration des différents types de disposition d'égalité, implications que la jurisprudence a parfois eu l'occasion de confirmer. Les dispositions qui commandent le respect de la règle de l'égalité de traitement requièrent *a*

minima, et sauf admission d'une dérogation, que les situations comparables fassent l'objet d'un traitement comparable. Elles posent donc une exigence méthodologique consistant à s'interroger sur la comparabilité des situations en cause. La plupart de ces dispositions ne fournissent cependant aucune indication sur la réponse à donner. Ainsi, Madame LOCHAK¹⁸⁵ met en exergue que l'indétermination du « contenu intrinsèque »¹⁸⁶ du principe d'égalité¹⁸⁷ dérive de l'indétermination de la majeure dans le cadre du syllogisme posé par la formule de l'égalité de traitement. La majeure correspond notamment à la « redoutable »¹⁸⁸ question de savoir si la situation en examen doit être considérée comme comparable à une autre situation. Telle est la première, essentielle, question sur la base de laquelle la totalité de l'analyse du respect des dispositions d'égalité se construit.

69. Il s'ensuit que lorsque ces dispositions d'égalité sont consacrées, il est impossible de déterminer abstraitement quelles situations doivent faire l'objet d'un traitement identique et quelles situations doivent être traitées de manière différente pour que le principe d'égalité soit respecté. Monsieur PELLISSIER souligne à ce titre que « le contenu de l'égalité n'apparaît qu'au terme d'un jugement de mesure qui dépend largement des données de chaque espèce »¹⁸⁹. La même analyse a conduit Madame MATHIEU-IZORCHE à considérer qu'« il n'existe [...] pas de principe général d'égalité, quels que soient les attributs des sujets, et quelle que soit la règle considérée. Il est donc trompeur de parler d'égalité devant *la* loi, tout comme il est trompeur de parler de *l'égalité* »¹⁹⁰. Elle considère en revanche qu'« [i]l existe *des* lois, et [qu'] à chaque loi correspond, ou ne correspond pas, une certaine conception de l'égalité, qui est toujours une égalité relative, relative à certains sujets, à certains caractères des sujets, mais aussi à certaines règles »¹⁹¹.

¹⁸⁵ D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1991, p. 45.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 44.

¹⁸⁷ L'indétermination n'est pas une caractéristique spécifique au principe d'égalité. La doctrine s'accorde pour considérer qu'elle touche l'ensemble des droits fondamentaux, catégorie dont les composants sont eux-mêmes indéfinis. Chaque droit qui peut être qualifié de fondamental soulève cependant des questionnements spécifiques. V. à ce propos J. FAVARD, « Le labyrinthe des droits fondamentaux », *Dr. soc.*, n° 3, 1999, pp. 215-220 ; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, STH, Paris, 1988 ; Y. MADIOT, « Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit », in *La protection des droits fondamentaux : actes du colloque de Varsovie, 9-15 mai 1992*, PUF, Paris, 1993, p. 35 et s., spéc. p. 58 ; E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° HS, 1998, pp. 6-43 ; M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA*, n° 54, 1994, pp. 6-13 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Précision et droits de l'homme*, *op. cit.*, 2017 ; E. MILLARD, « Précision et effectivité des droits de l'homme », *RDDH*, n° 7, 2015 [en ligne, dernière consultation le 17 juillet 2020].

¹⁸⁸ J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *op. cit.*, p. 349.

¹⁸⁹ G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁹⁰ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « L'égalité juridique », *op. cit.*, p. 58.

¹⁹¹ *Idem.*

70. **L'analyse des théoriciens du droit : un principe vide.** - L'absence d'indications fournies par le principe d'égalité relativement aux contenus substantiels qu'il engendre a amené les théoriciens du droit à considérer qu'il s'agit d'un principe relatif, dépourvu d'une valeur absolue¹⁹². Ainsi, selon Kelsen, la question de savoir ce qui est égal est « la question cruciale »¹⁹³, mais « le principe d'égalité n'y apporte aucune réponse »¹⁹⁴. Il ajoutait à ce propos que « dans les faits, les ordres juridiques positifs divergent largement sur cette question. Ils respectent tous le principe selon lequel certaines différences subsistantes entre les êtres humains sont à ignorer. Mais, en ce qui concerne les différences [...] qu'ils prennent en considération en termes de garantie de droits et d'attribution de devoirs, il n'y a pas deux ordres juridiques qui puissent s'accorder »¹⁹⁵.

71. Cette idée peut être rapprochée de celle d'autres auteurs, tels que HART¹⁹⁶, PERELMAN¹⁹⁷, BOBBIO¹⁹⁸, ou encore RAWLS¹⁹⁹ et ROSS²⁰⁰. Ces auteurs ont souligné que la formule de l'identité de traitement n'offre en soi aucun critère pour déterminer ce qui est essentiel et *a fortiori* pour déterminer comment constituer les catégories juridiques. Ils en venaient alors à qualifier le principe d'égalité de « formule vide »²⁰¹.

72. Pour aboutir à cette même conclusion, Monsieur WESTEN²⁰² s'appuie sur l'analyse du lien existant entre la comparabilité des situations et l'obligation de traiter ces situations de la même manière. Après avoir montré que le fait de considérer deux situations comme comparables est le résultat d'une assertion morale, il remarque que le devoir de traiter ces situations de la même manière est à son tour une assertion morale²⁰³. Il explique que le devoir de traiter de la même manière des situations égales « signifie que les personnes soumises à un traitement donné par une règle doivent toutes être soumises au traitement prévu par la règle. Ou, plus simplement que les personnes qui doivent être traitées de la même manière selon une règle doivent être traitées de la même manière par la règle »²⁰⁴. Il dévoile ainsi un raisonnement

¹⁹² F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 127.

¹⁹³ H. Kelsen, *Qu'est-ce que la justice ?*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ *Idem.*

¹⁹⁶ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 194, § 155.

¹⁹⁷ Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, *op. cit.*, pp. 41 et 76 ; du même auteur, *Justice et raison*, *op. cit.*, p. 26..

¹⁹⁸ N. BOBBIO, « Eguaglianza e egualitarismo », *op. cit.*, p. 332, § 2.

¹⁹⁹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 89.

²⁰⁰ A. ROSS, *On law and justice*, *op. cit.*, p. 272.

²⁰¹ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 194, § 155 ; Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, *op. cit.*, p. 76. V. également P. WESTEN, « The empty idea of equality », *op. cit.*, p. 537 et s.

²⁰² *Idem.*

²⁰³ *Ibid.*, pp. 544-545.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 547, *T.d.A.*

circulaire selon lequel « les personnes similaires doivent être traitées de la même manière et les personnes similaires sont celles qui doivent être traitées de la même manière »²⁰⁵. Il conclut ainsi que « l'égalité est un réceptacle vide dépourvu de contenu moral substantiel propre »²⁰⁶.

73. Ces considérations, qui ont été formulées de manière générale en référence au principe d'égalité, valent plus exactement pour le principe d'égalité devant la loi dans son acception large **(I)**, pour le principe d'égalité des droits **(II)**, ou encore pour les dispositions prohibant toute discrimination **(III)**. Les consécutions de ces dispositions d'égalité méritent d'être détaillées, car, bien qu'elles ne fournissent pas d'éléments de définition des contenus de l'égalité, elles fournissent les précisions concernant les exigences méthodologiques découlant de chaque type de disposition d'égalité. En même temps, l'impossibilité de faire découler directement de ces dispositions d'égalité internationalement consacrées les exigences substantielles conduit à remettre en cause leur caractère international. Les dispositions prohibant les discriminations en raison de critères déterminés sont susceptibles de constituer une exception et seront étudiées dans un second temps.

I) La lecture extensive du principe d'égalité devant la loi

74. À l'adresse du législateur, le principe d'égalité devant la loi a fait l'objet de deux interprétations, l'une restrictive, l'autre extensive, les deux ayant été retenues aussi bien en France qu'en Italie²⁰⁷. Cependant, seule la définition large de ce principe fera l'objet d'analyse. Il a déjà été précisé que la conception restrictive de ce principe ne participe pas à la définition des exigences substantielles d'égalité puisqu'elle ne sous-entend pas la règle de l'égalité de traitement.

75. **Une interprétation jurisprudentielle.** - La plupart des consécutions constitutionnelles du principe d'égalité ne concernent que le principe d'égalité devant la loi²⁰⁸. Ce principe, consacré à l'article premier de la Constitution française, à l'article 6 de la DDHC²⁰⁹ et à l'article

²⁰⁵ *Idem.*, T.d.A.

²⁰⁶ *Idem.*, T.d.A.

²⁰⁷ V. *supra*, § 64.

²⁰⁸ V. *supra*, note n° 221.

²⁰⁹ Le Conseil constitutionnel français a utilisé la DDHC d'abord, puis plus précisément l'art. 6 de cette Déclaration à partir, respectivement, des décisions C. Const. fr., 27 décembre 1973, n° 73-51 DC, *Loi de finances pour 1974* (également dénommée *Taxation d'office*) et 15 juillet 1976, n° 76-67 DC, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires* (également appelée *Dossier des fonctionnaires*), JCP, 1974.II.17691, n. N. Quoc Dinh.

3 de la Constitution italienne²¹⁰, est employé aussi bien par le juge constitutionnel français qu'italien, pour s'assurer de la conformité des normes au principe d'égalité²¹¹. Dans son acception extensive, ce principe est ainsi interprété comme étant porteur de la règle de l'identité de traitement²¹², bien que le contrôle qu'accepte d'opérer le Conseil constitutionnel français soit plus réduit par rapport à celui que met en œuvre la Cour constitutionnelle italienne. La formule devenue classique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français énonce en effet que « si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à des situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »²¹³. Les juges français s'assurent ainsi uniquement de la conformité des normes nationales à l'exigence de l'identité de traitement. La Cour constitutionnelle italienne considère, pour sa part, que le principe d'égalité est violé lorsqu'il existe un traitement différent de situations égales ou un traitement identique de situations différentes, qui, dans un cas comme dans l'autre, n'est pas « raisonnable »²¹⁴. Cette dernière exerce ainsi un contrôle aussi bien relativement aux exigences d'identité que de différence de traitement. Le principe d'égalité devant la loi est donc utilisé par les juridictions constitutionnelles italienne et française dans son acception extensive impliquant

²¹⁰ Art. 3 al. 1^{er} Const. it. (« Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales » *T.d.A.* - « Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali »). Il s'agit d'une consécration très similaire à l'art. 1^{er} Const. fr. quant à sa structure. Ce dernier dispose en effet que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Le Conseil constitutionnel français donne habituellement relief uniquement à la liste des discriminations prohibées par ce texte (en ce sens, Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 306. V. cependant C. const. fr., 11 janvier 1995, n° 95-363 DC, *Loi relative au financement de la vie politique*, § 6 ; C. const. fr., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*). À l'inverse, la jurisprudence constitutionnelle italienne a coupé la consécration du principe d'égalité devant la loi de la prohibition des discriminations dans l'interprétation qu'elle en a donnée. V. C. const. it., 29 mars 1960, n° 15/1960, point 3 de l'arrêt, *Giur. cost.*, 1960, p. 162 ; Cf. également C. const. it., 25 mai 1980, n° 96/1980, point 2 de l'arrêt.

²¹¹ V. à ce sujet Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 314 et s.

²¹² En ce sens A. JEAMMAUD, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc.*, 2004, n° 7-8, p. 694 et s., spéc. §§ 16 et 26.

²¹³ Cf. entre autres V. C. const. fr., 7 janvier 1988, n° 87-232 DC, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole* ; C. const. fr., 21 janvier 1981, n° 80-128 DC, *Loi relative au travail à temps partiel*, § 4 ; C. const. fr., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* ; C. const. fr., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, *Dr. fam.*, 2013, comm. 98, n. J.-R. Binet, *Dr. fam.*, 2013, alerte 40, n. V. Egéa, *Loyers et copropriété*, n° 6, 2013, alerte 54, n. B. Vial-Pédroletti, *AJ. fam.*, 2013, p. 332, n. F. Chénédé, *D.*, 2013, p. 1643, chron. F. Dieu, *RTD civ.*, 2013, p. 579, obs. J. Hauser ; C. const. fr., 16 septembre 2016, n° 2016-563 QPC, *M. Dominique B. [Date d'évaluation de la valeur des droits sociaux des associés cédants, retrayants ou exclus]*, § 10 ; C. const. fr., 16 mars 2017, n° 2016-618 QPC, *Amende pour défaut de déclaration de trust*.

²¹⁴ Notion qui sera analysée de manière plus ample par la suite. V. *infra*, §§ 155-156. Jurisprudence constante depuis l'arrêt C. const. it., 16 mars 1960, n° 15/1960, préc. Cf. C. const. it., 19 avril 2016, n° 133/2016, *Giur. cost.*, 2016, p. 1029.

le respect de la règle de l'égalité de traitement.

76. **Le fondement de cette interprétation.** - Monsieur JOUANJAN propose un fondement de cette interprétation large du principe d'égalité devant la loi²¹⁵. Il considère que le principe d'égalité devant la loi pose une exigence de respect du principe d'égalité par le législateur. L'auteur souligne en effet que la consécration du principe d'égalité devant la loi s'entend comme l'égalité devant la loi *des sujets de droit*. Nous considérons ainsi avec l'auteur que ce principe s'adresse au législateur, afin qu'il n'exclue d'une catégorie juridique aucun sujet comparable à ceux qui y sont inclus²¹⁶. Monsieur JOUANJAN considère en ce sens que le législateur ne doit pas uniquement respecter l'égalité *intracatégorielle*. Rappelons que cette exigence est une expression du principe d'égalité devant la loi pris dans son acception restrictive et qu'elle est respectée dès que le législateur prévoit des normes générales régissant chacune une catégorie juridique²¹⁷. L'auteur considère que le législateur doit également respecter l'égalité *transcatégorielle*²¹⁸. L'égalité ne doit alors pas exister uniquement entre les membres d'une même catégorie, mais également entre les catégories. Le législateur doit donc veiller à distinguer les situations différentes en les attribuant à des catégories distinctes et à rassembler les situations semblables au sein d'une même catégorie. Ce raisonnement peut ainsi expliquer comment les juges constitutionnels français et italien ont pu tirer l'exigence de conformité des normes au principe d'égalité, et notamment à la règle de l'égalité de traitement, du principe d'égalité devant la loi. Il montre également que le travail d'élaboration normative effectuée par le législateur est fait, à ses yeux, toujours en conformité avec ce principe puisque chaque norme régira toutes, et uniquement, les situations qu'il considère comme comparables. Seules feront exception les situations dont le traitement différent permet de poursuivre un but légitime. Cela n'exclut cependant pas qu'une juridiction compétente pour s'assurer de la conformité de la législation nationale à des dispositions d'égalité²¹⁹ opère une analyse de la comparabilité des

²¹⁵ O. JOUANJAN, « L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, op. cit., 1998, p. 170. V. également E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », op. cit., § 7.

²¹⁶ O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 586.

²¹⁷ V. *supra*, § 64.

²¹⁸ O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 586. Rapp. O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », op. cit., pp. 134-135.

²¹⁹ La notion de juridiction comprend ici aussi bien les juridictions compétentes pour opérer le contrôle de la constitutionnalité que le contrôle de la conventionnalité des lois. Le sens qui est donné au terme « juridiction » doit ainsi être entendu dans son acception large et comprend aussi bien la Cour constitutionnelle italienne que le Conseil constitutionnel français. V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd, PUF, coll. Quadrige, 2018, p. 588, qui le définit, en son sens n° 1, b) comme « l'ensemble de la fonction juridictionnelle ». Cette dernière peut, à son tour, être définie comme la « fonction de juger, mission d'ensemble qui englobe [...] les missions de contrôle »

situations différentes de celle qu'avait (souvent implicitement) effectuée le législateur.



77. La règle de l'égalité de traitement a ainsi pu être tirée du principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive. Cela signifie que les contenus de l'égalité sont définis par les ordres juridiques à la lumière de cette disposition d'égalité dans les ordres juridiques qui la consacrent et qui en donnent une interprétation large. La possibilité de retenir une interprétation large du principe d'égalité devant la loi explique que cette disposition d'égalité soit employée par les juridictions constitutionnelles française et italienne pour contrôler que les législateurs de ces ordres juridiques aient traité de manière identique les situations comparables et, en ce qui concerne uniquement la Cour constitutionnelle italienne, que les situations dissemblables aient fait l'objet de traitements distincts. Cette disposition d'égalité ne définit cependant pas quelles situations doivent être considérées comme comparables. Les exigences substantielles d'égalité ne découlent donc pas directement de cette disposition, mais dépendent de l'analyse de la comparabilité des situations qu'opéreront le législateur et, le cas échéant, la juridiction constitutionnelle.

II) Le principe d'égalité des droits

78. Le principe d'égalité des droits est l'archétype de la règle de l'égalité de traitement. Lorsqu'il est consacré, il « pourrait même suffire à lui seul puisque [...] il ne laisse par définition aucun domaine de côté »²²⁰. Le principe d'égalité des droits est cependant rarement consacré par les textes constitutionnels des États membres du Conseil de l'Europe²²¹. La France compte parmi ces rares pays. Ce principe est inscrit à l'article premier de la Déclaration de 1789. Cet article dispose notamment que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits [et que] les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

(*ibid.*, p. 590, v. « Juridictionnel, elle », « - (fonction) », sens b), mission dont les juges constitutionnels sont investis (*cf. ibid.*, p. 241, v. « Conseil », « - constitutionnel »).

²²⁰ J.-F. THÉRY, F. STASSE, « Sur le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 27.

²²¹ Parmi les dispositions constitutionnelles des pays membres du Conseil de l'Europe évoquées en note n° 76, les seules consécration du principe d'égalité des droits sont contenues dans les Constitutions des pays suivants : l'Allemagne (art. 3 al. 2), l'ARYM (art. 9 al. 1^{er}), l'Azerbaïdjan (art. 25), la Bulgarie (art. 6 al. 1^{er}), la Croatie (art. 3), les Pays-Bas (art. 1^{er}), la République tchèque (art. 3 Const. combiné avec l'art. 1^{er} de la Charte des droits et libertés fondamentaux), la Slovaquie (art. 12 § 1^{er} Const. 1992) et l'Ukraine (art. 21). Il est également consacré à l'art. 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

79. Ce principe est cependant considéré par la doctrine comme trop général²²². La deuxième phrase donnerait notamment aux juges constitutionnels un trop grand pouvoir de contrôle sur l'œuvre du législateur. Ils pourraient en effet s'assurer que les situations dissemblables sont traitées de manière différente, comme c'est d'ailleurs le cas en Italie. Monsieur MÉLIN-SOUCRAMANIEN voit en effet en l'utilité commune une référence à la notion d'intérêt général qui pourrait servir au Conseil constitutionnel français d'ancrage textuel pour l'admissibilité des dérogations au principe d'égalité²²³. Le refus du Conseil de procéder au contrôle du respect des exigences de différence de traitement explique alors que celui-ci se fonde habituellement sur l'article 6 de la DDHC consacrant le principe d'égalité devant la loi, interprété de manière extensive, qui vient d'être relaté²²⁴. Le Conseil se limite ainsi à vérifier sur ce fondement que les situations comparables fassent l'objet d'un traitement identique. Au cours de la dernière décennie, le Conseil semble toutefois retenir une lecture restrictive de l'article premier de la Déclaration, équivalente à l'exigence qu'il tire de l'article 6 du même texte qu'il cite en même temps que le premier²²⁵.

Par ailleurs, dans la décision du 15 novembre 2007²²⁶ le Conseil a détaché les deux phrases contenues dans l'article premier de la Déclaration pour se référer à la première uniquement, consacrant le principe d'égalité des droits, et à l'exclusion de la seconde phrase concernant les distinctions sociales fondées sur l'utilité commune. Cette disposition a ici été utilisée dans cette décision à la place de l'article 6 DDHC et dans le but de s'assurer que le législateur a traité de manière identique des situations comparables, en étant précisé, encore une fois, que l'analyse de la comparabilité des situations n'est pas orientée par cette disposition d'égalité.



80. Le principe d'égalité des droits équivaut ainsi au principe d'égalité devant la loi extensivement entendu puisqu'il sous-entend, lui aussi, la règle de l'égalité de traitement. Il

²²² Cf. G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public, op. cit.*, 1996, p. 7 ; G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in Conseil constitutionnel, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989, p. 99.

²²³ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, § 9, disponible sur le site <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-quelles-perspectives-pour-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite.52731.html> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

²²⁴ V. *supra*, § 74 et s.

²²⁵ Cf. C. const. fr., 5 octobre 2012, n° 2012-279 QPC, *M. Jean-Claude P. [Régime de circulation des gens du voyage]* ; 9 juillet 2010, n° 2010-13 QPC, *M. Orient O. et autre [Gens du voyage]*.

²²⁶ C. const. fr., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

postule donc le traitement identique des situations comparables et le traitement différent des situations dissemblables, bien que le Conseil constitutionnel français limite son contrôle au premier de ces volets. Comme la première disposition d'égalité analysée, cependant, le principe d'égalité de droits ne donne pas d'indications concernant les situations devant être considérées comme semblables. L'analyse de la comparabilité des situations demeure donc libre lorsqu'il est question de se conformer au principe d'égalité des droits, tout comme cela a été montré au sujet du principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive.

III) Les dispositions prohibant toute discrimination

81. **Dispositions prohibant la discrimination fondée sur des critères déterminés et dispositions prohibant toute discrimination : la distinction.** - Le principe de non-discrimination peut supposer la sélection de critères prédéterminés en fonction desquels des traitements différents ne pourront pas être prévus. Tel est par exemple le cas des discriminations en raison du sexe, de la race, de la couleur, de la langue, de la religion, de toutes autres opinions, de l'origine nationale ou sociale, de l'appartenance à une minorité nationale, de la fortune, ou de la naissance expressément interdites par l'article 14 de la CESDH. Il s'agit là des dispositions prohibant la discrimination fondée sur des critères déterminés. Le principe de non-discrimination peut également viser une prohibition généralisée des discriminations, comme c'est le cas de la même disposition qui interdit *in fine* les discriminations fondées sur « toute autre situation ». Il s'agira dans ce cas de ce que nous dénommons une disposition prohibant toute discrimination ou une prohibition *générale* des discriminations.

82. D'un point de vue méthodologique, ces dispositions d'égalité ont en commun de s'assurer uniquement du respect des exigences d'identité de traitement des situations. L'interdiction des discriminations est en effet susceptible d'amener à sanctionner uniquement des différences de traitement, précisément lorsque ces dernières sont considérées comme illicites. À la différence du principe d'égalité des droits et du principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive en revanche, les interdictions des discriminations n'ont pas trait au respect des exigences de différences de traitement.

83. Les interdictions générales des discriminations et les interdictions de discriminations en raison de critères déterminés méritent cependant d'être distinguées relativement à l'analyse substantielle qu'elles commandent. Les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères préétablis présentent en effet la particularité de prédéterminer, limitativement à leur

champ d'application matériel, les catégories d'individus devant être considérées comme comparables. Les dispositions prohibant toute discrimination, en revanche, à l'instar des autres types de dispositions d'égalité, ne fournissent pas d'indices concernant les différences de traitement susceptibles d'être considérées comme discriminatoires. Autrement dit, elles ne renseignent pas concernant l'analyse de la comparabilité des situations qu'il conviendra d'opérer. Il convient ainsi de clore l'étude des exigences des dispositions d'égalité ne fournissant pas d'éléments permettant de prédéterminer les situations comparables par l'analyse des dispositions prohibant toute discrimination.

84. Consécration textuelle de la prohibition générale des discriminations. - Les dispositions consacrant une prohibition générale des discriminations, ou prohibant toute discrimination, sont les dispositions d'égalité qui exigent la jouissance des droits *sans discrimination*, ou *sans discrimination d'aucune sorte* ou qui affirment que *nulle discrimination n'est permise*²²⁷. De même, appartiennent à cette catégorie les dispositions d'égalité qui font suivre une ouverture à la liste de la prohibition de discriminations en raison de critères particuliers. Tel est le cas dans plusieurs constitutions des États parties au Conseil de l'Europe²²⁸, y compris la Constitution italienne. L'alinéa premier de l'article 3, après avoir interdit les discriminations en raison du sexe, de la race, de la langue, de la religion et des opinions politiques, interdit les discriminations en raison des « conditions personnelles et sociales ». La doctrine a interprété cette référence comme le signe de la volonté d'ouvrir la prohibition de discriminations à tout autre critère touchant à l'individu²²⁹.

85. Des dispositions prohibant toute discrimination sont également consacrées dans plusieurs conventions internationales. Tel est le cas de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ainsi que de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (par la suite CESDH). À la suite de la prohibition de la discrimination fondée sur des listes de critères déterminés, ces articles interdisent également les discriminations en raison de *toute autre situation*. La Cour européenne

²²⁷ Tel est le cas dans les Constitutions de plusieurs États parties au Conseil de l'Europe, et notamment des pays suivants : Belgique (art. 11), Bosnie-Herzégovine (art. 4), Lettonie (art. 91), Monténégro (art. 8), Pays-Bas (art. 1^{er}), Pologne (art. 32 § 2), Serbie (art. 21).

²²⁸ Il s'agit des constitutions des pays suivants : Arménie (Art. 14.1), Bosnie-Herzégovine (art. 4), Chypre (art. 28 al. 2), Croatie (art. 14), Espagne (art. 14), Estonie (art. 12), Hongrie (art. XV.2), Islande (art. 65), Finlande (art. 6 al. 1^{er}), Pays-Bas (art. 1^{er}), République tchèque (art. 3 Const. combiné avec l'art. 3 Charte des droits et libertés fondamentaux), Serbie (art. 21), Slovaquie (art. 12 § 2), Slovénie (art. 14), Turquie (art. 10), Ukraine (art. 24).

²²⁹ F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, op. cit., p. 15 ; L. GIANFORMAGGIO, « Eguaglianza formale e sostanziale : il grande equivoco », *Foro it.*, n° 1, 1996, col. 1961, point n° 4.

des droits de l'homme elle-même a précisé que les critères énoncés à l'article 14 ne constituent pas une liste exhaustive²³⁰.

86. **Les dispositions prohibant toute discrimination impliquant le respect de la règle de l'identité de traitement.** - Si, comme nous l'avons vu, les juges constitutionnels français ont fait découler la règle de l'identité de traitement de la consécration de l'égalité devant la loi, en droit de l'Union européenne le même résultat a été obtenu par la Cour de justice dans un célèbre arrêt *Moulins et huileries de Pont-à-Mousson*²³¹ et *Ruckdeschel*²³², puis dans l'arrêt *Royal Scholten-Honig*²³³, en se fondant sur la consécration en droit – à l'époque – communautaire, de la prohibition de la discrimination. Ainsi, la Cour confirme que les dispositions prohibant les discriminations ne sont que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui n'était pas pour autant consacré par les textes fondateurs²³⁴. Cela permet de mettre en relief que même si la prohibition de la discrimination a une portée plus limitée que le principe général d'égalité, sa consécration suppose l'exigence de respecter le principe d'égalité, et notamment de la règle de l'égalité de traitement qu'il véhicule. Le principe d'égalité a ainsi été reconnu parmi les principes généraux du droit de l'Union et requiert le traitement comparable des situations comparables, ainsi que le traitement différent des situations différentes. Cependant, cette règle, dans cet ordre juridique comme dans les autres, ne permet pas à elle seule de déterminer quelles situations doivent être considérées comme comparables et lesquelles comme différentes. Comme Monsieur DUBOUT le souligne, « la Cour de justice des Communautés européennes protège alternativement et indistinctement les deux principes, voire parfois "le principe général d'égalité et de non-discrimination" »²³⁵.

87. Cette synonymie doit être attribuée selon Monsieur DUBOUT, ainsi que selon Madame

²³⁰ V. CEDH, Ch. Plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72, spéc. § 72.

²³¹ CJCE, 19 octobre 1977, *SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson et Société coopérative Providence agricole de la Champagne contre Office national interprofessionnel des céréales*, aff. 124-76 et 20-77, rec. CJCE 1977 - 01795, p. 1811, § 16.

²³² *Ibid.*, § 7.

²³³ CJCE, 25 octobre 1978, *Royal Scholten-Honig c. Intervention Board for Agricultural Produce*, aff. 103-77 et 145-77, rec. CJCE 1978-02037, p. 2074, § 26 ; CJCE, 5 décembre 1989, *Commission c. Italie*, C-3/88, rec. p. 4035 ; CJCE, 8 octobre 1980, *Überschär*, aff. 810-79, rec. CJCE 1980-02747, p. 2764, § 16.

²³⁴ Sur la consécration du principe général d'égalité par la Cour de justice v. R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2003.

²³⁵ E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *op. cit.*, § 11. L'auteur cite à ce titre l'arrêt CJCE, 12 décembre 2002, *A. Rodriguez Caballero c. Fondo de Garantía Salarial*, aff. C-442/00, rec. CJCE 2002, I, p. 11915, spéc. § 32.

ROBIN-OLIVIER²³⁶, au « dynamisme dont fait preuve la juridiction communautaire en matière d'interdiction des discriminations [qui a] abouti à gommer les différences entre les deux principes »²³⁷. Nous nous permettrons de nous détacher de cette position pour fournir une explication qui n'a trait qu'à la méthodologie même du contrôle du respect des dispositions prohibant toute discrimination et du principe d'égalité. Les dispositions prohibant toute discrimination n'excluent pas d'introduire des distinctions de traitement. Ces distinctions ne doivent cependant pas être discriminatoires. Autrement dit, la différence de traitement est toujours légitime lorsque l'existence d'une différence des situations est démontrée, ou lorsque la différence de traitement de situations comparables est justifiée. La prohibition générale des discriminations est ainsi une expression du principe d'égalité puisqu'elle exige de s'interroger sur la comparabilité des situations.

88. Dans cette même ligne, relativement à la prohibition de discriminations fondées sur « toute autre situation » consacrée par l'article 14 de la CESDH, Monsieur JEAMMAUD considère que « délibérément ou non, cet article est alors compris et appliqué comme "simple" norme d'identité de traitement »²³⁸, norme qui « n'exclut pas différences et distinctions. [...] Mieux, [ces dernières] sont fondées sur cette norme »²³⁹. On voit ainsi comment les dispositions prohibant la discrimination s'agencent avec le principe d'égalité. Les dispositions prohibant la discrimination impliquent, comme les autres dispositions d'égalité analysées, le respect de la règle de l'identité de traitement. De la même manière, les dispositions prohibant toute discrimination ne permettent pas de prédéterminer les catégories d'individus qui devront être considérées comme comparables. L'analyse de la comparabilité des situations est alors, comme relativement aux autres dispositions d'égalité examinées, libre.



89. Les dispositions prohibant toute discrimination sous-entendent la règle de l'égalité de traitement. En ce sens, elles participent à la définition des exigences substantielles d'égalité dans les ordres juridiques qui en garantissent le respect. Ces dernières commandent cependant uniquement le traitement identique des situations comparables, et non pas également le

²³⁶ S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, op. cit., pp. 17-19.

²³⁷ E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », op. cit., § 11.

²³⁸ A. JEAMMAUD, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », op. cit., p. 694 et s., spéc. § 13.

²³⁹ *Ibid.*, p. 694 et s., spéc. § 15. V. par exemple CEDH, 28 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (par la suite *Affaire linguistique belge*), req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, *GACEDH*, n° 9, § 10.

traitement différent des situations différentes. À l'instar des deux types des dispositions d'égalité précédemment analysés, les textes prohibant toute discrimination ne fournissent pas d'éléments permettant de déterminer directement quelles situations doivent être considérées comme comparables. Les exigences substantielles d'égalité ne découlent donc pas directement de ces dispositions d'égalité. L'internationalité de ces dispositions n'implique donc pas que les ordres juridiques en tirent les mêmes contenus concrets d'égalité.

90. Un seul type de disposition d'égalité encadre l'analyse de la comparabilité des situations qu'elle couvre. Il s'agit des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés, c'est-à-dire les critères explicitement énumérés par les textes qui les consacrent.

§2) La prohibition de discriminations prédéterminées : une exception partielle

91. **Précision terminologique.** - Les textes qui prohibent la discrimination en raison de critères déterminés sont nombreux et variables dans leurs consécutions²⁴⁰. Avant de s'intéresser aux exigences posées par ces dispositions, une précision terminologique s'impose. La référence au terme *égalité* n'exclut pas à notre sens une référence au principe de non-discrimination. Les dispositions consacrant l'égalité entre individus fondée sur un critère précis, comme l'égalité des sexes²⁴¹ ou l'égalité des filiations²⁴², sélectionnent un critère inhérent à l'individu sur le fondement duquel le traitement différent est interdit. Elles seront alors analysées au même titre que les dispositions relatives à la non-discrimination²⁴³. Cette lecture est corroborée par l'analyse de l'alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946 présentée dans le rapport d'information concernant la proposition de réforme constitutionnelle visant à consacrer la prohibition de la discrimination en raison du sexe²⁴⁴. Le rapport souligne que cette disposition aurait une valeur essentiellement symbolique du point de vue de la garantie de l'égalité. L'exigence d'identité de traitement des hommes et des femmes est, en effet, déjà inscrite à l'alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946²⁴⁵. Dans cette optique, le seul

²⁴⁰ V. à cet égard la présentation qui en est donnée par E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *op. cit.*, § 18 et s.

²⁴¹ Telle que consacrée à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 ou telle qu'englobée par l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH qui garantit l'égalité des époux.

²⁴² Telle que consacrée à l'article 310 du Code civil français.

²⁴³ Pour une clarification de la différence terminologique entre égalité et non-discrimination v. A. JEAMMAUD, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *op. cit.*, p. 694 et s., spéc. §§ 4-21.

²⁴⁴ Proposition de loi constitutionnelle modifiant l'article premier de la Constitution pour y inscrire le principe d'égalité devant la loi sans distinction de sexe, n° 454 (2016-2017), déposée le 8 mars 2017.

²⁴⁵ A. BILLON, Rapport d'information n° 670 (2017-2018), fait au nom de la délégation aux droits des femmes, déposé le 17 juillet 2018, pp. 25-27.

avantage que présente la consécration de cette prohibition est de « rassembler en un alinéa cohérent [...] les dispositions concernant l'égalité entre femmes et hommes [...] »²⁴⁶. Il ressort ainsi de ce rapport que, relativement à la garantie de l'égalité, il n'y a aucune différence à consacrer un principe d'égalité des sexes ou une prohibition de la discrimination en raison du sexe.

92. À partir de cette précision terminologique, il convient de montrer que les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés se démarquent par rapport aux dispositions d'égalité précédemment analysées. Elles constituent le seul type de disposition d'égalité permettant de prédéterminer les catégories d'individus qui doivent être considérées comme comparables. Ces dispositions concrétisent la règle de l'identité de traitement en posant des présomptions de comparabilité des situations qui présentent les critères dont la prise en compte est prohibée **(I)**. Le choix de ces critères et du champ d'application matérielle des dispositions qui en interdisent la prise en compte semble cependant dépendre de la volonté de chaque ordre juridique de maintenir des différences de traitement **(II)**.

I) La comparabilité des situations préétablie

93. **Les consécutions de dispositions prohibant la discrimination fondée sur des critères déterminés.** - Une liste limitative de discriminations prohibées en droit français est présente à l'article premier de la Constitution française, qui reprend l'alinéa premier du préambule de la Constitution de 1946. Cette disposition interdit la discrimination en raison de l'origine, de la race et de la religion²⁴⁷. Le Conseil constitutionnel français n'a cependant jamais fondé une déclaration d'inconstitutionnalité d'une règle de droit sur cet article²⁴⁸.

Un projet de réforme constitutionnelle, précédemment évoqué²⁴⁹, propose par ailleurs d'inclure le sexe parmi les motifs de discrimination prohibés²⁵⁰. Pour l'instant en effet, seul est consacré un principe d'égalité des sexes à l'article 3 du préambule de la Constitution de 1946. Malgré la possibilité précédemment expliquée de l'apparenter à une prohibition de la discrimination en

²⁴⁶ *Idem.*, p. 57.

²⁴⁷ Préambule de 1946, al. 1^{er} : « [...] tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés [...] » ; Art. 1^{er} Const. fr. 1958 : « [...] Elle [la France] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. [...] ».

²⁴⁸ J.-F. THÉRY, F. STASSE, « Sur le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁹ V. *supra*, § 91.

²⁵⁰ Proposition de loi constitutionnelle modifiant l'article premier de la Constitution pour y inscrire le principe d'égalité devant la loi sans distinction de sexe, n° 454 (2016-2017), déposé le 8 mars 2017, préc. Pour aller plus loin v. A. BILLON, Rapport d'information n° 670 (2017-2018), fait au nom de la délégation aux droits des femmes, préc., spéc. pp. 21-26.

raison du sexe²⁵¹, cette disposition n'a pas suffi à imposer l'élimination des différences de traitement entre les hommes et les femmes en droit français²⁵².

Il existe, enfin, en France un principe d'égalité des filiations ayant valeur législative posé par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 et inscrit à l'article 310 du Code civil.

94. En Italie, la prohibition de la discrimination porte sur une liste sensiblement plus longue qu'au niveau constitutionnel français. L'article 3, alinéa premier, de la Constitution italienne interdit en effet la discrimination fondée sur le sexe, la race, la langue, la religion, les opinions politiques et les conditions personnelles et sociales²⁵³.

95. Au niveau supranational, de nombreux critères de discrimination sont explicitement interdits. L'article 14 de la CESDH, l'article premier du Protocole n° 12²⁵⁴ et l'article 5 du Protocole n° 7 de la même convention, ainsi que l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de nombreuses dispositions du droit de l'Union européenne²⁵⁵ consacrent la prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés. De même, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (par la suite CDFUE) réunit en un seul texte les discriminations listées à l'article 14 de la CESDH et à l'article 19 TFUE²⁵⁶, en y ajoutant la prohibition de la discrimination en raison des caractéristiques génétiques. Il est également possible de citer l'article 2, § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, ainsi que l'article 24 du PIDCP consacrant la prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés à l'égard des enfants.

96. Effets de la prohibition de la discrimination sur la comparabilité des situations. - L'effet de la prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés est celui de poser un postulat égalitaire entre les sujets de droit qui appartiennent aux catégories couvertes par les

²⁵¹ *Idem.*, v. *supra*, § 91.

²⁵² Pour aller plus loin v. E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 29 et s., § 42 et s.

²⁵³ Rappelons cependant que la référence aux conditions personnelles et sociales a cependant pu être lue comme une ouverture de la liste des discriminations prohibées. V. *supra*, § 84.

²⁵⁴ Adopté le 4 novembre 2000 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, ce texte n'a pas été ratifié pour l'heure ni par la France ni par l'Italie.

²⁵⁵ Pour une présentation détaillée des dispositions prohibant la discrimination consacrées en ce domaine v. J. RIDEAU, « Union européenne - Nature, valeurs et caractères généraux », *op. cit.*, spéc. §§ 81-82 et §§ 90-95.

²⁵⁶ Art. 21 CDFUE : « 1. Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. 2. Dans le domaine d'application des traités et sans préjudice de leurs dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite ».

critères dont la prise en compte est prohibée²⁵⁷. Ce type de disposition d'égalité impose en effet au législateur de ne pas distinguer des situations en fonction de ces critères. L'effet de cette interdiction sur l'analyse comparative des situations est donc celui d'amener le législateur à considérer le critère en question comme non pertinent pour établir une classification normative²⁵⁸, car insusceptible de fonder une différence de traitement. Ainsi, lorsque la prohibition de la discrimination en raison du sexe est posée, les autorités législatives et juridictionnelles seront tenues de considérer que ce critère ne permet pas de fonder légitimement une différence de traitement. Cette prohibition de la discrimination pose donc une présomption juridique visant à considérer que les hommes et les femmes se trouvent toujours *a priori* dans des situations semblables²⁵⁹.

Sur la base de cette analyse, nous ne pouvons suivre les auteurs qui voient la prohibition de la discrimination comme l'*autre face* de l'égalité²⁶⁰, comme la *dénaturation* du principe d'égalité²⁶¹, ni même les auteurs qui y voient une forme évoluée du principe d'égalité²⁶². Il ne s'agit pas à notre avis d'un principe venant s'opposer ou compléter le principe d'égalité. Il s'agit en revanche de règles permettant de stabiliser l'analyse comparative des situations. Elles n'augmentent cependant que partiellement la prévisibilité des solutions dans la mesure où, comme cela va être montré, les dérogations sont toujours admises notamment en matière familiale²⁶³.

97. Agencement des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés avec les autres dispositions d'égalité. - Les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés n'accompagnent pas systématiquement le

²⁵⁷ ROUSSEAU affirmait déjà qu'« au lieu de détruire l'égalité naturelle, le pacte fondamental substitue au contraire une égalité morale et légitime à ce que la nature avait pu mettre d'inégalité physique entre les hommes, et que, pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention et de droit », ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 19.

²⁵⁸ La Cour constitutionnelle italienne souligne par exemple que la prohibition de la discrimination impose une règle selon laquelle le sexe et les autres cas de diversité prévus à l'art. 3 Const. it. doivent être considérés comme non-pertinents, v. C. const. it., 12 septembre 1995, n° 422/1995, point 4. V. également F. ROUVIÈRE, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *op. cit.*, p. 89 et s., spéc. point 9, § 24, citant H. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 176, § 158.

²⁵⁹ Monsieur BARILE souligne la « présomption de manque de caractère raisonnable » des normes qui contredisent la prohibition des discriminations posée à l'art. 3 al. 1^{er} de la Constitution italienne. V. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologne, 1984, p. 84.

²⁶⁰ E. DECAUX, « Article II-81 », in BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICAUD (dir.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe*. Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 289-297.

²⁶¹ N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 152 et s., spéc. §§ 10-14.

²⁶² E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 6, § 8 ; R. PELLOUX, « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *Rev. dr. pub.*, 1982, pp. 909-927, spéc. p. 914.

²⁶³ V. *infra*, § 123.

principe d'égalité des droits, le principe d'égalité devant la loi dans son acception extensive, ou encore les dispositions prohibant toute discrimination. À ce propos, il est possible de lire que « [l]a prohibition de discriminations est conceptuellement incompatible avec ce qui serait un principe général d'égalité, *a fortiori* un principe général de non-discrimination. Si un tel principe existait [les prohibitions de discriminations] aurai[ent] un contenu inverse et énumérerai[ent] les cas et les critères permettant exceptionnellement d'opérer telle ou telle différence »²⁶⁴. Il nous sera permis de nous détacher d'une telle affirmation. Le principe d'égalité, dans ses différentes déclinaisons, se concrétise dans la règle de l'identité de traitement, mais laisse le soin aux législateurs, sous le contrôle éventuel des juges, de décider ce qui est semblable ou différent. Or, la prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés concrétise les exigences substantielles d'égalité. Elle encadre ainsi le pouvoir de définition et de contrôle de la comparabilité des situations en précisant que les sujets présentant les caractères listés, tels que le sexe, l'âge ou la nationalité, devront être considérés comme comparables. Ainsi nous pouvons affirmer avec Monsieur GERVASONI que « la mise en œuvre du principe [de non-discrimination] est rendue plus opérationnelle pour le juge [lorsque les critères dont la prise en compte est interdite sont clairement précisés] : mieux informé de l'intention du législateur, le juge se sent plus nettement habilité à censurer une différence de traitement basée sur l'un de critères *a priori* interdits »²⁶⁵.

98. Hypothèse de la seule consécration d'une disposition prohibant la discrimination en raison de critères déterminés. - Lorsqu'une disposition prohibant la discrimination en raison de critères déterminés est la seule qu'un ordre juridique doit garantir, le législateur est libre d'opérer des différenciations des traitements en fonction d'autres critères. La juridiction de contrôle pourrait alors s'assurer uniquement de l'absence de distinctions fondées sur les critères interdits au niveau législatif. Par exemple, si la seule disposition d'égalité consacrée en France était la prohibition de la discrimination en raison des critères listés à l'article 1^{er} de la Constitution, le législateur n'aurait pas mis les individus hétérosexuels et homosexuels sur un pied d'égalité au nom du principe d'égalité en matière familiale. Les discriminations en raison de l'orientation sexuelle ne sont pas interdites au niveau constitutionnel. Dans cette hypothèse, toute différence de traitement de ces catégories serait alors légitime.

²⁶⁴ Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 2009, p. 84.

²⁶⁵ S. GERVASONI, « Le principe d'égalité et de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Septièmes journées d'études du pôle Jean Monnet*, 27, 28 et 29 novembre 2006. *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 96.

Cela a clairement été mis en exergue dans le rapport annuel de la Cour de cassation française de 2008 qui souligne que « [l]es dispositions prohibant les discriminations n'interdisent pas que des différenciations soient opérées entre des individus placés dans des situations identiques ou analogues. Elles empêchent seulement que ces différences soient fondées sur des critères précisément énumérés »²⁶⁶.

99. Hypothèse de la consécration d'une disposition prohibant la discrimination en raison de critères déterminés couplée avec une disposition d'égalité ne définissant pas la comparabilité des situations. - La disposition prohibant la discrimination en raison de critères déterminés peut se combiner avec des consécutions de dispositions d'égalité qui ne donnent pas d'indications sur la comparabilité des situations. Tel est le cas en droit français et en droit italien. L'article premier de la Constitution française et l'article 3 de la Constitution italienne posent des prohibitions de discriminations en raison de critères déterminés. Le principe d'égalité devant la loi a été interprété par les juges constitutionnels de ces pays dans son acception extensive, exigeant le respect de la règle de l'identité de traitement de la part du législateur. Dans ce cas les juges devront, certes, considérer que les situations couvertes par les critères de discrimination interdits sont semblables, mais ils n'y seront pas pour autant limités. Le principe d'égalité commande en effet, il convient de le rappeler, le traitement identique de tous les cas comparables ainsi que le traitement différent des cas distincts. Cette dernière exigence est parfois laissée à la seule appréciation du législateur, comme c'est le cas en France où le Conseil constitutionnel ne s'assure pas que les situations différentes aient été traitées de manière différente. En revanche, toute situation non couverte par la prohibition de discriminations pourra faire l'objet d'une analyse comparative. Lorsque d'autres situations que celles couvertes par la prohibition de discriminations en raison de critères déterminés sont considérées comme comparables, un traitement identique de ces dernières peut être imposé par les juridictions de contrôle.

Ainsi en France, le Conseil constitutionnel sanctionne aussi bien les distinctions fondées sur les critères de discrimination interdits – origine, race, religion – que la contrariété au principe d'égalité des règles qui traitent de manière différente des situations que ce juge considère comme semblables²⁶⁷. La même analyse concerne également l'Italie, où la Cour

²⁶⁶ Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, op. cit., p. 84.

²⁶⁷ Rappelons que le Conseil considère régulièrement que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». V. *supra*, les décisions citées en note n° 213.

constitutionnelle affirme régulièrement qu'« il ne suffit pas de contrôler que la norme examinée n'est pas contraire aux critères de discriminations interdits par le premier alinéa de l'article 3. La jurisprudence de cette Cour est constante dans l'affirmation que le principe d'égalité est également²⁶⁸ violé lorsque la loi traite différemment des citoyens qui se trouvent dans des situations égales, sans un motif raisonnable »²⁶⁹. Au niveau européen, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui est garante, non seulement du respect de la prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés, mais également de la prohibition générale des discriminations. Ces deux normes sont, rappelons-le, contenues aussi bien dans l'article 14 de la Convention que dans l'article premier du Protocole n° 12 de la Convention, bien que ce dernier n'ait pas été ratifié par la France et l'Italie. Dans ce cadre, la Cour rappelle régulièrement que « pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14 [de la Convention ESDH ou de l'article 1^{er} du Protocole n° 12²⁷⁰] il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables »²⁷¹. Cette phrase résume à elle seule la manière dans laquelle la consécration d'une disposition prohibant la discrimination en raison de critères déterminés s'agence avec une autre disposition d'égalité ne définissant pas la comparabilité des situations. Les situations comparables sont celles qui sont couvertes par les critères de discrimination expressément prohibés, ainsi que toutes autres situations que la Cour de Strasbourg analyse comme étant comparables²⁷².

100. En conclusion, lorsque ces types de disposition sont protégés par un ordre juridique, il sera nécessaire d'analyser la comparabilité des situations sur la base de critères de différenciation autres que les critères de discrimination explicitement interdits. Nous verrons qu'à cet égard, les seuls exemples qu'il sera possible de fournir en matière familiale, dans le cadre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, tiennent au contrôle de cohérence

²⁶⁸ Nous ajoutons l'italique.

²⁶⁹ C. const. it., 29 mars 1960, n° 15/1960, préc., point 3 de l'arrêt, *T.d.A* Texte original de l'arrêt : « Non basta accertare che la norma in esame non sia in contrasto con i precetti inderogabili [les critères de discrimination interdits, n.d.A.] posti nel primo comma dell'art. 3. La giurisprudenza di questa Corte è costante nel senso che il principio di eguaglianza è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni ». V. également C. const. it., 25 mai 1980, n° 96/1980, préc., point 2 de l'arrêt.

²⁷⁰ La prohibition de discriminations prévue par ces deux dispositions doit s'analyser de la même manière. Seule diffère l'indépendance de l'application de la seconde par rapport à la première. V. CEDH, 9 juin 2016, *Pilav c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 41939/07, §§ 39-40 ; CEDH, Gr. Ch., 22 décembre 2009, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n°s 27996/06 et 34836/06, § 55.

²⁷¹ V. e.a., CEDH, 30 janvier 2018, *Enver Şahin c. Turquie*, req. n° 23065/12, § 54 ; CEDH, 28 juin 2016, *Halime Kiliç c. Turquie*, req. n° 63034/11 ; CEDH, Gr. Ch., 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, § 60 ; CEDH, Gr. Ch., 13 novembre 2007, *D.H. et a. c. République tchèque*, req. n° 57325/00, § 175 ; CEDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, req. n° 36042/97, § 48.

²⁷² L'analyse de ces cas en matière familiale sera développée dans la deuxième partie de cette étude. V. spéc. § 639 et s.

de l'œuvre du législateur²⁷³. Le Conseil n'impose en effet pas son analyse de la comparabilité des situations dans cette matière. Les raisons en seront analysées dans un second temps, mais il convient de préciser d'ores et déjà qu'elles ont trait au pouvoir discrétionnaire que le Conseil laisse au législateur en ce domaine²⁷⁴.



101. Nous avons vu que les consécutions de dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés prédéterminent les situations devant être considérées comme comparables par les autorités législatives et juridictionnelles. Cela signifie-t-il que des exigences substantielles d'égalité découlent directement de ces dispositions ? Tel pourrait, en principe, être le cas dans la mesure où les situations comparables doivent faire l'objet d'un traitement identique. Ces dispositions d'égalité définissant quelles situations doivent être considérées comme comparables, on en déduit que ces mêmes situations doivent être traitées de manière identique. Si l'analyse s'arrêtait là, il s'ensuivrait que les exigences substantielles d'égalité découlant directement de ces dispositions d'égalité seraient partagées par l'ensemble des ordres juridiques engagés à prohiber les discriminations fondées sur un critère donné. Une certaine transnationalité pourrait donc être attribuée aux contenus de l'égalité en cause. Dans le prochain point de cette étude il sera cependant possible d'observer que des dérogations à ces dispositions d'égalité sont toujours admises en matière familiale en France et en Italie. De plus, à supposer même que les dérogations au respect de dispositions prohibant la discrimination étaient exclues, la transnationalité des exigences substantielles d'égalité découlant directement de ces dispositions serait mesurée. En effet, le choix des critères de discrimination que chaque État s'engage à interdire ne semble pas dépourvu de logique. Les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés, et notamment le champ d'application matérielle qui leur est assigné, semblent dépendre en partie de la volonté des ordres juridiques de conserver certaines différences de traitement.

II) Les variations du champ d'application matériel

102. Les dispositions d'égalité précédemment analysées, c'est-à-dire le principe d'égalité des droits, le principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive ainsi que les dispositions prohibant toute discrimination sont incompatibles avec l'idée même d'une

²⁷³ V. *infra*, § 146.

²⁷⁴ V. *infra*, §§ 142-148.

limitation de leur champ d'application personnel. Consacrant la règle de l'identité de traitement, il serait contradictoire que ce type de disposition exclue lui-même *a priori* la comparabilité de certaines situations ou, au contraire, qu'il l'impose. Leur respect s'impose ainsi lorsque le texte dans lequel elles sont inscrites est applicable. Nous avons cependant vu que cette universalité des règles d'égalité est fort peu contraignante en raison du fait que ces dispositions n'indiquent pas quelles situations doivent être considérées comme comparables et lesquelles comme différentes.

103. Distincte est en revanche l'analyse pouvant s'attacher aux normes prohibant la discrimination en raison de critères déterminés. Ce type de disposition d'égalité est en effet caractérisé précisément par la limitation de son applicabilité *ratione personae* à travers la définition des critères personnels dont la prise en compte est interdite. Ces dispositions permettent une prédétermination partielle²⁷⁵ des exigences substantielles d'identité de traitement des situations. Lorsqu'elles sont consacrées par les textes constitutionnels ou supranationaux qu'un État s'est engagé à respecter, cette caractéristique en fait alors des normes puissantes en raison de leur aptitude à brider le pouvoir discrétionnaire des législateurs de ce pays. À titre d'exemple, la consécration du principe d'égalité des droits laisse le législateur libre de considérer qu'un enfant né dans le mariage se trouve dans une situation distincte de l'enfant né hors mariage en considérant que l'union des parents est un élément essentiel de distinction des situations. Si en revanche les discriminations en raison de la naissance sont interdites, le traitement des enfants ne pourra pas, en principe, être distingué. Dans ce cas, en effet, la circonstance de la naissance d'un enfant dans ou hors mariage ne permet plus de fonder une différenciation des traitements, à moins qu'une justification ne soit admise.

104. Or, une différence peut être mise en exergue entre les champs d'applicabilité matérielle de ces dispositions selon qu'elles sont de source nationale ou supranationale. L'analyse des textes consacrant la prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés dévoile, en effet, deux tendances complémentaires.

105. Les consécration de la prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés dont l'applicabilité *ratione materiae* est illimitée sont essentiellement de source nationale. À l'inverse, les rédacteurs des textes supranationaux, à défaut de réserve possible, en limitent l'applicabilité matérielle. Ces tendances peuvent être expliquées en réfléchissant à l'influence

²⁷⁵ Encore faudra-t-il en effet vérifier si une dérogation à ces règles prohibant la discrimination peut être admise. V. *infra*, §§ 129-169.

que le respect de ces dispositions d'égalité a sur la liberté des autorités nationales dans la définition des traitements des situations. Lorsque la volonté d'éliminer des différences de traitement vient du législateur du for, une application matérielle illimitée peut être souhaitée. En revanche, pour que des États acceptent de ratifier des textes les orientant vers une direction dans laquelle ils ne se sont pas engagés d'eux-mêmes, la prévision de la possibilité d'émettre des réserves ou la limitation du champ d'application matériel de ces dispositions d'égalité est susceptible d'inciter un plus grand nombre d'États à y souscrire.

106. Il en ressort que le choix de consacrer ou de souscrire à une prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés **(A)** paraît être fonction de la volonté de chaque État de conserver des différences de traitement **(B)**.

A) Consécration nationales et supranationales

107. L'analyse montre que les consécration des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés dont l'applicabilité matérielle n'est pas limitée sont principalement de source nationale **(1)**. À l'inverse, au niveau supranational les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés qui font l'objet d'un ample consensus sont souvent limitées *ratione materiae*, ou bien, elles peuvent faire l'objet de réserves **(2)**.

1) Une applicabilité illimitée essentiellement nationale

108. Les textes qui ne limitent pas la prohibition de la discrimination à des domaines précis du droit sont avant tout les constitutions nationales²⁷⁶. Le plus souvent, l'absence de limitation du champ d'application matériel de l'interdiction se déduit de l'absence de limitation du champ matériel du texte lui-même ou de l'absence d'une liste de domaines juridiques auxquels la prohibition se réfère. Ainsi, l'article 3 alinéa 1^{er} de la Constitution italienne, tout comme l'article 1^{er} de la Constitution française se limitent à préciser les critères de discrimination dont la prise en considération est interdite, sans restreindre l'applicabilité de ces dispositions à des domaines particuliers du droit.

109. Dans certains cas en revanche, cette absence de limitation est explicite. En ce sens,

²⁷⁶ Parmi les constitutions des pays énumérés en note n° 76 et qui consacrent des dispositions prohibant la discrimination, aucune disposition ne limite le champ d'application matériel de ces dernières.

l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946, qui s'apparente à notre sens à une prohibition de la discrimination en raison du sexe²⁷⁷, rappelle que l'égalité des sexes est garantie « dans tous les domaines ».

110. Rarement les conventions internationales ne limitent pas le champ d'application matérielle des droits garantis. Tel est, par exemple, le cas de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui, dans son article 1^{er}, interdit ces inégalités de traitement « dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine ». Tel est également le cas de la prohibition de la discrimination inscrite à l'article 1^{er} du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme²⁷⁸ qui interdit les discriminations dans « la jouissance de tout droit prévu par la loi ». Enfin, le Comité des droits de l'homme des Nations unies considère que l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans la mesure où il prévoit que « la loi doit interdire toute discrimination », ne s'applique pas uniquement en relation aux droits consacrés par le Pacte²⁷⁹.



111. Les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés dont l'applicabilité matérielle n'est pas limitée trouvent donc, le plus souvent, leur source au niveau national. Des conséquences, liées à l'hypothèse que des exigences substantielles d'égalité transnationales puissent découler directement de ces dispositions d'égalité, pourront en être tirées après avoir vérifié que, inversement, les dispositions dont l'applicabilité *rationae materiae* est limitée trouvent souvent leur source au niveau supranational.

2) Une applicabilité généralement limitée au niveau supranational

112. La plupart des conventions et des traités internationaux limitent le champ d'application

²⁷⁷ V. les considérations développées *supra*, § 93 et spéc. la note n° 251.

²⁷⁸ Il convient de rappeler que ce texte n'a pas été ratifié pour l'heure ni par la France ni par l'Italie.

²⁷⁹ CDH, 3 avril 1989, n° 196/1985, *Gueye et a. c. France*, AFDI, 1989, p. 424, note G. Cohen-Jonathan, *RUDH*, 1989, p. 62. Sur ce point v. E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *op. cit.*, § 32, qui souligne que « [c]ontrairement à l'article 2 § 1 du même texte, l'article 26 PIDCP consacre un principe indépendant et généralisé de non-discrimination. Ainsi en a jugé le Comité des droits de l'homme des Nations Unies afin de conférer logiquement un effet utile à cette disposition » (l'auteur cite la décision). L'auteur continue en expliquant qu'« [e]n d'autres termes, l'égalité de traitement est invocable dans le bénéfice de n'importe quel droit ou avantage, et pas seulement dans la jouissance des droits et libertés par ailleurs consacrés dans le texte ». V. également F. SUDRE, « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Les communications individuelles, Actes du colloque de Montpellier des 6 et 7 mars 1995*, IDEDH, Montpellier, 1995, pp. 38-39 ; M.-T. LANQUETIN, « Discrimination », *Rép. trav.*, actualisé en janvier 2019, point 4.

matériel des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés qu'ils consacrent. Par exemple, pour que l'article 14 de la CESDH soit violé, la discrimination doit s'inscrire dans le cadre du respect des droits de l'homme et libertés consacrés par la Convention²⁸⁰. Le champ d'application matériel de ce texte, et contrairement à l'article premier du Protocole n° 12 à la Convention précédemment évoqué, est limité car il permet de sanctionner uniquement les « applications différentielles d'un [autre] droit »²⁸¹ consacré par la Convention. Il a cependant une portée autonome, car son applicabilité ne dépend pas de la violation d'un autre droit garanti²⁸². Cette exigence est par ailleurs interprétée de manière souple par la Cour²⁸³. La Convention contient également des prohibitions ponctuelles de discriminations, qui renforcent cette interdiction relativement à des critères et à des champs matériels précis. Par exemple, l'article 5, Protocole n° 7 CESDH, adopté le 22 novembre 1984, peut être interprété comme faisant, entre autres, référence à l'égalité de l'homme et de la femme dans le cadre du mariage²⁸⁴.

113. La prohibition de la discrimination posée par le droit de l'Union européenne et le principe d'égalité mis en exergue par la Cour de justice²⁸⁵ voient par leur nature leur applicabilité matérielle limitée par le champ d'application du droit de l'Union²⁸⁶. Ces dispositions d'égalité

²⁸⁰ CEDH, 28 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, préc. ; CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, § 32, *RTD civ.*, 1997, p. 542, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁸¹ G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, op. cit., p. 15.

²⁸² V., entre autres, CEDH, 28 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, préc. ; F. SUDRE, L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 424 ; P. VEGLERIS, « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. I, Bruylant-LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, pp. 575-580.

²⁸³ La Cour a considéré que pour que l'art. 14 puisse être invoqué, il suffit que « la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire du texte qui se combine avec l'art. 14 » (CEDH, 23 novembre 1983, *Van der Mussele*, req. n° 8919/80, § 43, *Cah. Dr. Eur.*, 1986, p. 204, obs. G. Cohen-Jonathan, *JDI*, 1985, p. 222, obs. P. Rolland, T. Tavernier ; 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, *GACEDH*, n° 4 ; 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, req. n° 13580/88, § 22, *AJDA*, 1995, p. 212, chron. J.-F. Flauss). Sur ces points, nous renvoyons aux développements exhaustifs fournis par E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », op. cit., §§ 23 et 24 et par F. SUDRE, L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 427-429.

²⁸⁴ Nous avons déjà vu comment les exigences d'égalité posées relativement à un critère précis peuvent être apparentées à des interdictions de discriminations. V. *supra* § 91.

²⁸⁵ Si les deux expressions sont parfois utilisées comme synonymes par la Cour de justice, elle a cependant bien précisé que la prohibition de discriminations « n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité ». V. *supra*, § 86 et spéc. la jurisprudence citée dans les notes n°s 231 à 233.

²⁸⁶ V. en ce sens K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *Cah. Dr. Eur.*, n° 1-2, 1991, p. 7. La Cour de justice a cependant tendance à s'appuyer sur le principe d'égalité afin de se prononcer sur des affaires se situant à la limite de la compétence de l'Union. V., e.a., l'exemple tiré de l'arrêt *K. B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of the State For Health* du 7 janvier 2004, n° C-117/01, rec. P. I-541, fourni par Monsieur GERVASONI. L'auteur met en exergue que la Cour s'est prononcée sur la conformité d'une disposition nationale au principe d'égalité alors que la législation concernait l'état civil (S. GERVASONI, « Le principe d'égalité et de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », op. cit., p. 100).

ne s'appliqueront en effet pas aux situations purement internes à un seul État membre au sens du droit européen²⁸⁷. Cette limitation couvre également les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en raison de la limitation du champ d'application matériel définie à l'article 51 § 2²⁸⁸.



114. La plupart des prohibitions de discriminations en raison de critères déterminés inscrites dans des textes supranationaux ont donc un champ d'application matériel limité. Cette seconde tendance, combinée avec la première, amène à mettre en lumière une certaine réticence des États à souscrire à des dispositions prohibant la discrimination fondée sur des critères spécifiques qui limitent la liberté des législateurs nationaux de considérer des situations comme différentes et, plus généralement, de les traiter de manière différente dans tout domaine du droit. La volonté de conserver des différences de traitement dans certains pans du droit national peut ainsi fournir une explication de ce phénomène. Cela nous conduira à relativiser le caractère potentiellement transnational des exigences substantielles d'égalité qui découleraient des dispositions prohibant des discriminations en raison de critères déterminés, dans l'hypothèse où l'admissibilité de dérogations à leur respect était exclue.

B) La volonté de conserver des différences de traitement

115. Des tendances distinctes dans les consécutions des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés par les États ou dans la souscription de telles dispositions d'égalité consacrées dans des sources supranationales ont pu être mises en évidence. Au niveau national, les autorités consacrent souvent des dispositions prohibant la

²⁸⁷ V. à ce propos, F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, op. cit., p. 128 ; E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », op. cit., § 25, citant l'arrêt CJCE, 18 juin 1991, *ERT c. DEPSK*, aff. C-260/89, rec. CJCE 1991, I, p. 2925.

²⁸⁸ L'article 51 de la Charte dispose que : « 1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. 2. Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci ». La Cour de justice a précisé dans l'arrêt *Åkerberg Fransson* rendu le 26 février 2013, aff. C-617/10, que le § 1 de cet article ne doit pas recevoir une lecture restrictive. Ainsi, la Charte continue d'être applicable dès lors qu'« une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union » (point 21) conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour. Sur le débat doctrinal relatif à l'interprétation de l'art. 51 § 1 de la Charte, v. N. LAZZERINI, « Il contributo della sentenza *Åkerberg Fransson* alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea », *RDI*, n° 3, 2013, pp. 883-912, spéc. §§ 3-5 ; L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICAUD (dir.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe*. Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, op. cit., pp. 643-658.

discrimination en raison de critères déterminés dont l'applicabilité matérielle n'est pas limitée. Au contraire, les prohibitions qui ont tendance à être adoptées au niveau international et souscrites par les États ont une applicabilité matérielle limitée. Des remarques méritent d'être avancées à ce propos. Il a en effet été possible de montrer que les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés permettent de prédéterminer la comparabilité des situations pour lesquelles ces règles d'égalité sont applicables. Nous avons également pu constater que cette caractéristique constitue une spécificité de ce type de disposition d'égalité. Ainsi, lorsqu'un État s'engage à ne pas discriminer des individus en fonction de critères précisément définis, les législateurs perdent une partie de leur liberté dans le cadre de l'analyse de la comparabilité des situations et potentiellement dans la prévision du traitement à réserver à ces situations. Par exemple, lorsqu'une disposition prohibant la discrimination en raison du sexe est expressément consacrée, les hommes et les femmes doivent en principe faire l'objet du même traitement. Seule la démonstration du fait que la différence de traitement n'est pas axée sur ce critère permettra éventuellement d'échapper à la sanction en cas de contrôle juridictionnel. Alternativement, il sera nécessaire de s'appuyer sur des éléments permettant de considérer que la différence de traitement est justifiée.

116. En revanche, si un État ne souscrit pas à ou ne consacre pas une disposition prohibant la discrimination en raison du sexe, l'analyse de la comparabilité effectuée par le législateur demeure libre. Ce dernier pourrait prévoir un traitement différent pour les hommes et pour les femmes²⁸⁹. Une différence de traitement peut donc être plus aisément conservée en l'absence de consécration de dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés, plutôt qu'en présence de celles-ci.

117. Cet élément permet de comprendre que lorsque la non-discrimination entre les sexes est considérée elle-même comme une valeur absolue dans un ordre juridique, le législateur évite d'adopter des lois introduisant des différences de traitement entre les hommes et les femmes. Or, si tel est le cas, la prohibition de la discrimination en raison du sexe sera probablement consacrée au niveau national. Dans ce cas alors, la ratification d'une convention internationale consacrant la même règle sans limitation dans son applicabilité matérielle ne fera que reprendre les exigences que l'ordre juridique lui-même s'est fixées. Lorsqu'en revanche cette prohibition n'est pas analysée comme une valeur absolue dans l'ordre juridique, cela signifie que le législateur continue de considérer comme nécessaire d'introduire des différences de traitements

²⁸⁹ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, op. cit., p. 9, § 13 et p. 11, § 15.

entre les hommes et les femmes, du moins, dans certains domaines. Cette considération permet alors de comprendre pourquoi les conventions internationales consacrent rarement des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés à l'applicabilité matérielle illimitée, à moins que la possibilité pour les États d'émettre des réserves ne soit admise. Lorsqu'un législateur souscrit à ces dispositions d'égalité, en effet, il limite sa liberté d'introduire des différences de traitement sans que le principe d'égalité ne puisse être considéré comme violé. Or, ce dernier n'aura pas intérêt à le faire tant que le législateur tend à considérer que des différences de traitement entre certaines catégories juridiques sont légitimes ou nécessaires dans certains domaines du droit, tels que, par exemple, le droit de la famille.

118. L'analyse de la réception de la CEDEF par les États conforte cette lecture. Ce texte, consacrant une prohibition de la discrimination en raison du sexe dont l'applicabilité matérielle n'est pas limitée, a, certes, reçu un nombre très élevé de ratifications. Tout aussi impressionnant est cependant le nombre d'États ayant formulé des réserves à la ratification ou à l'adhésion à ce texte qui s'élève encore aujourd'hui à 42% des États liés par la Convention²⁹⁰.

119. De même, il convient de remarquer que la disposition prohibant toute discrimination inscrite à l'article 1^{er} du Protocole n° 12 de la CESDH n'a été ratifiée que par 9 États membres de l'Union européenne²⁹¹. La France et l'Italie n'en font d'ailleurs pas partie. L'article 26 PIDCP a été interprété par le Comité des droits de l'homme des Nations unies comme consacrant un principe indépendant et généralisé de non-discrimination²⁹². Or, Monsieur DUBOUT fait remarquer que « les autorités françaises refusent pour le moment [...] d'interpréter l'article 26 PIDCP de la même manière que le Comité²⁹³ [...] ». Il considère que « [l']explication à cette hostilité persistante à l'égard d'un principe indépendant de non-discrimination doit probablement être trouvée dans la réticence à admettre un contrôle externe

²⁹⁰ Plus précisément, sur 189 États ayant ratifié la Convention, 79 ont émis des réserves. Cf. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_fr [dernière consultation le 23 mai 2019]. Il en va de même pour la Convention internationale des droits de l'enfant, ratifiée ou signée par la quasi-totalité des pays du monde. Cependant, comme Madame ZANOBETTI le souligne, « le nombre élevé de réserves, certaines desquelles à caractère très général, [...] soulève [...] la question fondamentale de l'universalité des standards posés par la Convention (A. ZANOBETTI, « La Dichiarazione universale dei diritti umani e la protezione e promozione dei minori », *op. cit.*, p. 399).

²⁹¹ Il s'agit notamment de l'Espagne, de Chypre, de la Croatie, de Malte, du Luxembourg, des Pays-Bas, du Portugal, de la Roumanie et de la Slovaquie. V. le site du Conseil de l'Europe, à l'adresse https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=lpkD533w [dernière consultation le 16 novembre 2020].

²⁹² V. *supra*, § 214.

²⁹³ V. CE, Ass., avis, 15 avril 1996, *M. Doukouré*, n° 176399, *AJDA*, 1996, p. 565 ; CE, 9 février 2001, *Soubeyrand*, n° 196040 ; CE, 7 juin 2006, *AIDES et GISTI*, n° 285576. Plus récemment, v. CE, 13 juin 2016, n° 372721, *AJDA*, n° 22, 2016, p. 1210.

dans la sphère sensible de l'allocation et la répartition des avantages sociaux »²⁹⁴.

Cette réticence dérive plus précisément à notre avis du fait que la manière de concevoir l'égalité n'est pas la même à travers les ordres juridiques et que les raisons poussant ces derniers à traiter ces catégories d'individus de manière différente peuvent être innombrables, variables en fonction du domaine du droit, de l'époque, de la culture, etc. L'analyse de ces facteurs sera développée et centrée sur l'étude du droit de la famille dans un second temps²⁹⁵. Pour l'instant, il suffira de relever qu'elle permettra de confirmer cette lecture puisqu'un lien de subordination de la détermination des contenus à l'égalité en matière familiale à la conception nationale de la famille pourra être mis en exergue.

120. Cette réserve se justifie, par ailleurs, en dépit de la possibilité d'admettre des dérogations au respect des dispositions d'égalité en matière familiale qui va être présentement analysée. Il convient en effet de rappeler que les chances qu'une différence de traitement soit considérée comme conforme au principe d'égalité sont grandes tant que l'autorité nationale demeure libre de considérer que deux situations sont dissemblables²⁹⁶. Cela peut suffire en effet à légitimer une différence de traitement. Seulement dans le cas où les situations ne seraient pas considérées comme différentes par l'autorité de contrôle, il serait nécessaire de justifier l'admission d'une dérogation au respect de la disposition d'égalité. Lorsqu'il s'agit de garantir une prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés, en revanche, il ne sera pas possible d'arguer la différence des situations. Il sera alors nécessaire de justifier le but poursuivi par la règle de droit examinée, ainsi que la proportionnalité entre la différence introduite et ce dernier. Or, la justification de telles différences de traitement peut s'avérer ardue, notamment lorsque les juridictions de contrôle posent des standards de contrôle strict.



121. Il découle de ce qui précède que la plupart des dispositions d'égalité ne définissent pas quelles situations doivent être considérées comme comparables ou comme différentes. Tel est notamment le cas du principe d'égalité des droits, du principe d'égalité devant la loi pris dans

²⁹⁴ E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *op. cit.*, § 32. V. cependant Cass. fr., Soc. 6 juillet 2005, n° 03-47249, Bull. civ. V, n° 236, en matière d'aménagement et de réduction du temps de travail. Dans cet arrêt, la Cour de cassation n'a pas discuté le caractère indépendant de l'article 26. Elle en a néanmoins exclu la violation en soulignant la possibilité de déroger à l'exigence d'égalité pour des motifs impérieux d'intérêt général. À ce propos v. M. BONNECHÈRE, « Vers une consolidation jurisprudentielle du droit international des droits de l'Homme », *Dr. ouvrier*, n° 1, 2006, p. 1, disponible sur le site http://www.ledroitouvrier.cgt.fr/IMG/pdf/200601_doctrine_bonnechere.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].

²⁹⁵ V. *infra*, § 418 et s.

²⁹⁶ V. *supra*, § 116.

son acception extensive ainsi que des dispositions prohibant toute discrimination. Ainsi, le fait que la règle de l'égalité de traitement que ces dispositions sous-entendent exige le traitement identique des situations comparables ne permet pas concrètement de savoir quelles situations feront l'objet d'un même traitement dans un ordre juridique donné.

En revanche, les dispositions prohibant les discriminations fondées sur des critères déterminés impliquent de considérer que les situations qu'elles couvrent sont comparables. Elles doivent donc en principe faire l'objet d'un traitement identique. Néanmoins, nous allons voir à présent que des dérogations à ces dispositions d'égalité sont admissibles. De plus, à supposer même que l'admissibilité des dérogations soit exclue, il a été exposé que les États ne s'engagent pas tous à éliminer les mêmes discriminations dans les mêmes domaines et que là où cet engagement n'est pas pris, cela témoigne de la volonté de conserver des différences de traitement. Le caractère transnational des exigences substantielles qui pourraient découler des dispositions prohibant les discriminations en raison de critères déterminés serait ainsi limité aux matières où plusieurs ordres juridiques s'engagent à ne pas fonder sur un même critère des différences de traitement.

122. Cette hypothèse est cependant davantage limitée, et même invalidée, en ce qui concerne les ordres juridiques français et italien au regard des interdictions des discriminations d'origine aussi bien nationale que supranationale en matière familiale. Les dérogations à ces dispositions d'égalité sont en effet toujours admissibles dans ce cadre.

Section 2) Des exigences substantielles non dictées par les dispositions prohibant la discrimination

123. Nous avons vu que les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés sont les seules dispositions d'égalité précisant quelles catégories d'individus doivent être considérées comme comparables. Cela nous a amenée à nuancer nos conclusions relatives à l'impossibilité de tirer directement de ces dispositions d'égalité les exigences substantielles d'égalité. Rappelons à cet égard qu'une possibilité en ce sens impliquerait de considérer que les contenus de l'égalité découlant de ces dispositions devraient logiquement être définis par l'ensemble des ordres juridiques prohibant les mêmes discriminations en raison d'un même critère. Il serait ainsi possible de considérer que certaines exigences substantielles d'égalité sont transnationales, du moins dans la mesure de l'internationalité des dispositions d'égalité dont elles découleraient.

124. **L’admissibilité de dérogations.** - La prédétermination de la comparabilité des situations couvertes par les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés ne suffit cependant pas à considérer que ces dernières définissent de manière univoque les exigences substantielles d’égalité qui en découlent. La possibilité d’admettre des justifications aux différences de traitement des situations comparables constitue, en effet, l’autre élément empêchant de tirer des contenus substantiels directement des dispositions d’égalité. En effet, comme Madame ROBIN-OLIVIER le souligne, « [...] la prise en compte des "justifications objectives" des différences de traitement peut conduire à des solutions variées, qui correspondent à autant de conceptions de l’égalité »²⁹⁷. Cela signifie que malgré l’imposition de la comparabilité de certaines catégories par les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés, le traitement différent de ces catégories peut encore être considéré comme conforme à ces dernières. Seule l’exclusion de toute possibilité de déroger à ces dispositions d’égalité conduit à savoir, par avance, que le traitement différent de certaines situations qu’elles couvrent sera considéré comme illicite.

125. **La condition de la transnationalité des exigences substantielles d’égalité.** - Ainsi, il serait possible de tirer des contenus substantiels de l’égalité directement des dispositions prohibant des discriminations en raison de critères déterminés uniquement s’il s’avérait que les dérogations à leur respect sont exclues. Seulement dans ce cas il serait possible de considérer que des exigences substantielles d’égalité sont transnationales, car elles devraient être prévues par tout ordre juridique prohibant les discriminations fondées sur les critères expressément mentionnés.

Dans le cas contraire, l’admissibilité de dérogation ne permettrait pas d’éliminer l’incertitude quant au fait qu’un ordre juridique requiert concrètement que deux situations soient traitées de manière identique. En effet, si la comparabilité de ces dernières découle de la disposition prohibant la discrimination en raison du critère en cause, il est encore possible de traiter ces situations de manière différente si l’on considère qu’un motif vient légitimer la différence de traitement.

126. **La potentielle inefficacité de l’article 38 des règlements européens n^{os} 2016/1103 et 2016/1104.** - Cela nous conduit d’ailleurs à souligner la potentielle inefficacité de l’article 38

²⁹⁷ S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d’égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, op. cit., p. 24.

des deux règlements européens relatifs aux rapports patrimoniaux entre époux²⁹⁸ et entre partenaires²⁹⁹. Cet article dispose, dans les deux textes, que la non-reconnaissance des jugements rendus par les États membres de l'Union européenne dans les matières couvertes par ces règlements doit avoir lieu « dans le respect des droits et principes fondamentaux consacrés par la Charte, et notamment son article 21 relatif au principe de non-discrimination ». Or, l'intention des rédacteurs était celle d'imposer le respect du principe de non-discrimination notamment en raison du sexe et de l'orientation sexuelle³⁰⁰ et d'amener, par exemple, les juges à ne pas refuser la reconnaissance de jugements rendus dans les autres États membres en raison du fait que dans leur ordre juridique des prérogatives sont refusées aux couples de même sexe en matière familiale. En effet, c'est l'orientation sexuelle du couple qui détermine parfois si ce dernier a le droit de conclure un partenariat. Certains pays, dont l'Italie, n'ouvrent en effet ce droit qu'aux couples de même sexe³⁰¹.

127. Il convient cependant de considérer que la formulation de l'article 38 de ces règlements n'assure pas ce résultat. Rappelons en effet que chaque État considère que sa législation nationale est conforme aux dispositions d'égalité qu'ils garantissent. Comme nous allons le voir, les différences de traitement peuvent être considérées comme justifiées par la protection d'un intérêt légitime défini par les autorités nationales elles-mêmes. Tel qu'il résulte de sa rédaction actuelle, l'article 38 de ces règlements n'empêche ainsi pas, par exemple, le juge italien de refuser de reconnaître les effets d'un partenariat conclu entre personnes de sexe opposé à l'étranger. L'exclusion des couples de sexe opposé de l'accès à ce type d'union en droit italien témoigne en effet de la volonté de continuer à considérer le mariage comme la forme de conjugalité par excellence, en sachant que la définition que l'ordre juridique italien en donne demeure limitée aux unions entre hommes et femmes³⁰². Cela permet ainsi de considérer que le couple de même sexe se trouve dans une situation différente par rapport au

²⁹⁸ Règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (par la suite règlement « Régimes matrimoniaux »).

²⁹⁹ Règlement (UE) n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (par la suite, règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »).

³⁰⁰ En ce sens, L. USUNIER, « Libre, mobile, divers : le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne », *RTD civ.*, n° 4, 2016, pp. 806-813, spéc. p. 813 ; P. LAGARDE, « Règlement n° 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux – Loi applicable », § 124, *Rép. Dr. Int.*, actualisé en janvier 2019 ; E. GALLANT, « Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples », *Europe*, n° 3, 2017, étude 3, § 35.

³⁰¹ V. art. 1^{er} al. 2 loi it. 20 mai 2016 n° 76, préc.

³⁰² M. RINALDO, « Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie », *op. cit.*, spéc. point 2, pp. 6-7 de la version PDF.

couple de sexe opposé, ce qui justifie l'exclusion des couples homosexuels de l'accès aux unions civiles³⁰³. Le but, d'ailleurs, n'était pas de créer une nouvelle forme de conjugalité, mais d'assurer une protection juridique aux couples de même sexe, en « raccourci[ssant] [...] la distance par rapport à la réglementation des couples mariés »³⁰⁴, tout en évitant d'englober la relation entre personnes de même sexe dans la notion de famille³⁰⁵.

Nous sommes ainsi d'avis que la condition de l'effectivité de l'article 38 est que la Cour de justice décide d'exclure l'admissibilité des justifications des discriminations visées par cette disposition.

128. En somme, l'internationalité des consécration des dispositions prohibant la discrimination en raison de certains critères ne peut pas être un gage de l'internationalité des exigences substantielles d'égalité tant que l'admissibilité de dérogations n'est pas exclue. Afin de savoir si les contenus de l'égalité qui découlent des dispositions prohibant la discrimination fondée sur des critères déterminés peuvent être considérés comme transnationaux, il est alors nécessaire de savoir si des dérogations au respect de ces dispositions sont admises.

129. **Des exclusions des dérogations hors de la matière familiale.** - Or, certains textes excluent la possibilité de déroger à des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés. Tel est par exemple le cas de la prohibition de la discrimination en raison du sexe en matière de rémunération inscrite dans la directive 2006/54/CE³⁰⁶ à l'article 4. La même exclusion est prévue pour les discriminations directes interdites par l'article 1^{er} de la directive 2000/78/CE³⁰⁷ et par l'article 1^{er} de la directive 2000/43/CE³⁰⁸. Parfois, l'impossibilité de déroger aux dispositions prohibant la discrimination est prévue au niveau jurisprudentiel. Le rapport de la Cour de cassation de 2008, concernant les discriminations, observe que les discriminations fondées sur les critères explicités, c'est-à-dire la religion, la race et l'origine ethnique sont indisponibles et que, partant, elles ne peuvent pas « être justifiée[s] par une raison supérieure puisque [leur] prohibition a précisément pour objet de protéger une valeur

³⁰³ *Ibid.*, p. 976 et s., spéc. point 2, p. 8 de la version PDF.

³⁰⁴ *Idem.*

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 976 et s., spéc. point 2, p. 12 de la version PDF.

³⁰⁶ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

³⁰⁷ V. art. 2 de la directive 2000/78/CE, du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

³⁰⁸ V. art. 2 de la directive 2000/43/CE, du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

supérieure »³⁰⁹. À la lumière de cet élément, l'hypothèse que nous avons initialement formulée, relative à l'incapacité des dispositions d'égalité à prédéterminer les exigences substantielles d'égalité dans un ordre juridique, mérite d'être nuancée. Lorsque toute justification des discriminations fondées sur certains critères est exclue, il est en effet possible de savoir par avance qu'une norme introduisant une différence de traitement couverte par la disposition d'égalité sera considérée comme contraire à celle-ci.

130. Néanmoins, dans le domaine qui nous occupe, à savoir le droit de la famille, la possibilité de justifier des discriminations n'a pas été exclue. Il sera possible de vérifier cette affirmation relativement aux juridictions compétentes pour définir, à côté du législateur, les exigences substantielles de l'égalité dans les droits de la famille français et italien. Il conviendra ainsi d'analyser la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle italienne, compétents afin de vérifier le respect des dispositions d'égalité de source nationale, et plus particulièrement constitutionnelle. À l'égard du contrôle de conformité des droits de la famille aux dispositions d'égalité de source supranationale, il conviendra en revanche d'analyser la jurisprudence des juridictions judiciaires françaises³¹⁰ et de la Cour constitutionnelle italienne³¹¹, compétentes pour vérifier la conventionnalité des lois³¹². Il conviendra également d'analyser la jurisprudence des juridictions supranationales compétentes pour vérifier la conformité des normes internes aux textes qu'elles protègent, et notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice³¹³.

³⁰⁹ Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, op. cit., p. 87.

³¹⁰ Compétentes à cet égard depuis l'arrêt *Jacques Vabre*, Cass. fr., Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13556, D. 1975 p. 497, concl. A. Touffait.

³¹¹ V. C. const. it., 22 octobre 2007, n°s 348/2007 et 349/2007 ; S. M. CICCONE, « Creazione indiretta del diritto e norme interposte », *Giur. Cost.*, 2008, n° 1, p. 565 et s. ; C. ZANGHÌ, « La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione : le sentenze n. 347 e 348 del 2007 », *Consulta Online*, Studi, revue en ligne, 2007, disponible sur le site <http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm> [dernière consultation le 16 novembre 2020] ; A. RUGGERI, « La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sentt. nn. 348/2007 e 349/2007) », *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2007, revue en ligne, disponible sur le site http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0001_ruggeri_nota_348_349_2007.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020]. V. également M. G. LUCCIOLI, « Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte costituzionale, Corte di cassazione) sui profili esistenziali della famiglia », contribution présentée lors de la conférence *Persona e comunità familiare*, Salerno, le 28 et 29 septembre 2012, disponible sur le site http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/convpersona_luccioli_giurisprudenza.pdf, [dernière consultation le 16 novembre 2020]. V. les développements à ce sujet *infra*, § 230.

³¹² Le contrôle de la conventionnalité des lois sera analysé de manière plus approfondie par la suite. V. *infra*, § 230.

³¹³ Le contrôle du respect des dispositions d'égalité en matière familiale opéré par les juridictions européennes fera l'objet d'une analyse critique au cours de la deuxième partie de cette étude, lorsque nous procéderons à la recherche des facteurs guidant ces dernières dans leur travail de définition des exigences substantielles d'égalité (v. *infra*, §

131. Cette analyse est nécessaire dans la mesure où, s'il s'avérait que certaines juridictions excluent la possibilité d'admettre de dérogations au respect de la prohibition de la discrimination en matière familiale, certaines exigences substantielles d'égalité pourraient être directement tirées de la prohibition de la discrimination fondée sur le critère mentionné.

Inversement, la constatation du fait qu'aucune juridiction n'exclut la possibilité de déroger à une prohibition de discrimination en raison d'un critère donné confirmerait l'impossibilité de tirer les contenus de l'égalité directement de ces dispositions.

132. Or, l'analyse des cas dans lesquels une telle possibilité a été admise par les juridictions compétentes pour vérifier la conformité des normes françaises et italiennes aux dispositions d'égalité nous amène à conclure que la possibilité de déroger à l'égalité n'est jamais exclue *a priori* en matière familiale. L'analyse des cas d'admission des justifications aux différences de traitement de situations comparables qui va suivre va ainsi confirmer qu'en ce domaine du droit les exigences substantielles d'égalité ne découlent pas directement des dispositions d'égalité, y compris de celles qui prohibent la discrimination. Il n'est, en effet, pas possible de savoir à l'avance si un ordre juridique choisira de traiter de manière identique ou différente deux situations, et ce, en dépit de leur comparabilité, tant que des dérogations à la règle de l'égalité de traitement sont admissibles. Il ne sera donc pas possible de considérer que l'internationalité des dispositions prohibant la discrimination en raison de certains critères implique que les contenus de l'égalité qui les concrétisent doivent être les mêmes dans tous les ordres juridiques qui prohibent les discriminations en raison des mêmes critères dans les mêmes domaines.

133. Chaque juridiction compétente pour vérifier la conformité des normes internes françaises et italiennes du droit de la famille aux dispositions d'égalité admet des dérogations. La présentation de ces admissions sera ici ciblée, dans la mesure du possible, sur les dérogations aux prohibitions des discriminations en raison de critères déterminés. Seules ces dispositions d'égalité permettent en effet, comme cela a été montré, de prédéterminer les catégories d'individus devant être considérées comme se trouvant dans des situations comparables. Si la possibilité de déroger à ces dispositions était exclue, une exception à l'impossibilité de tirer directement des normes d'égalité les exigences substantielles d'égalité définies par les ordres juridiques serait caractérisée. Ces contenus seraient ainsi partagés dans l'ensemble des ordres juridiques prohibant les discriminations en raison des mêmes critères préétablis et pour

625 et s.). Par la suite, dans la troisième partie de cette étude nous analyserons les conditions auxquelles l'exigence de respecter les contenus substantiels d'égalité définis au niveau supranational conduit à la continuité des situations créées à l'étranger (*infra*, § 1198 et s.).

lesquelles l'admissibilité de dérogations est exclue.

134. L'analyse tour à tour de la jurisprudence des juridictions nationales et supranationales permet ainsi de vérifier si certaines d'entre elles excluent ces dérogations. Si par exemple tel s'avérait être le cas aussi bien au niveau français qu'italien relativement à un critère de discrimination, il en ressortirait que les exigences substantielles d'égalité découlant de cette disposition d'égalité seraient les mêmes dans ces deux ordres juridiques. Si en revanche tel était le cas dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice, ces contenus de l'égalité seraient partagés par l'ensemble des ordres juridiques appartenant au Conseil de l'Europe ou à l'Union européenne³¹⁴.

135. La possibilité de justifier les discriminations, au contraire, ne permet pas d'éliminer les incertitudes quant au traitement identique ou différent de deux situations qui pourrait être prévu par un ordre juridique. Cette incertitude empêcherait ainsi de considérer que les ordres juridiques définissent les mêmes exigences substantielles d'égalité au nom des mêmes dispositions prohibant des discriminations. Cela amènerait ainsi à remettre en cause les limitations à la continuité des situations qui ont lieu en droit international privé de la famille au nom de l'internationalité des dispositions d'égalité.

136. Or, il convient de montrer que les juridictions françaises, italiennes et européennes n'excluent pas la possibilité de déroger à la prohibition la discrimination en raison de critères spécifiques, pertinents en matière familiale. Plusieurs critères seraient en principe pertinents, et notamment le sexe, la religion, l'orientation sexuelle, la naissance ou encore l'âge et la race. Trois seulement d'entre eux ont cependant été, ou sont aujourd'hui, invoqués. Il s'agit plus particulièrement du critère du sexe, de la naissance et de l'orientation sexuelle. C'est donc relativement à ces critères que des exemples de justifications des discriminations seront prioritairement recherchés. Cela nous permettra en effet de fournir le plus vaste éventail possible de démonstrations de l'impossibilité de prédéterminer les contenus de l'égalité en matière familiale sur le fondement des dispositions interdisant des discriminations. L'analyse relative à l'admissibilité des dérogations aux dispositions prohibant la discrimination en raison des critères du sexe, de la naissance et de l'orientation sexuelle aura ainsi pour objet la jurisprudence des juridictions compétentes au niveau national (§1) et au niveau européen (§2).

³¹⁴ Rappelons en effet à cet égard que la Convention européenne impose textuellement l'obligation pour les États de se conformer aux arrêts de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties (art. 46 CESDH). Une « autorité de la chose interprétée » se dégage par ailleurs de la jurisprudence de la Cour. V. *supra*, la note n° 131.

§1) L'admissibilité des dérogations au niveau national

137. Deux sortes de contrôles de la conformité des normes nationales aux dispositions d'égalité sont opérés au niveau national français et italien. Il s'agit du contrôle de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois. Il conviendra alors de rechercher si, dans ces deux cadres, les juridictions françaises **(I)** et italiennes **(II)** compétentes excluent l'admission de dérogations au respect des dispositions prohibant la discrimination en raison des critères qui ont pu être invoqués en matière familiale, à savoir la naissance, le sexe et l'orientation sexuelle.

I) Dérogations dans le cadre du contrôle de la conformité de la loi interne française aux dispositions d'égalité

138. En France, le Conseil constitutionnel opère le contrôle de la constitutionnalité des lois³¹⁵ **(A)**. Le contrôle de la conventionnalité est en revanche opéré par le juge judiciaire³¹⁶ et administratif³¹⁷. Néanmoins, dans la mesure où notre analyse porte sur les discriminations en droit de la famille, il sera suffisant d'analyser la jurisprudence du juge judiciaire français relative à l'analyse de la conventionnalité des lois **(B)**. C'est donc relativement à ces deux contrôles qu'il sera possible de rechercher si les juges excluent l'admission de dérogations aux dispositions prohibant la discrimination en matière familiale.

A) Le contrôle de la constitutionnalité des lois

139. **Deux techniques possibles de légitimation de la différence de traitement.** - Le Conseil constitutionnel français emploie deux techniques afin de légitimer des différences de traitement des situations prévues par le législateur. Il peut se fonder sur l'existence d'un motif légitime justifiant le traitement différent des situations comparables. Alternativement, il peut simplement exclure la comparabilité des situations et, par ricochet, l'exigence d'un traitement identique pour deux situations. Il convient de s'attarder sur chacune de ces deux techniques de contrôle.

140. **La possibilité de justifier le traitement différent des situations comparables.** - Le

³¹⁵ C. const. fr., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, GDCC, n° 17.

³¹⁶ Cass. fr., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, n° 73-13556, préc.

³¹⁷ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, Lebon 190, concl. B. Frydman.

Conseil a considéré dès 1979 que le traitement différent des situations égales pouvait être validé par les juges « lorsque cette non-identité est justifiée »³¹⁸. Par la suite, la formule devenue classique dans la jurisprudence du Conseil retient que le législateur peut déroger « à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que [...] la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »³¹⁹. La doctrine souligne que le fondement textuel d'une telle possibilité de déroger à la disposition d'égalité peut être trouvé en l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui précise que « les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »³²⁰. Toutefois, le Conseil constitutionnel français n'a pendant longtemps pas fait référence à ce texte, qui n'est apparu dans la jurisprudence de la juridiction que dans trois décisions à partir de 2006³²¹. Cela laisse imaginer qu'en France, comme ailleurs, l'intérêt général permet de déroger aux règles et principes de valeur équivalente ou inférieure, y compris certaines expressions des dispositions d'égalité, indépendamment d'un fondement textuel³²². La référence au principe d'égalité ne peut en ce sens pas être détachée de l'admissibilité de principe des dérogations.

141. La légitimation *ab initio* de la différence de traitement : l'analyse des situations comme étant différentes. - En se fondant sur l'exigence d'identité de traitement, le Conseil ouvre la voie à une seconde possibilité d'admettre des différences de traitement. Il s'agit de la possibilité de traiter de manière différente les situations différentes. Or, nous avons vu qu'en dehors des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés, l'analyse de la comparabilité des situations n'est pas imposée par les dispositions d'égalité elles-mêmes. Ainsi, confronté à un traitement différent de deux situations par le législateur, le Conseil est libre de considérer que les situations en cause sont différentes et de légitimer *ipso facto* la différence de traitement. La recherche d'un motif d'intérêt général justifiant le traitement différent devient, ce faisant, superflue. Or, c'est précisément en suivant ce raisonnement que le juge constitutionnel légitime habituellement les différences de traitement prévues par le

³¹⁸ C. const. fr., 17 janvier 1979, n° 78-101 DC, *Loi portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du Code du travail relatives aux conseils de prud'hommes*.

³¹⁹ Cf. C. const. fr., 7 janvier 1988, n° 87-232 DC, préc. ; C. const. fr., 9 avril 2015, n° 2015-463 QPC, *M. Kamel B. et autre [Direction d'une entreprise exerçant des activités privées de sécurité - Condition de nationalité]* ; C. const. fr., 17 septembre 2015, n° 2015-482 QPC, *Société Gurdebeke SA [Tarifs de la taxe générale sur les activités polluantes portant sur les déchets non dangereux]*, spéc. point n° 7. Jurisprudence constante.

³²⁰ Ainsi V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP G*, n° 23, 2010, doctr. 643, § 7 ; G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public, op. cit.*, p. 45.

³²¹ C. const. fr., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, préc., point n° 12 ; C. const. fr., 9 juillet 2010, n° 2010-13 QPC, préc., point n° 4 ; C. const. fr., 5 octobre 2012, n° 2012-279 QPC, préc., point n° 12.

³²² Nous verrons en effet que certaines manifestations de l'égalité, et notamment certaines prohibitions de discriminations, ont été considérées d'intérêt général par la jurisprudence, et comme telles insusceptibles d'être justifiées ou posant des exigences élevées à l'admission de la justification. V. *infra*, § 215.

législateur en matière familiale.

142. Le respect des choix législatifs en matière familiale. - Le Conseil constitutionnel français n'a pas participé à l'œuvre d'égalisation des époux et des enfants en droit interne, mais a eu l'occasion de se prononcer sur des différences de traitement prévues par la loi entre les couples de personnes de même sexe et de sexes différents. Le caractère récent de l'influence de la jurisprudence constitutionnelle en droit de la famille s'explique à la lumière du fait que la constitutionnalisation du droit privé a connu son véritable essor en 2010³²³, à partir de l'ouverture du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois³²⁴. Cette influence demeure cependant ténue en la matière. Lorsque le Conseil est appelé à contrôler la constitutionnalité des différences de traitement que le législateur a prévu en droit de la famille³²⁵, il cite en effet systématiquement l'article 34 de la Constitution, en rappelant que « la loi fixe les règles concernant "l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités" » et que « l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »³²⁶. Dans le cadre du contrôle du respect de l'article 6 de la Déclaration de 1789 en matière familiale le Conseil se fonde ainsi toujours sur l'article 34 de la Constitution pour considérer que la possibilité de prévoir des différences de traitement rentre dans les compétences que cette disposition attribue au législateur et qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle de ce dernier. Tel a été notamment le raisonnement suivi par le Conseil dans les deux affaires relatives à la constitutionnalité de différences de traitement des couples de même sexe, et notamment dans la décision relative à

³²³ V. loi fr. organique du 10 décembre 2009, n° 2009-1523 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; décret fr. du 16 février 2010, n° 2010-148 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

³²⁴ En ce sens N. MOLFESSIS, « La constitution, source du droit privé », *Pouvoirs*, n° 166, 2018, pp. 59-68, spéc. p. 61 et s.

³²⁵ Et plus généralement, lors de tout contrôle de la constitutionnalité des dispositions du droit de la famille. V. J.-F. DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ fam.*, n° 12, 2012, pp. 578-580 ; F. CHÉNÉDÉ, P. DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *NCCC*, n° 2, 2013, pp. 5-18. Cf. C. const. fr., 30 septembre 2011, n° 2011-173 QPC, *M. Louis C. et autres [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation]*, point 3, *AJ fam.*, 2011, p. 549, obs. F. Chénéde.

³²⁶ V. C. const. fr., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, point 5, *D.*, 2010, p. 2744, F. Chénéde ; C. const. fr., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*, point 5, *AJ fam.*, 2011, p. 157, obs. F. Chénéde, *D.*, 2011, p. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *RTD civ.*, 2011, p. 326, n. J. Hauser, *Dr. fam.*, 2011, comm. 32, n. R. Ouedraogo. V. également C. const. fr., 25 mars 2011, n° 2010-108 QPC, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, point 6 ; C. const. fr., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, point 14, *AJ Fam.*, 2013, p. 332, F. Chénéde, *RJPF*, 2013, n° 007/008, A. Zarca, *Dr. fam.*, 2013, comm. 98, p. 5, J.-R. Binet. V. également D. BUREAU, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, LGDJ, Paris, 2014, pp. 155-184.

l'impossibilité pour une personne non mariée d'adopter de manière plénière l'enfant de son compagnon³²⁷ ainsi qu'à l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe³²⁸. Sur la même base, le Conseil a validé la différence de traitement instituée par le législateur entre les couples mariés et non mariés par l'exclusion de ces derniers du droit à la pension de réversion³²⁹. Pareillement, la distinction introduite par le législateur entre l'adopté simple et l'adopté en la forme plénière par l'absence d'exonération des premiers du paiement des droits de mutation pour les transmissions à titre gratuit entre adoptants et adoptés a été validée par le juge constitutionnel³³⁰. C'est encore sur cette base que le Conseil a validé la différence de traitement instituée dans le cadre des effets du divorce, entre le débiteur d'une indemnité allouée à titre exceptionnel et celui de la prestation compensatoire. Seule la première dette ne pouvait en effet pas être révisée, contrairement à la seconde³³¹. Le Conseil a ainsi validé les différences de traitement prévues par le législateur en matière familiale.

143. Or, dans ces décisions, le Conseil n'a jamais recherché une justification de la différence de traitement. Cela dépend notamment du choix du fondement légal du contrôle effectué par le juge constitutionnel. Il s'agit, rappelons-le, de l'article 6 de la DDHC dont le Conseil tire une exigence de respect de la règle de l'identité de traitement des situations comparables. Or, cette disposition requiert d'analyser la comparabilité des situations, contrairement aux dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés. Le Conseil est ainsi libre de considérer que les situations ont été considérées comme différentes par le législateur et de valider les dispositions en cause, sans rechercher la justification de ce traitement dans les buts poursuivis par la loi. Ce raisonnement apparaît de manière explicite à la lecture de la décision du 17 mai 2013³³² à l'occasion de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe³³³. À cette occasion, le Conseil a souligné « qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au

³²⁷ V. C. const. fr., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, préc., point 9.

³²⁸ C. const. fr., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, préc., points 7 et 9.

³²⁹ C. const. fr., 29 juillet 2011, n° 2011-155 QPC, *Mme Laurence L. [Pension de réversion et couples non mariés]*, point 8.

³³⁰ C. const. fr., 28 janvier 2014, n° 2013-361 QPC, *Consorts P. de B. [Droits de mutation pour les transmissions à titre gratuit entre adoptants et adoptés]*, points 6 et 10.

³³¹ C. const. fr., 7 octobre 2015, n° 2015-488 QPC, *M. Jean-Pierre E. [Indemnité exceptionnelle accordée à l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé]*, points 8 à 11. Le même raisonnement a été suivi par le Conseil, plus récemment, dans la décision C. const. fr., 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, points 38 à 45.

³³² C. const. fr., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc.

³³³ Loi du 17 mai 2013 n° 2013-404, préc.

mariage »³³⁴. Il ajoutait qu'« il n'appart[enait] pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation »³³⁵. Autrement dit, en matière familiale, le Conseil affirmait s'incliner face aux analyses de la comparabilité des situations opérées par le législateur ainsi qu'à leur évolution.

Il est intéressant de rappeler à ce sujet les termes dans lesquels s'exprimait le Conseil dans sa décision de 2011 à l'occasion de laquelle il avait considéré que l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe était conforme au principe d'égalité, et notamment à l'article 6 de la Déclaration de 1789. Le juge considérait à l'époque qu'« en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation »³³⁶. Ainsi, en 2011 le Conseil se limitait à affirmer que le législateur considérait les situations des couples hétérosexuels et homosexuels comme différentes concernant le droit au mariage, ce qui légitimait la différence de traitement. Or, il convient de préciser que cette analyse de la comparabilité des situations n'était pas rendue explicite par le législateur. La présentation des situations en cause comme des situations différentes dérive donc, en réalité, d'une analyse opérée par le Conseil lui-même pour ensuite légitimer sur ce fondement la différence de traitement. Dans sa décision de 2013, le juge constitutionnel s'est limité encore une fois à considérer qu'auparavant ces situations étaient différentes dans l'esprit du législateur relativement au droit au mariage, tandis qu'il les considère comme comparables aujourd'hui³³⁷. En modifiant l'analyse de la comparabilité des situations que le Conseil prête au législateur en fonction du traitement prévu par ce dernier avant et après la réforme, les juges ont ainsi pu valider aussi bien la différence de traitement qui a existé jusqu'à la réforme de 2013, que l'identité de traitement introduite à ce moment-là. Dans la même optique, Madame CALVÈS souligne que « [l]e juge de l'égalité, appelé à contrôler le bien-fondé du critère retenu pour instituer des catégories soumises à un traitement différencié, s'avance [...] sur un terrain miné par les jugements de valeur. C'est ce qui explique que le

³³⁴ C. const. fr., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., point 22.

³³⁵ *Idem*.

³³⁶ C. const. fr., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, préc., point 9.

³³⁷ C. const. fr., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., point 22.

Conseil constitutionnel s'impose une certaine réserve lorsqu'il contrôle la "réalité" des différences de situation que la loi prétend saisir »³³⁸.

144. Il convient de souligner par ailleurs le paradoxe auquel peut conduire ce *modus operandi*, finalement orienté à valider toute disposition touchant au droit de la famille et couverte par l'article 6 de la DDHC. Dans cette dernière décision en effet le Conseil arrive à se contredire dans l'analyse de la comparabilité des situations du couple homosexuel et hétérosexuel dans le but de valider une différence de traitement introduite par la loi de 2013, à l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil. Cette disposition a, en effet, introduit une règle de conflit de lois relative à la possibilité de conclure un mariage entre personnes de même sexe dans les situations privées internationales, distincte de celle qui régit les couples hétérosexuels³³⁹. Or, il est remarquable que les juges de la constitutionnalité des lois affirment à ce sujet que « le législateur, qui n'était pas tenu de retenir les mêmes règles pour les mariages contractés entre personnes de sexe différent, n'a pas traité différemment des personnes se trouvant dans des situations semblables »³⁴⁰. Ainsi, le Conseil fournit, relativement au droit au mariage des couples homosexuels et hétérosexuels, deux analyses de la comparabilité différentes selon que le législateur a prévu une identité, ou bien une différence de traitement dans l'attribution de droits et dans leurs conditions. Le paradoxe découle du fait que, malgré la contradiction, le contrôle de respect du principe d'égalité est correctement opéré. Cela est dû, encore une fois, à la liberté que l'article 6 de la DDHC laisse au juge constitutionnel dans l'analyse de la comparabilité des situations.

145. À la lumière de ce qui précède, il est alors possible de conclure que, pour aboutir à la constitutionnalité des dispositions en cause, il est suffisant que le Conseil considère que le législateur a analysé les situations concernées comme étant différentes. C'est ce que la juridiction fait systématiquement en matière familiale. Ce faisant, le Conseil valide des différences de traitement et, en même temps, élimine la nécessité de rechercher l'existence d'un but légitime permettant de déroger à l'identité de traitement de situations comparables.

146. **Le contrôle de cohérence, seule sanction du législateur en matière familiale par le Conseil constitutionnel.** - Madame CALVÈS a eu l'occasion de remarquer que « les cas de censure concernent généralement des distinctions adoptées à la seule fin de faciliter ou

³³⁸ G. CALVÈS, v. « Égalité (principe d') », in D. CHAGNOLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 378.

³³⁹ V. art. 202-1 al. 1^{er} Cod. civ. fr.

³⁴⁰ C. const. fr., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., point 29.

rationaliser l'application de la loi »³⁴¹. Or, en matière familiale, seule la rationalisation de la loi a amené le Conseil à sanctionner la contrariété à la Constitution de la loi. Tel est notamment le résultat de l'analyse de la décision du 21 octobre 2011³⁴², relative au respect de l'égalité des filiations et portant sur l'analyse des effets de l'établissement du lien de filiation maternelle. Cette décision portait sur la constitutionnalité d'une disposition de droit transitoire de l'ordonnance de 2005³⁴³. Sur le fondement de cette dernière, les enfants nés hors mariage et ayant atteint la majorité avant le 2 juillet 2006 ne pouvaient pas obtenir la nationalité française en se prévalant de la seule désignation de leur mère de nationalité française dans leur acte de naissance, et ce, à la différence des enfants nés dans le mariage. Or, la comparabilité de la situation des enfants nés dans et hors mariage avait été établie par le législateur lui-même en consacrant l'article 310 du Code civil. Si le Conseil a donc recherché si une justification pouvait être admise, c'est en raison du fait que le législateur lui-même avait, par ailleurs, expressément considéré ces situations comme comparables. Une différence de traitement aurait constitué, en ce sens, une incohérence dans la législation, sauf à justifier la différence de traitement. Monsieur JOUANJAN parle à ce propos d'*auto-liaison* du législateur. Cette exigence implique que « dès que [le législateur] a traité une catégorie de telle manière, [il] n'est plus libre en principe de traiter telle autre catégorie de telle autre manière ; il se lie lui-même »³⁴⁴.

147. Dans la décision de 2011, le Conseil s'est donc attelé à rechercher si une dérogation au respect de la règle de l'identité de traitement pouvait être admise. Il souligne à ce propos que « la différence de traitement qui résulte de la succession de deux régimes juridiques dans le temps n'est pas, en elle-même, contraire au principe d'égalité ; que la différence de traitement qui demeure entre les enfants selon qu'ils sont nés en ou hors mariage ne porte pas sur le lien de filiation, mais sur les effets de ce lien sur la nationalité ; qu'elle présente un caractère résiduel [et] qu'elle est en lien direct avec l'objectif d'intérêt général de stabilité des situations juridiques que le législateur s'est assigné »³⁴⁵. Une dérogation a ainsi été admise là où le législateur avait introduit une différence de traitement pour des situations par ailleurs considérées comme comparables.

³⁴¹ G. CALVÈS, v. « Égalité (principe d') », in D. CHAGNOLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 378.

³⁴² C. const. fr., 21 octobre 2011, n° 2011-186/187/188/189 QPC, *Mlle Fazia C. et autres [Effets sur la nationalité de la réforme de la filiation]*.

³⁴³ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

³⁴⁴ O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 587 ; du même auteur, « L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, op. cit., pp. 174-180.

³⁴⁵ C. const. fr., 21 octobre 2011, n° 2011-186/187/188/189 QPC, point 6, préc.

148. De même que l'égalité des filiations, l'égalité des sexes est établie de longue date dans la législation familiale française et consacrée à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946. Il convient de rappeler que cette disposition pose un postulat de comparabilité des hommes et des femmes, tout comme le font les consécutions de la prohibition de la discrimination en raison du sexe³⁴⁶. L'analyse de la conformité à cette disposition d'une différence de traitement entre les parents, établie en fonction de leur sexe, a ainsi exigé la recherche d'une justification par le Conseil constitutionnel français dans la décision du 5 octobre 2018³⁴⁷. Cette décision ne concerne pas directement la matière familiale, mais fonde une différence de traitement sur le statut familial des parents. Elle porte en effet sur la constitutionnalité de dispositions issues de la loi du 10 août 1927 relative à la transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français. Cette loi prévoyait notamment que la mère pouvait transmettre la nationalité française à l'enfant uniquement si ce dernier était né en France. Le père français en revanche transmettait sa nationalité indépendamment du lieu de naissance de l'enfant. Confronté à cette différence de traitement, le Conseil a évoqué les motifs qui la justifiaient à l'époque de l'adoption de cette loi, et notamment l'application des règles relatives à la conscription et le souci d'éviter d'éventuels conflits de nationalité³⁴⁸. Après avoir exclu la pertinence actuelle de ces motifs, le Conseil conclut ainsi à la contrariété de dispositions en cause à l'article 6 de la DDHC ainsi qu'à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946.



149. Il est alors possible de conclure que le Conseil constitutionnel admet des différences de traitement des situations familiales, aussi bien en considérant que les situations sont différentes, qu'en recherchant des justifications là où la comparabilité des situations est clairement affirmée par le législateur. Se confirme ainsi l'impossibilité de prédéterminer quelles situations familiales devront faire l'objet d'un traitement identique ou différent en prenant appui sur la seule analyse des dispositions d'égalité pertinentes en matière familiale et constitutionnellement garantie, et par là, la perspective de mettre en évidence des exigences substantielles d'égalité transnationales.

³⁴⁶ V. *supra*, § 91.

³⁴⁷ C. const. fr., 5 octobre 2018, n° 2018-737 QPC, *M. Jaime Rodrigo F. [Transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français]*.

³⁴⁸ Point 8 de la décision.

B) Le contrôle de la conventionnalité des lois

150. Dans le cadre du contrôle de la conventionnalité des lois, la Cour de cassation française nous offre plusieurs exemples d'admission, en droit de la famille, de dérogations aux dispositions prohibant la discrimination consacrées au niveau supranational. Les arrêts relatifs aux droits attachés aux différents statuts familiaux demandés par les couples de même sexe sur le fondement du PIDCP ainsi que de la CESDH méritent à notre sens d'être analysés. Il convient cependant de souligner que dans certains de ces arrêts la Cour ne précise pas si elle considère que le traitement différent des situations est légitime en raison de la différence des situations ou en raison de l'existence d'un motif d'intérêt général le justifiant. À ce propos, il convient de rappeler un arrêt datant du 17 décembre 1997³⁴⁹ portant sur la demande de la part du concubin survivant du transfert du bail établi au nom de son partenaire décédé. Le demandeur se fondait notamment sur la prohibition de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle qu'il tirait de l'article 26 du PIDCP. Pour refuser un tel droit, la Cour de cassation se limitait à affirmer que la Cour d'appel avait retenu à bon droit que le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, et donc entre un homme et une femme, ce qui excluait aux yeux de la Cour de cassation la violation de l'article 26 du Pacte. De la même manière, dans l'affaire relative au mariage de Bègles, la Cour de cassation, dans un arrêt datant du 13 mars 2007³⁵⁰, concluait à l'absence de violation de la CESDH et notamment des articles 8 et 14, ainsi que des articles 12 et 14, en considérant que selon « la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » et que ce principe n'était contredit par aucune des dispositions invoquées. La même considération fondait par ailleurs dans les arrêts datant du 19 décembre 2007³⁵¹ et 9 mars 2011³⁵², la décision de la conformité aux articles 8 et 14 de l'impossibilité pour un couple homosexuel de partager l'autorité parentale par l'adoption de l'enfant du partenaire. Cette possibilité était et est encore réservée aux couples mariés, alors qu'à l'époque le mariage était encore interdit aux couples de même sexe.

151. Or, il a déjà été précisé que la prohibition de la discrimination en raison d'un critère donné

³⁴⁹ Cass. fr., Civ. 3^e, 17 décembre 1997, n° 95-20779, *D.* 1998, p. 111, n. J.-L. Aubert, *JCP G*, 1998, II, 10093, A. Djigo ; *Dr. fam.* 1998, comm. 36, H. Lécuyer, *Defrénois*, 1998, p. 404, obs. A. Bénabent, *RTD civ.*, 1998, p. 347, n° 9, obs. J. Hauser.

³⁵⁰ Cass. fr., Civ. 1^e, 13 mars 2007, n° 05-16627, obs. F. Chénédé, *AJ fam.* 2007, n° 5, p. 227 et s., note E. Agostini, G. PLUYETTE, « La définition du mariage civil en question (ou en droit positif) », *D.*, n° 20, 2007, p. 1389 et s.

³⁵¹ Cass. fr., Civ. 1^e, 19 décembre 2007, n° 06-21369, *D.*, 2008, p. 1028, n. L. Mauger-Vielpeau, *AJ fam.*, 2008, p. 74, n. F. Chénédé, *JCP G*, II.10046, n. Y. Favier, *Rev. proc.*, n° 2, 2008, comm. 46, n. M. Douchy-Oudot, *Dr. fam.*, n° 2, 2008, comm. 28, n. P. Murat.

³⁵² Cass. fr., Civ. 1^e, 9 mars 2011, n° 10-10385, *D.*, 2011, p. 876, n. C. Siffrein-Blanc, *AJ fam.*, 2011, p. 205, n. F. Chénédé, *JCP G*, 2011, p. 615, n. F. Boulanger, *Dr. fam.*, 2011, n° 5, comm. 74, n. C. Neirinck.

empêche de fonder des différences de traitement sur ce critère, ce qui suppose de considérer que les situations couvertes par ces dispositions d'égalité sont comparables³⁵³. Ainsi l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle empêche de considérer que les catégories des individus ou des couples homosexuels et hétérosexuels comme différentes. Ainsi, pour que le traitement différent des couples homosexuels et hétérosexuels soit légitime, la Cour de cassation dans l'arrêt de 2007 peut avoir implicitement considéré, dans le respect de la méthodologie de contrôle du respect du principe d'égalité, que la différence de traitement était justifiée. L'arrêt du 17 décembre 1997 peut en revanche faire l'objet d'une analyse distincte. À la différence de la CESDH, le Pacte n'interdit en effet pas expressément les discriminations en raison de l'orientation sexuelle. Les situations respectives du couple homosexuel et hétérosexuel doivent ainsi faire l'objet d'une analyse comparative lorsqu'on cherche à savoir si ce texte est violé. Le raisonnement implicitement suivi par la Cour de cassation peut avoir consisté à considérer que ces couples n'étaient pas assimilables, ce qui en motivait alors la différence de traitement. Elle peut également avoir considéré que ces couples se trouvaient dans des situations comparables et que la différence de traitement se justifiait au nom de la poursuite d'un but légitime inexprimé. Il convient cependant de remarquer que ces deux lectures de l'article 26 du PIDCP mènent au même résultat, c'est-à-dire la considération que la différence de traitement est conforme au texte invoqué. La détermination de l'analyse de la comparabilité des situations opérée par la Cour de cassation n'est alors pas indispensable à ce stade de l'analyse. Nous aurons d'ailleurs par la suite l'occasion de montrer que de profondes incertitudes existent concernant le raisonnement suivi par les autorités compétentes et qui n'apparaît souvent pas à la lecture des textes. Il n'est notamment pas possible de déterminer avec certitude si les législateurs et les juges déterminent les traitements des situations en fonction de l'analyse de la comparabilité des situations ou si la différence de traitement se justifie, en fonction de la volonté de traiter ces dernières de manière identique ou différente³⁵⁴. En dépit de ces incertitudes, les considérations précédentes sont suffisantes afin de comprendre que la Cour de cassation admet la possibilité de justifier des discriminations.

152. Au cours des dernières années, le souci de justification des décisions de la Cour de cassation s'est, par ailleurs, intensifié sous la poussée de la croissante influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit de la famille français.

³⁵³ V. *supra*, § 96.

³⁵⁴ V. *infra*, §§ 201-205.

Un tel souci apparaît à la lecture d'un arrêt datant du 22 mars 2017³⁵⁵ et portant sur l'allégation d'une discrimination entre les enfants nés de l'adultère et les enfants nés dans le mariage. L'espèce concernait un jugement rendu en 1993 devenu irrévocable ayant attribué un sixième d'une succession à un enfant adultérin et les cinq sixièmes de la succession à un enfant né dans le mariage. L'enfant adultérin a sollicité en 2013 la licitation des biens immobiliers dépendant d'une indivision successorale maintenue depuis 1993 et il a demandé de se voir reconnaître des droits à concurrence de moitié sur l'actif successoral. La demanderesse se fondait sur les articles 8 et 14 de la CESDH et invoquait les arrêts *Mazurek*³⁵⁶ et *Fabris*³⁵⁷ dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme a sanctionné les différences de traitement dans la répartition des droits successoraux entre les enfants nés dans le mariage et les enfants nés hors mariage. La Cour de cassation a procédé à la recherche de la possibilité de justifier une telle discrimination en vérifiant les conditions posées par la Cour européenne des droits de l'homme. En premier lieu, elle a vérifié si la mesure était prévue par la loi et elle a relevé à ce titre que la mesure était prévue par l'article 25, II, 2°, de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001. En deuxième lieu, la Cour a recherché si un but légitime était poursuivi et a considéré que tel était le cas de « la sécurité juridique résultant d'un jugement irrévocable [puisqu'] elle [faisait] obstacle à la remise en cause, sans limitation dans le temps, d'une répartition définitivement arrêtée en justice des biens de l'actif successoral entre des héritiers »³⁵⁸. En dernier lieu, la Cour de cassation a vérifié le caractère proportionnel de cette mesure. Elle considère alors que « l'absence de partage effectif des biens indivis est restée sans influence sur la connaissance que les parties avaient définitivement acquise, depuis 1993, de la répartition entre elles de l'actif de la succession »³⁵⁹. Elle conclut alors que la Cour d'appel avait pu en déduire que l'atteinte portée aux droits du demandeur n'était pas excessive. Cet arrêt s'inscrit dans une tendance plus générale relative au contrôle du respect de toutes les dispositions de la CESDH, dans laquelle la Cour française reprend de manière de plus en plus explicite le standard de contrôle posé par

³⁵⁵ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 22 mars 2017, n° 16-13946, *RTD Civ.*, 2017 p. 458, M. Grimaldi, *AJ fam.* 2017, p. 366, obs. J. Casey, *Dr. fam.*, n° 6, 2017, comm. 137, n. M. Nicod.

³⁵⁶ CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97, *D.* 2000. 332, n. J. Thierry et chron. Vareille, *RTD Civ.*, 2000, p. 311, n. J. Hauser, *JCP G*, 2000.II.10286, n. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, *JCP N*, n° 5, p. 245, n. R. Le Guidec.

³⁵⁷ CEDH, Gr. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, *RTD Civ.*, 2013 p. 333, n. J-P. Marguénaud et p. 358, n. J. Hauser, *AJ fam.*, 2013, p. 189, obs. N. Levaillain, *D.*, 2013, p. 434, n. I. Gallmeister et p. 1436, n. F. Granet-Lambrechts, *JCP N*, 2013.1061, n. S. Le Chuiton, *Dr. fam.*, 2013, alerte 11, n. M. Lamarche.

³⁵⁸ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 22 mars 2017, n° 16-13946, préc.

³⁵⁹ *Idem.*

la Cour de Strasbourg³⁶⁰.



153. Les juridictions françaises n'excluent ainsi pas la possibilité d'admettre des dérogations au respect des dispositions prohibant la discrimination en matière familiale. Cela laisse d'emblée comprendre que si même tel devait être le cas en Italie, en France il ne serait pas possible de tirer directement de ces dispositions d'égalité les exigences substantielles d'égalité. L'admissibilité des dérogations diminue ainsi les chances que la France et l'Italie définissent les mêmes contenus de l'égalité, y compris lorsqu'il est nécessaire de respecter des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères spécifiques. L'analyse du droit italien demeure cependant intéressante dans un souci de complétude.

II) Dérogations dans le cadre de la conformité de la loi interne italienne aux dispositions d'égalité

154. L'une des implications du dualisme italien est que le contrôle de la conventionnalité des lois en Italie est englobé dans le contrôle de la constitutionnalité de ces dernières³⁶¹. Seul le droit de l'Union peut être d'application directe³⁶². La Cour constitutionnelle italienne, dans les arrêts n^{os} 348 et 349 du 22 octobre 2007, a en effet précisé que les dispositions issues des conventions internationales, y compris de la CESDH, ne sont pas directement intégrées dans l'ordre juridique italien. Les juges judiciaires ou administratifs transalpins ne sont donc pas compétents pour vérifier la conventionnalité des lois. Dans une optique dualiste en effet, les conventions internationales ont une valeur uniquement en raison du fait que la Constitution italienne leur en donne³⁶³. Les questions de la conventionnalité des normes se posent ainsi en termes de questions de constitutionnalité. Il revient donc à la Cour constitutionnelle elle-même de vérifier que les engagements internationaux adoptés par l'Italie soient respectés au niveau

³⁶⁰ V. B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, n° 23, 2015, pp. 1326-1327 ; Cour de cassation, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », Entretien avec B. Louvel, *JCP G*, n° 43, 2015, act. 1122 ; P. DUCOULOMBIER, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *D.*, n° 31, 2017, pp. 1778-1782 ; F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.*, n° 3, 2016, pp. 511-531. Concernant, plus spécifiquement, le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour de cassation v. *infra*, §§ 217-218, spéc. note 499.

³⁶¹ V. C. const. it., 22 octobre 2007, n^{os} 348/2007 et 349/2007, préc. V. les développements *infra*, § 230.

³⁶² L'exception relative au droit de l'Union européenne dérive de l'arrêt CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *JDI*, 1965, p. 697, note R. Kovar, *RTDE*, 1965, p. 369, note J. Virole, *RTDE*, 1984, p. 425, article B. de Witte. Cf. art. 117, al. 1^{er} Const. it., distinguant entre les obligations découlant de l'ordre juridique communautaire des autres obligations internationales. V. également C. const. it., 22 octobre 2007, n^{os} 348/2007 et 349/2007, préc.

³⁶³ Art. 10 et 117 Const. it.

législatif³⁶⁴. Ainsi, les dispositions d'égalité contenues dans la Convention ESDH ainsi que les autres dispositions d'égalité consacrées dans des conventions internationales sont analysées dans le but d'établir si la norme interne est conforme à la Constitution italienne³⁶⁵. Si une contrariété à la convention était relevée, cela impliquerait en effet une contrariété à la Constitution³⁶⁶, en raison du fait qu'en Italie, la valeur des engagements internationaux découle de l'existence d'une prévision constitutionnelle en ce sens³⁶⁷. Il n'y aura ainsi pas lieu d'examiner la jurisprudence judiciaire italienne relativement au contrôle de la conventionnalité des lois.

155. L'admissibilité des dérogations en général. - Or, la Cour constitutionnelle italienne considère depuis longtemps que « l'art. 3 Const. [italienne] interdit la différence de traitement des situations semblables et les discriminations déraisonnables »³⁶⁸ et que « le principe d'égalité est aussi violé lorsque la loi, sans un motif raisonnable, traite différemment les citoyens se trouvant dans des situations égales »³⁶⁹. Deux remarques s'ensuivent. Premièrement, de la référence aux discriminations et aux différences de traitement « déraisonnables » se déduit que

³⁶⁴ V. C. const. it., 22 octobre 2007, n°s 348/2007 et 349/2007, préc. ; M. CARTABIA, « Le sentenze "gemelle" : diritti fondamentali, Corti, giudici », *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3567. V. également les précisions apportées par les arrêts C. const. it., 26 novembre 2009, n° 311/2009 et C. const. it., 4 décembre 2009, n° 317/2009 et la synthèse analytique qu'en donne A. RUGGERI, « Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e edu (a prima lettura di Corte cost. nn° 311 e 317/2009) », *Forum cost.*, 2009, disponible à l'adresse http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0030_no_ta_311_317_2009_ruggeri.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].

³⁶⁵ V. par exemple, relativement à la conformité des règles italiennes relatives au nom de famille aux dispositions supranationales d'égalité, C. const. it., 6 février 2006, n° 61/2006 *Foro it.*, 2006, I, p. 1673, *Stato civile it.*, 2006, p. 425, *Giurisdiz. amm.*, 2006, III, p. 71, *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1124, *Lessico dir. fam.*, 2006, fasc. 1, p. 109, *Fam., pers. succ.*, 2006, p. 898, n. L. Gavazzi, *Giur. cost.*, 2006, p. 543, n. E. Palici Di Suni, S. Niccolai, *Guida al dir.*, 2006, fasc. 11, p. 70, n. S. Galluzzo, *Dir. e giustizia*, 2006, fasc. 10, p. 16, n. G. Dosi, *Lessico dir. fam.*, 2006, fasc. 3, p. 42, n. G. Dosi ; C. const. it., 8 novembre 2016, n° 286/2016, *Foro it.*, 2017, I, p. 1, n. G. Casaburi, *Fam. dir.*, 2017, p. 213, n. E. Al Mureden, *Corr. giur.*, 2017, p. 165, n. V. Carbone, *Giur. it.*, 2017, p. 815, n. R. Favale, *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 818, n. C. Favilli, *Famiglia*, 2017, p. 67, n. V. Brizzolari, *Rass. avv. Stato*, 2017, fasc. 1, p. 97, n. G. Fabrizi, *Guida al dir.*, 2017, fasc. 5, p. 71, n. M. Finocchiaro, *Genius*, 2017, fasc. 2, p. 178, *Foro amm.*, 2017, p. 1003, *Giur. cost.*, 2017, p. 474, n. F. Astone, *Dir. fam.*, 2017, p. 13, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2017, p. 868, *Rass. dir. civ.*, 2018, 289, n. L. Tullio.

³⁶⁶ G. GERBASI, « Forme e tecniche di tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano e possibili mutamenti conseguenti alla futura adesione dell'Unione europea al sistema convenzionale », *Civitas Europa*, n° 1, 2013, pp. 69-98 ; P. MEZZANOTTE, « La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune », *Federalismi*, 2011, disponible à l'adresse <https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=18487&dpath=document&dfid=08072011153504.pdf&content=La%2Bgiurisdizione%2Bsui%2Bdiritti%2Btra%2BCorte%2Bcostituzionale%2Be%2Bgiudice%2Bcomune%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B> [dernière consultation le 16 novembre 2020] ; M. RUOTOLLO, « La "funzione ermeneutica" delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali », *Diritto e società*, n° 2, 2000, pp. 291-319.

³⁶⁷ Art. 10 et 117 Const. it.

³⁶⁸ C. const. it., 25 mai 1980, n° 96/1980, préc. : « l'art. 3 Cost. vieta disparità di trattamento di situazioni simili e discriminazioni irragionevoli ».

³⁶⁹ C. const. it., 16 mars 1960, n° 15/1960, préc. : « Il principio di uguaglianza è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni ».

les traitements non conformes à la règle de l'égalité de traitement sont légitimes dès lors qu'ils sont « raisonnables ». Des dérogations aux dispositions prohibant la discrimination sont donc admissibles, en général, devant la Cour constitutionnelle italienne. En second lieu, la condition de la dérogation est le caractère raisonnable de la loi. Cette analyse est opérée lors d'un contrôle spécifique, celui de la « raisonnabilité »³⁷⁰ de la loi, ce que la doctrine italienne a pu qualifier de « cote du principe d'égalité »³⁷¹. Madame CARTABIA³⁷² explique en effet que ce contrôle a trouvé ses origines dans le principe d'égalité en tant que simple technique de contrôle des dérogations admissibles. La raisonnabilité des lois s'est cependant progressivement détachée de ce dernier, jusqu'à devenir un principe à part entière et autonome par rapport à son principe générateur. Il s'agit désormais d'une « "clause générale de rationalité" [...], [d']une limite générale à la législation, un critère approfondi de mesure de la légalité et de l'adéquation des choix politiques, destiné à encadrer l'arbitraire du législateur et à interdire d'établir des dispositions incompatibles avec la logique du système, sans pour autant aller jusqu'à contrôler le bien-fondé des choix politiques du législateur »³⁷³. Ce principe voit désormais ses applications étendues bien au-delà des bornes du contrôle de conformité au principe d'identité de traitement. Les juges constitutionnels eux-mêmes font d'ailleurs référence à chacun de ces deux principes de manière séparée³⁷⁴.

156. En raison de ce détachement entre le contrôle du respect du principe d'égalité et le contrôle de la raisonnabilité des lois, lorsque la Cour constitutionnelle italienne recherche si la dérogation à la règle de l'identité de traitement est susceptible d'être justifiée, elle fait aujourd'hui référence à l'article 3 de la Constitution « sous le double angle du principe d'égalité et du critère de la raisonnabilité »³⁷⁵. Dans le cadre de ce contrôle, la Cour analyse la finalité de

³⁷⁰ Il s'agit du « controllo di ragionevolezza ». Nous empruntons la traduction française de cette expression à F. MÉLIN SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 160.

³⁷¹ C. CORAGGIO, *Le declinazioni del giudizio di ragionevolezza dinanzi alla Corte costituzionale*, dactyl., Université Roma Tre, a.a. 2010/2011, p. 9.

³⁷² M. CARTABIA, « I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana », Conférence trilatérale des Cours constitutionnelles italienne, portugaise et espagnole, Rome, 24-26 octobre 2013, disponible sur le site de la Cour constitutionnelle italienne à l'adresse https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].

³⁷³ J. LALEURE-LUGREZI, « Le principe d'égalité dans le jugement incident de constitutionnalité en matière fiscale en France et en Italie », *Revue française de finances publiques*, n° 130, 2015, p. 251 et s., § 66.

³⁷⁴ Cf. C. const. it., 7 décembre 2016, n° 21/2017 ; 8 novembre 2006, n° 381/2006. La Cour considère notamment que la loi en question « apparaît déraisonnable dans un sens et contraire au principe d'égalité dans un autre », *T.d.A.*, version originale : « appare per un verso irragionevole e, per altro verso, in contrasto con il principio di eguaglianza ».

³⁷⁵ *T.d.A.* Ou formulations analogues. V. par exemple C. const. it., 15 juin 2016, n° 174/2016, point 2.2 et s., *Foro it.*, 2016, I, p. 3052, *Dir. e pratica lav.*, 2016, p. 1921, *Mass. giur. lav.*, 2016, p. 792, n. C. Pisani, *Lavoro giur.*, 2016, p. 1079, n. L. Calafà, *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2016, p. 763, n. R. Fabozzi, *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, p.

la loi, l'existence d'un lien entre cette dernière et le traitement prévu, ainsi que le caractère proportionnel – notion directement liée à l'idée du caractère raisonnable – de la disposition³⁷⁶.

157. **L'admissibilité des dérogations en matière familiale.** - Plus spécifiquement, pour admettre des dérogations aux dispositions prohibant la discrimination fondée sur les critères que l'article 3 de la Constitution italienne mentionne de manière explicite, la Cour considère qu'il est « indispensable d'opérer un examen strict »³⁷⁷ des cas d'espèce. Or, il convient de souligner que parmi les critères listés, le seul pertinent en matière familiale est le sexe. Il convient en effet de souligner que l'égalité des enfants n'est pas constitutionnellement garantie. Au contraire, l'article 30 de la Constitution italienne précise que la loi n'assure aux enfants nés hors mariage que la protection juridique et sociale « compatible avec les droits des membres de la famille légitime ». C'est donc sur ce fondement que la Cour constitutionnelle italienne a légitimé le maintien des différences de traitement entre les enfants jusqu'à ce que le législateur italien introduise le principe d'égalité des enfants au niveau législatif en 2012³⁷⁸. De plus, concernant la possibilité de déroger à la prohibition de la discrimination en raison du sexe en matière familiale, l'article 29 alinéa 1^{er} *in fine* de la Constitution, dispose que « le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites fixées par la loi pour garantir l'unité de la famille »³⁷⁹. Par ailleurs l'article 37 alinéa 1^{er} de la Constitution italienne permet d'introduire des différences de traitement entre les hommes et les femmes dans le but de

162, n. L. Taschini ; C. const. it., 7 mars 2017, n° 93/2017, point 3.1 et s., *Giur. Cost.*, 2017, 3, p. 961 ; C. const. it., 3 juin 2013, n° 116/2013, *Foro it.*, 2014, I, p. 3069, *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 54, n. A. Vallebona, *Riv. giur. trib.*, 2014, p. 97, n. M. Procopio, *Giur. cost.*, 2013, p. 1886, *Giur. cost.*, 2013, p. 3587, n. M. Gorlani e V. Mastroiacovo, *Riv. dir. trib.*, 2014, II, p. 61, n. F. Cannata.

³⁷⁶ V. par exemple C. const. it., 11 juin 2014, n° 168/2014, *Foro it.*, 2014, I, p. 1989, *Stato civile it.*, 2014, fasc. 7, p. 48, *Dir., immigrazione e cittadinanza*, 2014, fasc. 2, p. 195, *Giur. cost.*, 2014, p. 2678, *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, p. 750.

³⁷⁷ C. Const. it., 5 juillet 2010, n° 249/2010, point 4.2 : « sette parametri esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno scrutinio stretto delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle "qualità" elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline ».

³⁷⁸ V. C. const. it., 15 juin 1979, n° 55/1979 ; C. const. it., 12 avril 1990, n° 184/1990 *Foro it.*, 1991, I, p. 3283, *Nuove leggi civ.*, 1990, p. 1452, n. M. Costanza, *Giur. cost.*, 1990, p. 1090, *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 257, *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1133, n. E. Perego, *Nuova rass.*, 1991, p. 1306, *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 422, n. F. Prosperi ; C. const. it., 7 novembre 1994, n° 377/1994, *Cons. Stato*, 1994, II, p. 1617 ; C. const. it., 23 novembre 2000, n° 532/2000, *Arch. civ.*, 2001, p. 168, *Giust. civ.*, 2001, I, p. 591, n. C.M. Bianca, *Impresa*, 2000, p. 1952, *Fam. dir.*, 2001, p. 361, n. G. Ferrando, *Giur. cost.*, 2000, p. 4171, *Corriere giur.*, 2001, p. 1034, n. E. Guerinoni, *Riv. corte conti*, 2000, fasc. 6, p. 217, *Famiglia*, 2001, p. 498, n. M. Dellacasa. V. cependant C. const. it., 20 novembre 2002, n° 494/2002, *Foro it.*, 2004, I, p. 1053, *Giur. it.*, 2004, p. 15, n. L. De Grazia, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2003, p. 969, *Dir. fam.*, 2003, p. 622, *Dir. fam.*, 2003, p. 879, n. W. Virga e R. Festa. Rappr. à loi it. du 10 décembre 2012, n° 219/2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, préc.

³⁷⁹ Pour des exemples d'admission de ces justifications avant que le législateur italien n'élimine les différences de traitement entre les époux, v. C. const. it., 23 novembre 1961, n° 64/1961 ; C. const. it., 12 décembre 1967, n° 144/1967 ; C. const. it., 4 mai 1966, n° 49/1966.

permettre aux femmes d'accomplir « leur fonction familiale qui est essentielle »³⁸⁰.



158. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne confirme qu'en matière familiale des dérogations sont admissibles. Plus important encore est le fait que les décisions des juges italiens permettent de mesurer l'importance accordée à la recherche d'un équilibre entre les différents intérêts en cause. L'admissibilité des dérogations était initialement une exigence consubstantielle au principe d'égalité. Il s'agissait en effet d'un gage de la rationalité des normes par rapport au respect aveugle de la règle de l'égalité de traitement. La logique poursuivie dans l'admissibilité des dérogations a cependant pris de l'ampleur pour fonder finalement un paramètre de contrôle distinct, gage de la rationalité des normes relativement à l'ensemble des principes essentiels et intérêts en cause dans l'élaboration de toute norme.

159. La variabilité des résultats auxquels peut conduire ce jeu subtil de mises en balance amène à comprendre que les solutions considérées comme conformes au principe d'égalité en Italie ne sont pas nécessairement les mêmes que les solutions françaises. L'admissibilité des dérogations, en Italie comme en France, empêche de tirer directement les contenus de l'égalité des dispositions prohibant la discrimination. L'unité de la famille peut justifier, en Italie, des différences de traitement des époux et nous verrons lors de la deuxième partie de cette étude comment les justifications admises se sont transformées parallèlement à l'évolution des mœurs³⁸¹. La consécration de dispositions prohibant la discrimination en raison du sexe au niveau constitutionnel n'implique ainsi pas que les hommes et les femmes fassent systématiquement l'objet de traitements identiques. La garantie par les juridictions constitutionnelles française et italienne de l'égalité des sexes n'amène ainsi pas nécessairement à garantir l'identité de traitement relativement à l'attribution d'une même prérogative.

160. Néanmoins, des interdictions des discriminations en matière familiale sont également prévues dans des textes internationaux. Il convient alors de savoir si les juridictions compétentes pour les interpréter excluent des dérogations aux dispositions prohibant la discrimination en matière familiale.

³⁸⁰ Art. 37 al. 1^{er} Const. it. La question de l'égalisation progressive des traitements des époux sera abordée plus spécifiquement par la suite. V. *infra*, § 470.

³⁸¹ V. *infra*, rapp. § 420 et s. et § 459 et s.

§2) Dérogations jurisprudentielles à l'identité de traitement au niveau supranational

161. Certaines juridictions supranationales sont compétentes pour interpréter les dispositions prohibant des discriminations en raison de critères préétablis et consacrées au niveau international. Des textes législatifs supranationaux, et notamment en droit de l'Union européenne, peuvent fournir des indications quant aux dérogations que les dispositions prohibant la discrimination peuvent admettre. De plus, dans la mesure où la France et l'Italie se sont engagées à se conformer, notamment, au droit de l'Union et à la jurisprudence des juridictions européennes, il convient de savoir si ces dernières excluent des dérogations aux dispositions prohibant la discrimination en matière familiale. Dans l'affirmative, des exigences d'identité de traitement en découleraient nécessairement en France et en Italie et, plus généralement, dans l'ensemble des États parties au Conseil de l'Europe ou des États membres de l'Union. Un caractère transnational pourrait ainsi être attribué à certains contenus de l'égalité.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme **(I)**, et le droit de l'Union européenne tel qu'interprété par la Cour de justice **(II)** doivent notamment être analysés pour répondre à cette question.

I) Les dérogations conformes aux dispositions d'égalité contenues dans la CESDH

162. La possibilité de déroger à la prohibition de la discrimination inscrite à l'article 14 de la CESDH, ainsi qu'à l'article 1^{er} du Protocole n° 12 de la CESDH³⁸², est d'origine jurisprudentielle. La Cour européenne fait référence à la notion de justification objective et raisonnable aux discriminations. Cette justification existe, selon la Cour, dès lors que la loi poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé³⁸³. Comme Monsieur PELLISSIER le souligne, « la notion de

³⁸² Relativement auquel le mot « discrimination » doit s'interpréter dans le même sens que la Cour lui attribue dans le cadre de l'analyse de l'article 14 CESDH. V. CEDH, 9 juin 2016, *Pilav c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 41939/07, §§ 39-40, préc. ; CEDH, Gr. Ch., 22 décembre 2009, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 27996/06 et 34836/06, § 55, préc.

³⁸³ V. e.a., CEDH, Gr. Ch., 26 avril 2016, *Izzettin Doğan et autres c. Turquie*, req. n° 62649/10, § 156, *JCP G*, 2016.570, n. G. Gonzalez; CEDH, Gr. Ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n° 37359/09, § 108, *AJ. fam.*, 2012, p. 621, n. B. de Boysson, *RTD civ.*, 2014, p. 855, n. J. Hauser, *D.* 2013, p. 152, n. F. Marchadier, *Dr. fam.*, 2015, comm. 1, n. J.-R. Binet ; CEDH, Gr. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, § 56, préc. ; CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, § 33, préc. ; CEDH, 28 novembre 1984,

but légitime rejoint ce que d'autres droits connaissent sous le terme d'intérêt général »³⁸⁴. La matière familiale ne fait pas exception à la possibilité de déroger aux dispositions prohibant la discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cela peut être vérifié relativement aux trois critères de discrimination qui se sont révélés pertinents pour analyser les dispositions nationales du droit de la famille, et notamment le sexe, la naissance et l'orientation sexuelle. Il conviendra alors d'évoquer les standards de contrôle des justifications de ces discriminations que la Cour a adopté dans des affaires touchant à la matière familiale. Cette analyse amènera à exclure que des exigences substantielles d'égalité découlent directement des dispositions d'égalité contenues dans la CESDH et, en conséquence, un potentiel caractère transnational de ces exigences.

163. Discrimination en raison du sexe. - Il a toujours été possible de justifier la discrimination en raison du sexe selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, y compris en matière familiale sur le fondement notamment des articles 8 et 14. Depuis l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* la Cour considère que « seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe »³⁸⁵. Ce standard de contrôle a été appliqué, entre autres, à la question de l'attribution du nom de famille³⁸⁶, de l'attribution du congé parental³⁸⁷ ainsi qu'à la question d'allocations variées en fonction du sexe et du statut familial des individus³⁸⁸. Nous aurons cependant

Rasmussen c. Danemark, req. n° 8777/79, § 38, *JDI*, 1986, p. 1074, n. P. Tavernier ; CEDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, § 10, préc. Jurisprudence constante.

³⁸⁴ G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, op. cit., p. 112.

³⁸⁵ CEDH, Plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, § 78, préc.

³⁸⁶ CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90, *D.*, 1995, p. 5, n. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 1995.I.3823, n. F. Sudre, *RTDH*, 1995, n. P. Georgin, *RTD civ.*, 1994, p. 563, obs. J. Hauser ; CEDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, req. n° 29865/96, *RTD Civ.*, 2005, p. 343, n. J.-P. Marguénaud, *AJDA*, 2005, p. 541, n. J.-F. Flauss ; CEDH, 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, req. n° 664/06, *D.*, 2011, p. 804, n. C. Brière ; CEDH, 28 mai 2013, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu c. Turquie*, req. n° 7971/07, *AJ fam.*, 2013, p. 386, n. V. Avena-Robardet ; CEDH, 7 janvier 2014, *Cusan et Fazzo c. Italie*, req. n° 77/07, *D.*, 2014, p. 1171, n. F. Granet-Lambrechts, *JCP G*, 2014, p. 108, n. H. Surrel, *JCP G*, 2014, p. 832, n. F. Sudre, *RTD Civ.*, 2014, p. 305, n. J.-P. Marguénaud, *RTD Civ.*, 2014, p. 332, n. J. Hauser, *AJ fam.*, 2014, p. 126, n. C. Doublein, *RJPF*, 2014-3/6, n. I. Corpart.

³⁸⁷ CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n° 20458/92, *RDSS*, 1999, p. 599, n. F. Monéger, *D.*, 1999, p. 141, n. J.-P. Marguénaud, J. Mouly ; CEDH, 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, req. n° 44399/05, *JCP G*, 2009, p. 143, n. F. Sudre ; CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n° 30078/06, *RDSS*, 2012, p. 1041, n. D. Tharaud, *D.*, 2013, p. 1235, n. REGINE, *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen, *Dr. fam.*, 2012, comm. 80, n. M. Bruggeman ; CEDH, 2 octobre 2012, *Hulea c. Roumanie*, req. n° 33411/05.

³⁸⁸ CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, req. n° 14518/89, § 67, *AJDA*, 1994, p. 16, chron. J.-F. Flauss ; CEDH, 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, req. n° 20060/927, *JCP G*, 1998.I.105, n°44, obs. F. Sudre ; CEDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, req. n° 36042/97, préc. ; CEDH, 10 mai 2007, *Runkee et White c. Royaume-Uni*, req. n° 42949/98.

l'occasion de montrer de manière plus approfondie³⁸⁹ qu'à partir de l'arrêt *Emel Boyraz*³⁹⁰ un nouveau standard de justification est venu augmenter le niveau d'exigence de la justification. Si auparavant la mesure devait être simplement « proportionnée », elle doit désormais être « nécessaire », c'est-à-dire indispensable à la poursuite de l'objectif. Ainsi, la mesure qui contribuerait simplement à atteindre le but de la loi, sans en constituer l'élément déterminant, ne saurait plus suffire à justifier la différence de traitement. La Cour n'a cependant pas encore³⁹¹ eu l'occasion d'appliquer ce nouveau standard de contrôle en matière familiale.

164. Sur le fondement de l'article 5 Protocole n° 7, l'analyse de la Cour est plus souple. La disposition elle-même précise en effet que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant peut justifier une différence de traitement entre les époux. Cette question s'est notamment posée relativement à des décisions nationales attribuant l'autorité parentale à un seul des parents, ou limitant le droit de visite du parent ne résidant pas avec l'enfant³⁹². L'appréciation que les États ont faite de l'intérêt de l'enfant n'a, pour l'heure, jamais été remise en question par la Cour³⁹³. En dehors de ce motif de dérogation, l'analyse de la justification de la diversité de traitement est également extrêmement souple puisque, dans les rares cas où la disposition a été invoquée afin de contester l'attribution d'un droit ou d'un bien à un seul époux³⁹⁴, la Cour s'est limitée à

³⁸⁹ V. *infra*, § 706 et s.

³⁹⁰ CEDH, 2 décembre 2014, *Emel Boyraz c. Turquie*, req. n° 61960/08.

³⁹¹ Recherche clôturée le 22 septembre 2018.

³⁹² Relativement aux affaires concernant l'attribution de la garde à un seul parent ou à l'étendue du droit de visite du parent n'ayant pas l'autorité parentale sur l'enfant v. CEDH, 10 mars 2005, *Brach c. France* (déc.), req. n° 49535/99 ; CEDH, 15 novembre 2005, *Fiala c. République tchèque* (déc.), req. n° 26141/03 ; CEDH, 29 novembre 2005, *Kotan c. République tchèque* (déc.), req. n° 26136/03 ; CEDH, 29 novembre 2005, *Choc c. République tchèque* (déc.), req. n° 25213/03 ; CEDH, 29 novembre 2005, *Kříž c. République tchèque* (déc.), req. n° 26634/03 ; CEDH, 6 décembre 2005, *Pedović c. République tchèque* (déc.), req. n° 27145/03 ; CEDH, 13 décembre 2005, *Zakharova c. France* (déc.), req. n° 57306/00 ; CEDH, 10 janvier 2006, *Patera c. République tchèque* (déc.), req. n° 25326/03 ; CEDH, 31 janvier 2006, *Mezl c. République tchèque* (déc.), req. n° 27726/03 ; CEDH, 28 mars 2006, *Kapr c. République Tchèque* (déc.), req. n° 7152/03 ; CEDH, 11 avril 2006, *Ferreira Alves c. Portugal* (déc.), req. n° 25053/05 ; CEDH, 18 juillet 2006, *Reslová c. République tchèque*, req. n° 7550/04 ; CEDH, 8 janvier 2007, *Vorel c. République tchèque* (déc.), req. n° 39527/06 ; CEDH, 18 janvier 2007, *Kaplan c. Autriche*, req. n° 45983/99 ; CEDH, 9 mai 2007, *Vinický c. République tchèque* (déc.), req. n° 204/07 ; CEDH, 12 février 2008, *R.R. c. Roumanie (n° 1)* (déc.), req. n° 1188/05 ; CEDH, 15 mars 2011, *R.R. c. Roumanie (n° 3)* (déc.), req. n° 18074/09 ; CEDH, 15 avril 2014, *Dorca c. Roumanie* (déc.), req. n° 59651/13.

³⁹³ Comm. EDH, 23 janvier 1996, *Olle c. République slovaque* (déc.), req. n° 28407/95 ; Comm. EDH, 9 septembre 1998, *Purtonen c. Finlande* (déc.), req. n° 32700/96 ; CEDH, 31 août 1999, *Heckl c. Autriche* (déc.), req. n° 32012/96 ; CEDH, 11 juillet 2000, *Cernecki c. Autriche* (déc.), req. n° 31061/96 ; CEDH, 22 novembre 2001, *R.W. et C.T.G.-W. c. Autriche* (déc.), req. n° 36222/97 ; CEDH, 13 février 2003, *Silc c. Slovénie* (déc.), req. n° 45936/99 ; CEDH, 4 janvier 2005, *Sanxaridis c. République tchèque* (déc.), req. n° 14789/04 ; CEDH, 26 juillet 2007, *Chepelev c. Russie*, req. n° 58077/00 ; CEDH, 3 juillet 2018, *Khalanchuk c. Ukraine* (déc.), req. n° 71797/13.

³⁹⁴ Relativement à l'attribution d'un bien à un époux à la suite d'un jugement de divorce, v. Comm. EDH, 9 septembre 1998, *E.P. c. République slovaque* (déc.), req. n° 33706/96. Relativement à la contestation par l'épouse, en sa qualité de co-proprétaire d'un bien immobilier avec son époux, de l'absence de convocation à prendre part à la procédure engagée contre son mari visant à statuer sur l'autorisation d'agrandissement de l'immeuble, v. Comm. EDH, 28 juin 1995, *Pfeuffer c. Allemagne* (déc.), req. n° 26704/95.

vérifier que la décision n'était pas arbitraire³⁹⁵.

165. **Discrimination en raison de la naissance.** - La Cour européenne des droits de l'homme a également toujours admis des justifications des discriminations en raison de la naissance en matière familiale³⁹⁶. Très tôt, la Cour a posé un standard élevé pour caractériser la proportionnalité d'une différence de traitement fondée sur ce critère. Ainsi, à partir de l'arrêt *Inze*, la Cour a précisé que « seules [...] de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage »³⁹⁷.

166. **Discrimination en raison de l'orientation sexuelle.** - Relativement à ce dernier critère de discrimination, il convient de souligner qu'il n'apparaît pas dans le texte de l'article 14 de la Convention. Il mérite néanmoins d'être analysé en tant que critère de discrimination dont la prise en compte est prohibée puisqu'il a été placé par la Cour européenne des droits de l'homme sous l'égide de l'article 14 de la CESDH³⁹⁸.

167. La communauté de vie d'un couple homosexuel a été envisagée dans le cadre du droit au respect de la vie familiale pour la première fois dans l'arrêt *Karner*³⁹⁹, bien qu'elle n'ait été clairement admise par la Cour que dans l'arrêt *Schalk et Kopf*⁴⁰⁰. À cette occasion, le juge de Strasbourg a adopté le même standard de contrôle qu'en matière de discrimination en raison du sexe, en considérant que « comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées

³⁹⁵ Comm. EDH, 28 juin 1995, *Pfeuffer c. Allemagne* (déc.), req. n° 26704/95, préc. ; Comm. EDH, 22 octobre 1997, *Foskjaer c. Danemark* (déc.), req. n° 29245/95 ; Comm. EDH, 9 septembre 1998, *E.P. c. République slovaque* (déc.), req. n° 33706/96, préc. ; CEDH, 14 décembre 2003, *Kallo c. Hongrie* (déc.), req. n° 70558/01 ; CEDH, 9 mars 2004, *Fabisik c. Slovaquie* (déc.), req. n° 51204/99 ; CEDH, 25 mai 2004, *Szakaly c. Hongrie*, req. n° 59056/00.

³⁹⁶ Le premier arrêt en la matière est l'arrêt CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

³⁹⁷ CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, req. n° 8695/79, § 41. Jurisprudence constante. V. e.a., CEDH, 9 février 2017, *Mitzinger c. Allemagne*, req. n° 29762/10, § 41.

³⁹⁸ La prohibition de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle a d'ailleurs été affirmée depuis les premières décisions de la Cour en la matière. Elle l'avait en effet implicitement appréhendée dans l'affaire *Smith et Grady* (CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. nos 33985/96 et 33986/96, JDI, 2000, p. 121, n. D. Leclercq-Delapierre, *RTD civ.*, 1999, p. 917, obs. J.-P. Marguénaud). L'arrêt concernait la révocation d'individus de l'armée en raison de leur homosexualité. La Cour, après avoir conclu à la violation de l'article 8, considère que « les griefs relatifs à la discrimination que les requérants auraient subie en raison de leurs préférences sexuelles [...] coïncident en pratique, bien que présentés sous un angle différent, avec la plainte que la Cour a déjà examinée sur le fondement de l'article 8 de la Convention » (§ 115). Dans le même sens, CEDH, 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, req. nos 31417/96 et 32377/96. La même année, la prohibition de la discrimination en raison de ce critère a été explicitée dans le cadre de l'affaire CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96, *RTD civ.*, 2000, p. 313, obs. J. Hauser, *AJDA*, 2000, p. 526, chron. J.-F. Flauss, *JCP*, 2000.I.203, chron. F. Sudre, *Dr. fam.*, 2000, comm. n° 45, obs. A. Gouttenoire-Cornut. À cette occasion la Cour a affirmé qu'« il y a eu une différence de traitement entre le requérant et la mère de M., qui reposait sur l'orientation sexuelle du requérant, notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention » (§ 28).

³⁹⁹ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, *RTD Civ.*, 2003, p. 764, n. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2004.I.107, n. F. Sudre. Cet arrêt sera plus longuement analysé par la suite. V. *infra*, § 705 et s.

⁴⁰⁰ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves »⁴⁰¹. Elle a ainsi exigé que la mesure discriminatoire soit nécessaire, et non plus seulement proportionnée, pour que la discrimination puisse être justifiée, y compris en matière familiale⁴⁰².

II) Les dérogations conformes aux dispositions d'égalité contenues dans le droit de l'Union européenne

168. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, si la possibilité de déroger aux dispositions d'égalité a été introduite par la Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est venue donner un fondement textuel aux dérogations admises au principe d'égalité et de non-discrimination consacrés dans la Charte. L'article 52 alinéa 1^{er} *in fine* de ce texte précise, en effet, que « dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». La Charte a repris la terminologie déjà employée par la Cour de justice. C'est dans sa jurisprudence qu'on trouve en effet la référence à la poursuite d'une *raison impérieuse d'intérêt général* permettant d'introduire une différence de traitement entre des situations comparables⁴⁰³. Il convient cependant de souligner qu'aucune décision rendue en matière familiale ne fournit d'exemple de dérogation aux dispositions prohibant la discrimination. Cette absence s'explique, en ligne générale, par le défaut de compétence des institutions de l'Union

⁴⁰¹ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, § 37, préc. La Cour européenne des droits de l'homme cite à ce titre les arrêts CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, § 90, préc. et CEDH, 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, req. n° 45330/99, § 37, *D.*, 2003, p. 2278, n. L. Burgorgue-Larsen.

⁴⁰² V. CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07, *RTD civ.*, 2013, p. 329, obs. J-P. Marguénaud, *D.*, 2013, p. 502, obs. I. Gallmeister, *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2013, p. 227, obs. F. Chénéde, *Dr. fam.*, 2013, comm. 53, n. C. Neirinck ; CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09, *D.*, 2013, p. 2888, n. F. Laffaille, *AJDA*, 2014, p. 147, chron. L. Burgorgue-Larsen, *RTD civ.*, 2014, p. 89, obs. J. Hauser, *AJ fam.*, 2014, p. 49, obs. C. Beaudoin, *Dr. fam.*, 2013, alerte 58, n. M. Lamarche, *JCP G*, 2013, p. 1281, n. F. Sudre ; CEDH, 14 juin 2016, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, req. n° 35214/09, *AJ fam.*, 2016, p. 384, obs. F. Berdeaux-Gacogne.

⁴⁰³ CJCE, 24 mars 1994, *H.M. Customs and Excise c. Schindler*, aff. C-275/92, rec. 1994, I-1095, point 55 ; CJUE, 23 novembre 2017, *A*, aff. C-292/16, point 30 ; CJUE, 22 juin 2017, *Bechtel*, aff. C-20/16, point 52 ; CJUE, 17 décembre 2015, *Timac Agro Deutschland*, C-388/14, point 26 ; CJUE, 26 mai 2016, *Kohll et Kohll-Schlessler*, C-300/15, point 45. Par le passé, la Cour faisait référence aux « objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits » (v. CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Hohlen-und Baustoffgroshandlung c. Commission*, aff. 4-73, rec. 1974, p. 508, point 14), ou encore aux « différenciations objectivement justifiées » (v. CJCE, 6 décembre 1984, *Biovilac*, aff. 59/83, rec. 1984, p. 4078, point 19).

pour règlementer les aspects purement internes du droit de la famille⁴⁰⁴. Au cours de la deuxième partie de cette étude, il sera cependant possible de voir que, lorsque la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le traitement réservé à des situations familiales, elle se montre très respectueuse des conceptions nationales de la famille. Elle renvoie régulièrement à la compétence des États membres pour opérer l'analyse de la comparabilité des situations et, *a fortiori*, pour déterminer si une dérogation à l'exigence d'identité de traitement doit être admise⁴⁰⁵. Dans l'arrêt *K.B.*⁴⁰⁶ la Cour de justice a néanmoins imposé à l'État membre en cause une analyse relative à la comparabilité des situations familiales, analyse qui avait été retenue par la Cour européenne des droits de l'homme avant elle. La question se pose alors de savoir si, dans cette affaire, l'admission d'une dérogation à l'égalité des rémunérations des hommes et des femmes a été envisagée par la Cour de justice. L'affaire portait sur une demande de pension de réversion. La législation nationale réservait ce droit au conjoint survivant. En l'espèce, il était cependant réclamé par le concubin survivant d'un couple dont l'un des membres était un transsexuel ayant effectué une opération de conversion sexuelle. L'État ne reconnaissait cependant pas le changement de sexe, ce qui empêchait le couple de se marier. Or, dans cette affaire, la Cour constate une contrariété de « principe »⁴⁰⁷ à l'article 141 TCE (devenu art. 157 TFUE). Elle renvoie néanmoins à la compétence de l'État afin de déterminer si, « dans un cas tel que celui de l'affaire au principal, une personne dans la situation de K. B. peut se fonder sur l'article 141 CE afin de se voir reconnaître le droit de faire bénéficier son partenaire d'une pension de réversion ». L'affirmation que l'interdiction du mariage d'un couple composé par un transsexuel, devenu homme, et une femme est « en principe » contraire à l'article 141 CE peut laisser entendre que la Cour considère que la situation de ce couple est comparable à celle du couple composé d'un homme et d'une femme n'ayant pas changé de sexe. Néanmoins, le droit de l'Union n'a pas de compétence en ce qui touche aux aspects purement internes du droit de la famille. Ainsi, la Cour a renvoyé à la compétence de l'État membre dans la mesure où « il appartient aux États membres de déterminer les conditions de la

⁴⁰⁴ L'art. 81, § 3, TFUE seul donne au Conseil une compétence pour adopter les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière. La Cour de justice a précisé que le droit de l'Union « n'a pas pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple », CJCE, 12 juillet 1984, *Ulrich Hofmann c. Barmer Ersatzkasse* (par la suite *Hofmann*), aff. 184/83, § 24. V. S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, dactyl., Université Paris 1, 2001. Pour une position critique, v. I. BARRIÈRE-BROUSSE, « L'improbable européanisation du droit international privé de la famille », *JCP G*, 2014, n° 5, étude n° 120.

⁴⁰⁵ V. *infra*, § 778 et s.

⁴⁰⁶ CJCE, 7 janvier 2004, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State For Health*, C-117/01, préc.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, §§ 34 et 36.

reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne dans la situation de R. »⁴⁰⁸. L'emploi de l'expression en « en principe » peut alors être lu comme un renvoi à la compétence des États pour déterminer s'il existe des motifs légitimes permettant de déroger à l'exigence d'identité de traitement contenue dans l'article 157 TFUE.



169. Le droit de l'Union européenne, tel qu'interprété par la Cour de justice, admet alors des dérogations aux dispositions prohibant la discrimination en matière familiale, à l'instar de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que des juridictions françaises et italiennes précédemment analysées. Cela signifie que les contenus de l'égalité définis par l'ordre juridique français et italien en matière familiale ne peuvent découler directement des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères préétablis. Malgré la comparabilité des situations imposée par ces dispositions et l'exigence d'identité de traitement qui est censée en découler, des différences de traitement peuvent toujours être considérées comme conformes à ces dispositions d'égalité. Tel est le cas tant que l'admissibilité de dérogations à ces dernières n'est pas exclue.

170. Les contenus de l'égalité que les ordres juridiques ici analysés tirent de ces dispositions d'égalité ne sont donc pas nécessairement les mêmes. Là où un ordre juridique admet une dérogation, l'autre peut l'exclure. Le premier peut ainsi définir une différence de traitement pour deux situations, là où le second peut prévoir un traitement identique. Cette potentielle variabilité des exigences substantielles d'égalité empêche de considérer que l'internationalité de ces dispositions d'égalité s'accompagne de la transnationalité des contenus de l'égalité que chaque ordre juridique en tire. Cette considération fait alors vaciller le postulat qui amène les acteurs de la justice à considérer que la limitation à la continuité des situations au nom de l'égalité de traitement se justifie. Si certaines discriminations sont internationalement prohibées, il n'en va pas nécessairement de même pour les exigences substantielles d'égalité qui en découlent concrètement dans les ordres juridiques.

⁴⁰⁸ CJCE, 7 janvier 2004, *K. B.*, préc., § 35.

Conclusions du premier chapitre

171. L'un des fondements de l'équilibre supposé entre la protection du principe d'égalité et la garantie de la continuité des situations en droit international privé de la famille est l'internationalité du principe d'égalité. Cette caractéristique laisse en effet imaginer que des solutions concordantes sont adoptées par tous les ordres juridiques qui en garantissent le respect. Cependant, le juge ne confronte pas les normes étrangères à un principe abstrait, mais à des exigences substantielles, à savoir, celle de traiter de manière identique des situations données et celle d'en traiter d'autres de manière différente. La question qui s'est posée était alors de savoir si ces contenus d'égalité peuvent être à leur tour considérés comme internationalement partagés.

172. Afin de répondre à cette question, une première hypothèse méritait d'être analysée. Il s'agissait de vérifier si les différents types de disposition expression du principe d'égalité, sont aptes à définir elles-mêmes ces exigences substantielles en matière familiale. Dans l'affirmative, ces dernières auraient en effet dû être les mêmes dans chaque ordre juridique garantissant le respect du même type de disposition d'égalité.

173. Dans le but de toucher au plus large spectre de types de dispositions d'égalité, l'analyse a porté sur les consécutions de l'égalité inscrites en droit français et en droit italien, mais également au niveau supranational, avec un accent mis sur les dispositions d'égalité pertinentes en droit de la famille dans ces deux pays. Le principe d'égalité des droits, le principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive, et les dispositions prohibant la discrimination ont notamment fait l'objet d'étude. Ces types de dispositions d'égalité commandent toutes de s'intéresser en premier lieu à la comparabilité des situations en cause afin d'établir si elles doivent ou non faire l'objet d'un traitement identique. En effet, elles traduisent toutes, bien que dans une mesure variable, la règle de l'égalité de traitement qui exige que les situations comparables fassent l'objet d'un traitement identique et que les situations dissemblables fassent l'objet d'un traitement différent à moins qu'une dérogation ne soit admise.

174. Dans la mesure où ces règles d'égalité font l'objet de nombreuses consécutions au niveau tant national que supranational, s'il était possible de tirer directement de celles-ci les contenus de l'égalité dont le respect s'impose, entre autres, en droit international privé de la famille, l'internationalité des premières aurait été le gage de la transnationalité des seconds. Cette hypothèse n'a cependant pas été confirmée.

Plus exactement, le principe d'égalité des droits, le principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive et la prohibition générale des discriminations ont pu être considérés comme des normes purement méthodologiques. En effet, elles imposent de s'interroger sur la comparabilité des situations en cause et sur l'admissibilité de dérogations à l'exigence d'identité ou de différence de traitement qui découle de la réponse à la première question, sans fournir toutefois d'éléments matériels permettant d'y répondre.

Il découle de cet élément que le travail des législateurs, consistant en la définition des catégories bénéficiaires de chaque droit qu'ils consacrent est toujours conforme à ces dispositions d'égalité à leurs yeux. Le travail d'élaboration normative consiste, en effet, à prévoir un traitement approprié pour chaque situation. Toute différence de traitement sera prévue par la loi en considérant indirectement que les situations régies sont différentes ou que la protection d'un intérêt légitime rend nécessaire ce traitement différencié. À titre d'exemple, le fait que le principe de l'égalité des droits exige l'identité de traitement des situations similaires n'implique pas nécessairement l'identité de traitement des époux. Pour que cela soit le cas encore faut-il considérer que les hommes et les femmes se trouvent dans des situations comparables et que la poursuite de finalités légitimes fixées par la loi ne commande pas leur traitement différent concernant des droits et obligations découlant du mariage. Ainsi, tant que l'un de ces éléments fait défaut relativement à l'attribution d'une prérogative, l'autorité normative considérera des différences de traitement entre les hommes et les femmes comme licites, voire nécessaires.

175. La prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés se distingue en revanche de cette première série de dispositions d'égalité. Bien que ce type de disposition d'égalité sous-entende à son tour le respect de la règle de l'identité de traitement, il fournit un élément de plus par rapport aux trois autres, une donnée substantielle. La prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés prédétermine en effet les catégories devant faire l'objet d'un traitement identique par l'ordre juridique qui les garantissent. Tel est par exemple le cas de l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH. Cette disposition impose une égalité des droits des époux, ce qui englobe, dans la lecture qui est la nôtre⁴⁰⁹, à une prohibition de la discrimination en raison du sexe dans le cadre du mariage. Les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés constituent alors une exception à l'inaptitude des dispositions d'égalité à prédéterminer les exigences substantielles découlant de telles consécutions. En présence d'une disposition prohibant les différences de traitement fondées sur le sexe, il est en effet possible de savoir d'emblée qu'une législation qui introduit une

⁴⁰⁹ V. *supra*, § 91.

différence de traitement entre les hommes et les femmes et qui entre dans le champ d'application de la disposition d'égalité, est *en principe* contraire à cette dernière.

176. Il n'est cependant pas possible d'affirmer avec certitude que les contenus de l'égalité qui découlent de cette disposition d'égalité sont nécessairement des exigences d'identité de traitement des hommes et des femmes relativement aux droits qui rentrent dans le champ d'application matériel de cette disposition d'égalité. Plus généralement, en matière familiale, il n'est pas possible de déduire les contenus de l'égalité directement des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés. Cela dépend du fait que, dans ce domaine du droit, toute disposition d'égalité admet des dérogations. Les cas d'exclusion textuelle ou jurisprudentielle de cette possibilité ne concernent pas le droit de la famille. Au contraire, de nombreux exemples tirés de la jurisprudence italienne, française et européenne, relative au contrôle de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois, montrent la tendance des juges nationaux à légitimer les différences de traitement que le législateur introduit en matière familiale et la possibilité de déroger aux dispositions d'égalité, si les conditions que ces juridictions posent sont remplies. L'admissibilité des dérogations implique notamment que, bien que la prévision d'une interdiction des discriminations en raison d'un critère donné requière en principe le traitement identique de situations couvertes par ce critère, il n'est pas possible d'exclure que l'exigence finalement définie par l'ordre juridique soit une différence de traitement. Tel sera en effet le cas à chaque fois où une dérogation sera admise au respect de la disposition d'égalité et de la règle de l'égalité de traitement qu'elle traduit.

177. Il découle de l'ensemble de ces éléments qu'en matière familiale les contenus de l'égalité auxquels les normes étrangères sont susceptibles d'être confrontées dans les litiges de droit international privé de la famille, ne peuvent pas être directement déduits des dispositions d'égalité. Le caractère international de ces dernières n'est ainsi pas un gage de la transnationalité des exigences substantielles d'égalité que les différents ordres juridiques définissent en matière familiale. La question de savoir comment ces exigences sont définies mérite ainsi une réponse, dans la perspective de comprendre quelle est leur nature. Or, les analyses développées jusqu'ici ont permis de mettre en évidence que les dispositions d'égalité sur le fondement desquelles les contenus de l'égalité sont définis imposent le respect, dans des mesures variables, de la règle de l'égalité de traitement. Cette dernière s'est ainsi révélée être le véritable fil rouge reliant les dispositions d'égalité aux exigences substantielles d'identités et de différences de traitement dont les ordres juridiques assurent le respect en droit international privé.

Chapitre 2) Des exigences non définies par la règle de l'égalité de traitement

178. Dans le cadre de la recherche des modalités de définition des exigences substantielles d'égalité, il a été possible de comprendre que la nécessité de traiter deux situations de manière identique ou différente ne dépend pas totalement des dispositions d'égalité qu'un ordre juridique peut consacrer ou souscrire. Comme Monsieur EDEL l'a écrit « l'égalité est un objet fondamentalement et irrémédiablement formel »⁴¹⁰ puisqu'« elle n'est qu'un rapport »⁴¹¹. Les dispositions d'égalité se sont en effet révélées inaptes à définir quelles situations doivent concrètement faire l'objet d'un traitement identique ou différent en France et en Italie en matière familiale. En revanche, comme Monsieur PELLISSIER l'a souligné, « égalité et non-discrimination recouvrent les mêmes modalités d'appréciation des normes »⁴¹². À partir de l'analyse des traits communs aux dispositions d'égalité qui constituent l'expression du principe d'égalité, il est apparu que ce dernier impose de respecter des exigences méthodologiques⁴¹³, un cheminement intellectuel qui, lui, conduit à définir les contenus de l'égalité.

Madame LOCHAK précise ainsi que la réponse à la question de savoir « [...] comment déterminer où finit la différence normale et légitime [et] où commence la discrimination injustifiée, donc à proscrire »⁴¹⁴ trouve sa réponse dans l'identification de cette « démarche intellectuelle idéal-typique qui permet, dans chaque cas, de dire qu'il y a ou non-discrimination »⁴¹⁵. Nous pensons avoir démontré que cette démarche intellectuelle est définie par la règle de l'égalité de traitement et que chaque type de disposition d'égalité en exige le respect dans une proportion variable⁴¹⁶.

⁴¹⁰ F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, pp. 213-242, spéc. p. 213.

⁴¹¹ *Idem.*

⁴¹² G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 101.

⁴¹³ En ce sens également, *ibid.*, p. 31.

⁴¹⁴ D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.*, n° 11, 1987, pp. 778-790, spéc. p. 779.

⁴¹⁵ *Idem.*

⁴¹⁶ La doctrine s'est penchée d'innombrables fois sur la structure des dispositions d'égalité et sur sa méthodologie d'application. Dans l'impossibilité de fournir un répertoire exhaustif des publications relatives au principe d'égalité ainsi qu'à ses composantes et ses applications, nous nous limiterons à en citer les principales, et notamment R. SÈVE (dir.), « L'égalité », *APD*, t. 51, Dalloz, Paris, 2008 ; P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, *op. cit.* ; J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, pp. 23-166 ; J.-F. THÉRY, F. STASSE, « Sur le principe d'égalité », *op. cit.* ; G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, *op. cit.* ; D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, pp. 778-790 ; Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, pp. 295-353 ; F.

179. Cette démarche implique de répondre à un double questionnement, et s'impose à toute autorité, normative ou juridictionnelle, veillant au respect du principe d'égalité. La première question est de savoir quelles situations sont comparables. La seconde question se pose uniquement lorsque des situations sont considérées comme semblables et porte sur l'analyse d'intérêts légitimes éventuellement en jeu dans chaque espèce qui justifieraient l'admission d'une dérogation à la règle de l'identité de traitement.

Dès lors, le principe d'égalité et les différents types de dispositions qui le consacrent ne définissent pas des exigences substantielles, mais méthodologiques. Seule la prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés constitue une exception partielle. Ces règles imposent en effet de considérer les situations qu'elles couvrent comme comparables, bien qu'elles n'excluent pas, comme les autres dispositions d'égalité, la possibilité d'y déroger.

180. Il convient dès lors de poursuivre dans la recherche des modalités de définition des contenus de l'égalité dont le respect s'impose en droit international privé de la famille. Dans ce but, il sera opportun d'analyser le double questionnement sous-entendu par la règle de l'égalité de traitement. Il en ressortira que les analyses de la comparabilité des situations et de l'admissibilité de dérogations sont opérées, dans les ordres juridiques qui garantissent le principe d'égalité, par chaque autorité normative nationale ou supranationale, dans le cadre du travail d'élaboration des règles de droit. Elles sont également effectuées par chaque juridiction nationale ou supranationale compétente pour s'assurer de la conformité des normes ainsi adoptées aux différentes dispositions d'égalité. Ces exigences méthodologiques peuvent alors être considérées comme étant internationales, puisqu'elles découlent du principe d'égalité lui-même et des différentes dispositions d'égalité qui en constituent l'expression.

En revanche, les contenus de l'égalité sont définis en répondant à ce questionnement d'égalité et nous avons déjà pu montrer que ces réponses ne peuvent pas, ou pas totalement, être tirées des dispositions d'égalité. Ainsi, les réponses que chaque autorité compétente à cet effet est susceptible d'apporter sont variables.

181. Le principe d'égalité est donc toujours concrétisé en suivant les exigences méthodologiques qu'il pose, à savoir, le double questionnement d'égalité évoqué. Ces exigences sont donc autant internationalement partagées que le principe qui les véhicule (**Section 1**). En revanche, les réponses à ce questionnement sont apportées de manière

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit. ; G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », op. cit., pp. 97-110.

autonome par chaque autorité compétente. Ces dernières définissent ainsi les contenus de l'égalité dont le respect sera imposé, entre autres, en droit international privé de la famille. L'internationalité des dispositions d'égalité n'implique donc pas l'internationalité des exigences substantielles d'égalité (**Section 2**).

Section 1) Les exigences méthodologiques posées par la règle de l'égalité de traitement

182. Il a été exposé que le principe d'égalité impose le respect d'une règle méthodologique qui correspond à la règle de l'égalité de traitement. Les situations comparables doivent faire l'objet d'un traitement identique et les situations dissemblables doivent faire l'objet d'un traitement différent à moins qu'une dérogation au respect de cette règle ne soit admise. Cette règle laisse ainsi comprendre que la définition des exigences substantielles d'égalité passe par deux étapes. Il s'agit premièrement de déterminer quelles situations sont comparables et quelles situations sont dissemblables. Il s'agit en second lieu de prévoir en principe, un traitement identique pour les premières et un traitement différent pour les secondes, en sachant cependant que la règle de l'égalité de traitement admet des dérogations. Deux situations comparables sont ainsi susceptibles de faire l'objet de traitements différents si la protection d'un intérêt légitime le requiert.

183. La définition des contenus de l'égalité passe ainsi par la mise en œuvre d'une analyse de la comparabilité des situations (§1) et par la prévision, pour ces dernières, d'un traitement conforme à la règle de l'égalité de traitement (§2).

§1) L'analyse de la comparabilité des situations

184. Monsieur SWEENEY résume en termes clairs la centralité de l'analyse de la comparabilité des situations afin de déterminer si le traitement prévu pour chaque situation est ou non conforme au principe d'égalité. Il souligne que « soit les situations sont différentes et la distinction est licite, soit au contraire les situations sont analogues et la différence de traitement est susceptible de constituer une violation du principe d'égalité »⁴¹⁷. KELSEN soulignait déjà que le principe du traitement différent des situations différentes n'est que le corollaire logique

⁴¹⁷ M. SWEENEY, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, op. cit., p. 375.

du traitement identique des situations comparables⁴¹⁸. Le principe de l'identité de traitement présuppose en effet « l'existence d'une norme qui détermine les différences qui sont importantes et celles qui ne le sont pas dans le but de traiter ces dernières à égalité »⁴¹⁹. Ainsi, pour que la règle de l'égalité de traitement soit respectée, chaque règle de droit doit s'appliquer sans distinction à tous les sujets se trouvant dans des situations semblables et doit distinguer les situations dissemblables⁴²⁰.

185. En dehors des situations couvertes par des dispositions prohibant la discrimination, il conviendra alors de déterminer quelles situations sont assimilables et quelles situations sont différentes en déterminant quelle est la caractéristique prééminente dans chaque situation **(II)**. Pour ce faire, il est nécessaire de déterminer de manière préalable l'objet de la norme dont les destinataires doivent être définis par les autorités normatives et contrôlés par les juridictions compétentes à cet égard. La définition de l'objet permet notamment de déterminer le point de vue à partir duquel fonder l'analyse de la comparabilité des situations **(I)**. Ces éléments nous conduiront également à définir la condition *sine qua non* de la définition des exigences substantielles d'égalité. La question de la comparabilité des situations se pose uniquement à partir du moment où une norme attribue une prérogative à au moins une catégorie de sujets. Seulement dans ce cas il est en effet possible de se questionner sur l'existence de situations comparables à celle que la règle de droit vient régir **(III)**.

I) La définition de l'objet de la norme

186. **La liberté de l'analyse comparative dans le travail d'élaboration normative : un rappel.** – Toute autorité normative crée des catégories juridiques en distinguant les situations qu'elle considère comme différentes et en rassemblant les situations qui lui paraissent semblables⁴²¹. Comme Monsieur JOUANJAN le souligne, le respect de la règle de l'égalité de traitement « se situe logiquement en amont des classifications législatives (ou réglementaires) puisqu'il doit précisément servir de guide au travail de découpage des catégories qu'entreprend

⁴¹⁸ H. Kelsen, *Qu'est-ce que la justice ?*, op. cit., p. 53. V. également O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 586.

⁴¹⁹ P. FERRAGAMO, *Il principio di eguaglianza nell'etica contemporanea*, Giappichelli Editore, Turin, 2002, p. 33.

⁴²⁰ Le périmètre du contrôle de la conformité des règles de droit aux dispositions d'égalité des juridictions compétentes à cet égard peut être limité. Tel est le cas du Conseil constitutionnel français qui n'exerce pas de contrôle sur les situations que le législateur a traitées de manière identique. V. au sujet de l'idéal universaliste sous-tendu par cette limitation O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op. cit. ; D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., 2010.

⁴²¹ En ce sens, Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Paris, 2003.

l'autorité normatrice »⁴²². En revanche, les juridictions amenées à statuer sur la conformité d'une règle de droit à l'une de ces dispositions d'égalité doivent vérifier que d'autres situations, y compris celles régies par d'autres règles de droit, ne soient pas comparables à celles couvertes par la première. Cela signifie alors que lorsque les juges sont appelés à contrôler la conformité d'une règle de droit aux dispositions d'égalité, elles doivent opérer à leur tour l'analyse comparative des situations. En effet, c'est l'autorité normative qui, de manière implicite, effectue cette opération en premier, lors de l'élaboration de la norme objet de contrôle. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner⁴²³, cette dernière traite de manière comparable les situations qu'elle considère comme étant comparables. Il a également été possible de montrer qu'en dehors des critères dont la prise en compte est explicitement interdite par le droit, l'analyse de la comparabilité des situations peut amener l'autorité à se prononcer aussi bien dans le sens de la similitude que de la différence des situations.

187. Une analyse comparative, fonction du point de vue adopté. - Or, le choix de l'une ou de l'autre de ces solutions dépend du point de vue que l'on adopte⁴²⁴. Chaque situation, chaque individu peut, en effet, être considéré comme égal ou différent d'un autre en mettant en relief l'un des traits le caractérisant en fonction de la situation dans laquelle il se trouve. En ce sens Monsieur GHERA considère que « deux termes (phénomènes, concepts) [...] ne sont jamais égaux en sens absolu, mais seulement partiel [...] ». Cela revient évidemment à dire que si deux termes peuvent être égaux selon certains aspects, selon d'autres ils sont nécessairement différents. [...] [Ainsi] cela n'a pas de sens d'affirmer que deux ou plusieurs objets ou classes d'objets (phénomènes, concepts) sont « égaux » ou « différents » sans donner d'ultérieures spécifications. Il conviendra ainsi de toujours préciser le point de vue (ou l'angle relativement auquel les deux termes comparés sont égaux ou différents (ex. sexe, âge, taille, lieu de naissance de deux ou plusieurs individus comparés les uns aux autres) »⁴²⁵. Par exemple, les enfants nés dans et hors mariage peuvent être distingués tant que l'on considère que le mariage des parents est un critère de distinction pertinent. En revanche, si l'on considère cette donnée comme accessoire dans la définition des droits des enfants, ces derniers ne seront logiquement pas distingués en fonction de cet élément. NIETZSCHE écrivait à ce sujet que « tout concept surgit

⁴²² O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 586.

⁴²³ V. *supra*, §76.

⁴²⁴ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « L'égalité juridique », op. cit., p. 60.

⁴²⁵ F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, op. cit., pp. 2-3, T.d.A. ; v. également O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 587.

de la postulation de l'identité du non identique [...]. De même qu'il est évident qu'une feuille n'est jamais tout à fait identique à une autre, il est tout aussi évident que le concept feuille a été formé à partir de l'abandon de ses caractéristiques particulières abstraites, et de l'oubli de ce qui différencie un objet d'un autre »⁴²⁶. Mais, relativement à l'objet de chaque norme, toute une série de caractéristiques de l'individu ou de la situation dans laquelle il se trouve pourra être considérée comme pertinente, voire essentielle, par l'autorité afin de déterminer si un *discrimen* doit être pris en compte, ou, au contraire, si ces situations présentent une même caractéristique qui les unit⁴²⁷.

Si l'on prend l'exemple de la comparabilité des couples de même sexe et des couples de sexe différent il est possible de constater que dans de nombreux pays les premiers ont été autorisés à adopter ensemble un enfant, tandis que d'autres droits, tels que le mariage, ne leur ont pas été garantis, ou bien, cela n'a eu lieu que des années plus tard⁴²⁸. D'autres pays, au contraire, ont ouvert le mariage aux couples de même sexe, tout en refusant pendant des années de reconnaître à ces mêmes couples le droit d'adopter un enfant⁴²⁹. Dans ce cas, il apparaît que dans le premier groupe de pays, les couples homosexuels et hétérosexuels ont été considérés par les autorités

⁴²⁶ F. NIETZSCHE, « Mensonge et vérité au sens extra-moral », in W. BENJAMIN (dir.), *Œuvres I*, Gallimard Pléiade, Paris, 2000, p. 407, cité par F. ROUVIÈRE, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *op. cit.*, p. 89 et s., spéc. point 10, § 26. Hannah ARENDT, de même, écrivait que « nous sommes tous pareils, c'est-à-dire humains, sans que jamais personne soit identique à aucun autre homme ayant vécu, vivant ou encore à naître », H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, Pocket, Paris, 2000, spéc. pp. 42-43, cité par E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *op. cit.*, § 100.

⁴²⁷ Sur la subjectivité inhérente au travail d'analyse de la comparabilité des situations v. également D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 784 ; E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, pp. 9-10, § 13.

⁴²⁸ La Cour européenne des droits de l'homme considère comme contraire à la prohibition des discriminations le refus de permettre à un couple homosexuel d'adopter, à moins que ce droit ne soit réservé au couple marié et que ce dernier droit ne soit à son tour réservé aux couples hétérosexuels (v. notamment CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, D., 2012, p. 1241, n. A. Dionisi-Peyrusse, *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc, *RTD civ.*, 2012, p. 275, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2012, p. 589, n. A. Gouttenoire et F. Sudre). Le refus d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe n'est en revanche pas considéré comme contraire à la Convention (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc. ; CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, req. n° 40183/07, *AJ fam.*, 2016, p. 391, obs. F. Berdeaux-Gacogne, D., 2017, p. 1082, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *RTD civ.*, 2016, p. 590, n. J. Hauser et p. 797, n. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2016, p. 760, n. F. Sudre). Dans certains pays autres que les membres du Conseil de l'Europe, le droit à l'adoption est ouvert aux couples de même sexe, sans que le droit au mariage ne le soit, par exemple, en Andorre, en Israël, en Estonie, en Slovaquie, en Suisse et à certaines conditions en Croatie. En ce qui concerne de nombreux pays ouvrant aujourd'hui aussi bien le droit à l'adoption que le droit au mariage, il est possible de remarquer que le premier a été ouvert des années avant le second. Tel a notamment été le cas en Afrique du Sud (adoption : 2002 ; mariage : 2006) ; en Autriche (adoption : 2016 ; mariage : 2019) ; au Brésil (adoption : 2010 ; mariage : entre 2012 et 2013) ; en Colombie (adoption : 2015 ; mariage : 2016) ; au Danemark (adoption : 2010 ; mariage : 2012) ; en Islande (adoption : 2006 ; mariage : 2010) ; à Malte (adoption : 2014 ; mariage : 2017) ; en Suède (adoption : 2003 ; mariage : 2009) ; en Uruguay (adoption : 2009 ; mariage : 2013).

⁴²⁹ Tel a notamment été le cas au Portugal, en Belgique et en Irlande. Au Portugal le droit au mariage a été ouvert en 2010 et le droit à l'adoption en 2016. En Belgique, le droit au mariage a été ouvert en 2003 et le droit à l'adoption en 2006. En Irlande, le droit au mariage a été reconnu en 2015 et le droit à l'adoption en 2016.

nationales comme comparables relativement à l'accès à l'adoption, mais la différence de traitement a été considérée comme légitime ou justifiée du point de vue du droit au mariage. Dans le second groupe de pays, les analyses étaient inversées.

Or, ces deux solutions, en dépit de leur antinomie, peuvent être considérées comme conformes au principe d'égalité. Les éléments des situations sur lesquels l'accent est mis ne sont en effet pas les mêmes dans les deux cas. Dans un cas, la question est de décider si l'on peut ou non accepter de modifier les traits d'une institution dont la spécificité était d'être l'archétype de l'union de l'homme et de la femme⁴³⁰. Dans l'autre, la question porte sur la possibilité – ou plus concrètement de la volonté – d'admettre que deux individus du même sexe soient considérés comme parents de l'enfant, ou responsables de son éducation⁴³¹. C'est pour cela que Monsieur VANQUICKENBORNE précisait qu'« il faut donc toujours spécifier quel est le rapport sous lequel les deux objets ou *n* objets sont égaux, quelle est la classe ou la caractéristique qui les unit »⁴³². Ces situations « auront toujours en commun une propriété qui, pour l'une ou l'autre raison, est importante »⁴³³. Finalement, c'est uniquement en fonction de l'objet de chaque norme que le caractère semblable ou différent de deux situations pourra être apprécié⁴³⁴. La définition de cet objet permet en effet de fixer le point de vue à partir duquel la comparaison devra être effectuée. Cet objet, « le concept juridique lui-même »⁴³⁵, qui se confond souvent avec la finalité de la norme⁴³⁶, est couramment appelé au sein la doctrine et de la jurisprudence

⁴³⁰ Telle était la raison motivant le refus de la Cour de cassation de valider le mariage de Bègles (Cass. fr., Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16627, préc.). La référence à la tradition est également reprise par la Cour européenne des droits de l'homme. Le refus d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels n'est pas contraire à la Convention puisque « le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées » (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, § 62, préc.). Il convient de souligner qu'avant que la CEDH ne se prononce en ce sens, la doctrine avait tendance à considérer que ce refus n'allait pas être considéré comme contraire à l'article 14 de la CESDH en raison de la différence de la situation du couple homosexuel et hétérosexuel (ainsi F. CHÉNEDÉ, « La Cour de cassation confirme la nullité du mariage homosexuel », *AJ fam.*, n° 5, 2007, p. 227 ; I. GALLMEISTER, « Le mariage homosexuel est contraire à la loi », *D.*, n° 14, 2007, pp. 935-936 ; L. ATTUEL-MENDÈS, « Nullité du mariage homosexuel », *AJ fam.*, n° 11, 2004, p. 407). Ces auteurs ignorent cependant la présomption de la comparabilité des situations que la prohibition de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle pose. V. *supra*, § 96.

⁴³¹ Madame CHEYNET DE BEAUPRÉ souligne le caractère politique de la réponse à cette question. A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Homme et femme il les créa », *D.*, n° 18, 2008, pp. 1216-1223, points 24 et 27. Pour aller plus loin v. S. DE BÉNALCAZAR, *Pacs, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, Deffrénois, Paris, 2007.

⁴³² M. VANQUICKENBORNE, « La structure de la notion d'égalité en droit », *Revue Internationale de Philosophie*, n° 3, 1971, *L'égalité*, p. 332.

⁴³³ *Ibid.*, p. 333.

⁴³⁴ V. en ce sens K. LENAERTS, D. ARTS, « La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales », in *La personne humaine, sujet de droit. Quatrième Journée René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993)*, PUF, Paris, 1994, p. 105, qui soulignent que « l'objectif de la mesure joue un rôle essentiel pour déterminer les critères de comparaison pertinents ».

⁴³⁵ F. ROUVIÈRE, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *op. cit.*, p. 89 et s., spéc. point 11, § 28.

⁴³⁶ En ce sens, E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *op. cit.*, § 102, ainsi que la jurisprudence citée en note.

constitutionnelle italienne le *tertium comparationis*⁴³⁷. L'objet de la norme se pose comme un troisième terme par rapport aux deux éléments qu'il convient de rassembler ou de séparer et qui a précisément pour but de permettre d'effectuer ce choix⁴³⁸.

188. Cette analyse nous conduit à nous détacher de la pensée des auteurs qui définissent un point de vue, par eux considéré comme légitime, à partir duquel apprécier les différenciations juridiques. Ainsi, Monsieur BERGEL considère que l'identité ou la différence de traitement est fonction de l'identité ou de la différence de nature⁴³⁹. En revanche, selon CARCASSONNE seules les distinctions fondées sur des attributs extérieurs à l'individu sont compatibles avec le principe d'égalité, précisément en raison de l'impossibilité de prévoir si un sujet se trouvera un jour dans l'une des situations appréhendées par le droit⁴⁴⁰.

La pensée de ces auteurs se construit ainsi autour de l'idée que la nature ou les éléments inhérents à la personne doivent constituer le point de vue à adopter dans le travail d'élaboration normative. Néanmoins, l'imposition du point de vue à adopter est tributaire d'un jugement de valeur. Si la pensée de ces auteurs peut trouver des confirmations en droit positif, cela n'exclut pas que des règles élaborées à partir d'un point de vue différent ne soient pas considérées comme conformes aux dispositions d'égalité par les autorités compétentes. Il convient de souligner à cet égard que certains ordres juridiques ne consacrent pas uniquement des dispositions prohibant la discrimination en raison de facteurs intérieurs à la personne, mais également en fonction de facteurs extérieurs, tels que la résidence⁴⁴¹. Le point de vue à adopter est ainsi variable selon l'autorité appelée à se prononcer sur le respect des dispositions d'égalité.

⁴³⁷ Cette expression apparaît dans la jurisprudence constitutionnelle italienne pour la première fois dans l'arrêt C. const. it., 20 mars 1978, n° 20/1978, *Giur. it.* 1979, I,1, p. 218, *Vita not.* 1978, p. 448, *Nuovo dir.* 1978, p. 486. Elle est désormais employée même par la doctrine française. V. par exemple, O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 587.

⁴³⁸ Sur ce thème, v. les amplies explications fournies par Monsieur CELOTTO et par Madame CORAGGIO sur la complexité de l'opération d'identification du *tertium comparationis*, A. CELOTTO, « Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana », in L. MEZZETTI, E. FERRE MAC-GREGO, *Diritto processuale costituzionale. Omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i 50 anni di ricercatore di diritto*, Cedam, Padoue, 2010, pp. 125-130 ; C. CORAGGIO, *Le declinazioni del giudizio di ragionevolezza dinanzi alla corte costituzionale*, op. cit., p. 14 et s. V. également J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2e partie) », op. cit., pp. 354-362, spéc. §§ 6-7. Pour une application v. C. const. it., 24 novembre 1988, n° 1064/1988, *Foro it.*, 1989, I, p. 2109, *Giust. civ.*, 1989, I, p. 529, *Cons. Stato*, 1988, II, p. 2222, *Arch. civ.*, 1989, p. 250, *Riv. giur. edilizia*, 1989, I, p. 44.

⁴³⁹ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, pp. 255-272.

⁴⁴⁰ G. CARCASSONNE, *La Constitution*, 7^e éd., Éditions du Seuil, Paris, 2005, p. 43. À ce sujet v. également O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op. cit., pp. 8-12.

⁴⁴¹ Tel est le cas en Géorgie, art. 14 Const. ; en Russie, art. 19 Const. ; en Ukraine, art. 24 Const. Une auteure italienne s'est également penchée sur le caractère discriminatoire de l'usage de la résidence et du domicile comme critère de rattachement. Cf. S. TONOLO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, op. cit., spéc. p. 70 et s.



189. La première étape méthodologique conduisant à la définition des exigences substantielles d'égalité est constituée par l'analyse de la comparabilité des situations. Cette opération commence par la définition de l'objet de la norme, opération tributaire de la liberté d'interprétation de chaque autorité de contrôle. Ce travail permet notamment de choisir les caractéristiques considérées comme essentielles, ce que nous allons voir à présent, dans le but de rassembler les situations qui seront donc considérées comme comparables et de les séparer des autres, considérées comme différentes.

II) La sélection des caractéristiques prééminentes de chaque situation

190. Au niveau de l'élaboration des règles de droit, la définition de leurs destinataires et, par exemple, les bénéficiaires d'une prérogative donnée en droit interne, implique de dessiner une catégorie de droit. Monsieur BERGEL définit ces catégories comme des « schémas abstraits qui ne retiennent que les traits communs à la situation de chacune [des espèces] »⁴⁴². Cette définition permet de mettre en lumière le lien unissant le travail de catégorisation des situations et l'exigence que ce dernier soit effectué à la lumière du principe d'égalité. Afin de créer une catégorie, précise l'auteur, il est nécessaire d'identifier les traits communs à chaque espèce. Ces traits communs fondent ainsi la comparabilité des situations et justifient la réunion des espèces au sein d'une même catégorie juridique conformément à la règle de l'égalité de traitement. Cette sélection permettra de faire apparaître, par contraste, les catégories exclues.

191. La première question qui se pose est donc de savoir ce qui est semblable et ce qui est différent. Dresser une liste exhaustive des critères permettant de distinguer les individus et les situations dans lesquelles ils se trouvent n'est pas envisageable. Les autorités normatives sélectionneront des critères qui pourront être artificiellement créés par le droit, ou qui correspondent à un état de nature inhérent ou extérieur à l'individu, en fonction desquels construire les catégories juridiques et définir les destinataires de chaque norme. Seuls seront donc sélectionnés les attributs pertinents aux yeux de l'autorité en cause⁴⁴³. Ce sont ensuite ces mêmes critères qui sont examinés par les juridictions compétentes lorsque la question de la conformité de dispositions normatives aux dispositions d'égalité est portée à leur attention.

⁴⁴² J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *op. cit.*, p. 257.

⁴⁴³ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « L'égalité juridique », *op. cit.*, p. 60 : « [...] le droit reconnaît l'individu : chaque sujet se distingue d'un autre, par un certain nombre d'attributs. Mais seuls certains d'entre eux sont considérés comme des attributs juridiquement qualifiés : par exemple, le fait d'avoir les yeux bleus ou noirs, d'être grand ou petit, d'appartenir au groupe sanguin A+ ou O n'a aucune incidence pour la règle juridique ».

L'examen de la pertinence de ce critère de la part des juridictions sert ainsi de base à l'analyse de la conformité des règles de droit aux dispositions d'égalité.

192. **La catégorisation à la lumière des critères de discrimination interdits.** - Seule la prohibition par les textes de la discrimination fondée sur des critères déterminés permettra d'orienter le législateur dans son travail de catégorisation en conformité aux règles d'égalité, ou de guider les juridictions compétentes dans le cadre d'un contrôle du respect de ces dispositions d'égalité. Dans la définition des destinataires de la règle de droit, les autorités devront alors prendre en compte les présomptions de comparabilité introduites par les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés⁴⁴⁴. Monsieur SAUVÉ souligne à ce sujet que « le droit à la non-discrimination [...] fait office de 'médiateur' entre le principe général d'égalité et des situations empiriques »⁴⁴⁵. Cette médiation s'effectue à travers l'« aveuglement »⁴⁴⁶ du droit, qui ne verra plus dans ces caractéristiques des éléments susceptibles de fonder une différenciation normative⁴⁴⁷. Par ailleurs, les autorités opèrent leur propre analyse de la comparabilité des situations concernant les critères dont la prise en compte n'est pas interdite par ces dispositions d'égalité⁴⁴⁸. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme considère que les catégories juridiques ne peuvent en principe pas être bâties sur la différence de sexes des individus⁴⁴⁹ ou sur l'orientation sexuelle⁴⁵⁰. En revanche, elle considère que le mariage constitue un élément permettant de distinguer le traitement réservé au couple de même sexe et de sexe opposé⁴⁵¹.



⁴⁴⁴ V. *supra*, § 96.

⁴⁴⁵ J.-M. SAUVÉ, « Le principe d'égalité et le droit à la non-discrimination », in Défenseur des droits (dir.), *10 ans de droit de la non-discrimination*, colloque, 5 octobre 2015, p. 3, disponible sur le site <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/colloque-10ans-droits-discr.pdf> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

⁴⁴⁶ F. GUIOMARD, E. SERVERIN (dir.), *Des revendications des salariés en matière de discrimination et égalité ; les enseignements d'un échantillon d'arrêts extraits de la base JURICA (2007-2010)*, Rapport établi dans le cadre de la Mission de recherche Droit et Justice, 2013, p. 30, disponible à l'adresse <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/10-32-RF.pdf> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

⁴⁴⁷ En ce sens, C. const. it., 6 septembre 1995, n° 422/1995, *Foro it.*, 1996, I, p. 1961, n. L. Gianformaggio, *Giur. cost.*, 1995, p. 3255, n. U. De Siervo, I. Brunelli e G. Cinanni, *Stato civile it.*, 1996, p. 132, *Foro amm.*, 1996, p. 373, *Enti pubblici*, 1996, p. 311, *Regioni*, 1996, p. 306, n. S. Bartole, *Quaderni regionali*, 1995, p. 1163, *Giur. it.*, 1996, I, p. 579. V. également L. GIANFORMAGGIO, « Uguaglianza formale e sostanziale : il grande equivoco », *op. cit.*, point n° 7.

⁴⁴⁸ V. *supra*, §§ 97-100.

⁴⁴⁹ V., e.a., CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n° 30078/06, § 127, préc. ; CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90, § 27, préc. ; CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, req. n° 14518/89, § 67, préc.

⁴⁵⁰ V., e.a., CEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n° 37359/09, § 109, préc. ; CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96, § 89, préc.

⁴⁵¹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

193. En conclusion, après avoir défini l'objet de la norme, l'analyse de la comparabilité des situations passe par la sélection des caractéristiques, intrinsèques ou extrinsèques aux personnes, considérées comme prééminentes et permettant de rassembler et distinguer les différentes situations. Cette sélection est, comme la définition de l'objet de la norme, tributaire des choix opérés par chaque autorité compétente pour définir des exigences substantielles d'égalité. Les situations couvertes par des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères préétablis constituent l'exception. Ces dernières précisent en effet quels attributs ne peuvent pas fonder les différenciations.

194. Toute sélection des caractéristiques prééminentes de chaque situation dans le but de déterminer quelles situations sont comparables et quelles situations sont différentes suppose qu'une condition soit remplie et qu'il convient d'exposer. Elle implique l'attribution d'une prérogative à au moins une catégorie servant d'élément de comparaison premier, auquel confronter les autres catégories relativement à la même situation.

III) L'attribution d'une prérogative à une catégorie juridique : condition *sine qua non* de la définition d'une exigence substantielle d'égalité

195. Les analyses qui précèdent ont montré que les exigences substantielles d'égalité d'un ordre juridique dépendent des catégories auxquelles un droit est garanti dans un ordre juridique donné et des catégories auxquelles le même droit est refusé. À la lumière de cet élément, il convient d'introduire une distinction entre deux hypothèses. D'un côté, il convient d'isoler le cas où une prérogative est refusée à une catégorie en particulier, tandis qu'elle est reconnue à une autre. Un exemple en est le droit au mariage, garanti aux couples de sexe opposé mais refusé aux couples de même sexe en droit italien ; par le passé, tel était également le cas de l'ensemble des droits qui étaient conférés par les ordres juridiques français et italien à l'homme et non pas à la femme, ou aux enfants légitimes et non aux enfants naturels.

D'un autre côté, il convient d'isoler le cas où un ordre juridique ne consacre purement et simplement pas un droit donné, qui n'est ainsi attribué à aucune catégorie. Un exemple en ce sens est donné par le mariage polygamique. Le droit français ne consacre pas le droit pour une personne de se marier avec plusieurs personnes, hommes ou femmes. Un autre exemple peut porter sur un ordre juridique qui n'aurait pas institué le partenariat enregistré. Il s'agit d'un droit inconnu dans cet ordre juridique dans la mesure où, dans le droit interne de celui-ci, aucune catégorie juridique, et notamment ni les couples hétérosexuels ni les couples homosexuels, ne peut conclure ce type d'union.

196. **La définition des exigences substantielles d'égalité à partir de l'attribution d'un droit à au moins une catégorie.** - Parmi les deux hypothèses que nous venons de définir, il convient de comprendre qu'un ordre juridique définit des exigences substantielles d'égalité uniquement dans le premier cas, lorsqu'une prérogative est attribuée à au moins une catégorie juridique. En reprenant l'exemple du mariage, dans la mesure où ce droit est reconnu à la catégorie « couples hétérosexuels », il est possible de s'interroger sur l'existence de catégories se trouvant dans des situations comparables à celle-ci.

Or, si l'ordre juridique fournit une réponse positive à cette question, en l'ouvrant par exemple aux couples de même sexe, elle définit la nécessité de traiter les couples de même sexe et de sexe opposé de manière identique relativement à leur droit au mariage, exception faite de l'éventuelle admission de dérogations.

Si en revanche l'ordre juridique répond négativement à cette question, il définit au contraire une exigence substantielle d'égalité de différence de traitement, et notamment que le couple homosexuel et le couple hétérosexuel soient traités de manière différente relativement à la reconnaissance d'un droit au mariage. Le mariage sera, dans ce cas, refusé aux couples homosexuels en droit interne, ce refus créant la différence de traitement.

197. Un autre exemple nous permettra de concrétiser cette analyse. Lorsque la question du droit au transfert du bail au concubin survivant au sein des couples de même sexe a été soumise à l'attention des juridictions françaises, cette question a pu être posée en termes d'égalité⁴⁵² uniquement en raison du fait que ce même droit était reconnu par le droit français au concubin hétérosexuel survivant. En effet, si ce droit n'était reconnu à aucune catégorie, la question de la comparabilité des situations n'aurait pas pu se poser, faute d'un élément de comparaison premier. En revanche, à partir du moment où l'on réfléchit à l'attribution d'une prérogative à une catégorie de droit, la question de savoir si d'autres catégories sont considérées comme comparables à celle à laquelle ce droit est garanti peut se poser. Telle est l'opération qui permet de s'assurer de la conformité d'une norme à la règle de l'égalité de traitement.



198. Il est ainsi possible d'affirmer que la définition des exigences substantielles d'égalité est subordonnée à la reconnaissance, par une autorité nationale ou supranationale compétente à cet égard, d'une prérogative à au moins une catégorie juridique dans son droit national.

⁴⁵² Cass. fr., Civ. 3^e, 17 décembre 1997, n° 95-20779, préc.

199. La règle de l'égalité de traitement passe ainsi par une première étape méthodologique, à savoir, l'analyse de la comparabilité des situations qui est, à son tour, composée de plusieurs sous-étapes qui viennent d'être exposées. La seconde étape qu'il convient de détailler est celle de la prévision d'un traitement conforme au résultat de l'analyse de la comparabilité des situations. Nous allons cependant voir que la distinction des deux étapes se brouille dans le cadre de l'élaboration normative.

§2) La définition et le contrôle du traitement des situations

200. Pour que la règle de l'égalité de traitement soit respectée, le traitement de chaque situation doit être conforme au résultat de l'analyse de la comparabilité des situations **(I)**. Cette règle admet toutefois des dérogations là où cela sert à protéger un intérêt légitime **(II)**.

I) La conformité à la règle de l'égalité de traitement

201. Lorsque les autorités normatives créent une catégorie juridique, elles ne mettent pas souvent en évidence les caractéristiques qu'elles ont considérées comme prééminentes dans les situations qu'elles disciplinent et sur lesquelles elles ont fondé des répartitions normatives. Il peut également arriver que le choix de refuser de reconnaître des droits à certaines catégories soit tellement évident dans l'esprit des rédacteurs, qu'ils ne prennent pas le soin de le préciser. Tel fut le cas des règles relatives à la conclusion du mariage en France⁴⁵³. Bien que le régime juridique du mariage fût référence aux notions de *mari* et de *femme*, la loi ne précisait nulle part que cette union ne pouvait être conclue que par les couples hétérosexuels. Il a fallu attendre que la Cour de cassation⁴⁵⁴, puis le Conseil constitutionnel⁴⁵⁵ s'expriment sur ce point afin d'explicitier que l'altérité des sexes des époux était et demeurerait l'un des éléments essentiels du mariage. Ainsi Monsieur VANQUICKENBORNE remarquait qu'« on ne connaît pas (très bien) les critères qui sont constitutifs de la classe d'équivalence, déterminant les "mêmes personnes", ni de celle déterminant le "même traitement" »⁴⁵⁶.

202. **Comparabilité des situations et traitement identique : l'œuf ou la poule ?** - Cela a amené la doctrine à s'interroger concernant le *modus operandi* suivi par les autorités compétentes pour prévoir un traitement pour chaque situation. Il s'agit notamment de savoir si

⁴⁵³ G. PLUYETTE, « La définition du mariage civil en question (ou en droit positif) », *op. cit.*, p. 1389 et s. ; O. ROY, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 30, § 71.

⁴⁵⁴ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, 05-16627, préc.

⁴⁵⁵ C. const. fr., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, préc.

⁴⁵⁶ M. VANQUICKENBORNE, « La structure de la notion d'égalité en droit », *op. cit.*, p. 335.

l'analyse de la comparaison est effectuée par les législateurs avant de déterminer le traitement approprié pour chaque catégorie, ou au contraire, si les catégories sont élaborées en fonction de la volonté de traiter ces dernières de manière identique ou différente. Ainsi, il est possible de lire tantôt que « dans le rapport entre la nature juridique et le régime juridique d'une notion ou d'une catégorie, c'est la nature qui est l'élément premier et le régime juridique, l'élément déduit. [...] »⁴⁵⁷, tantôt que « si l'on admet que les actes normateurs sont des instruments au service d'objectifs politiques [...], c'est en principe à l'aune du but poursuivi que se justifie un critère de classification normatif »⁴⁵⁸. Il convient cependant de montrer qu'il s'agit là d'une fausse question.

203. Une comparabilité des situations postulée par le principe d'égalité en raison de leur traitement identique par le législateur. - Le fait de considérer que les situations qui sont soumises à un même traitement par le législateur sont comparables est une construction, fictive mais nécessaire, découlant du principe d'égalité lui-même. L'exigence de conformité du droit interne d'un ordre juridique à ce principe se construit en effet précisément sur cet élément. Rappelons que tout travail d'élaboration normative suppose de créer des catégories dans le but de donner un traitement approprié à chaque situation. Il convient de comprendre que ce travail acquiert une autre signification dans les ordres juridiques qui garantissent le principe d'égalité, dans la mesure où il est censé être opéré par le législateur conformément à celui-ci. Or, le principe d'égalité exige que les situations comparables soient traitées de manière identique. Cela signifie ainsi que lorsque le législateur d'un ordre juridique qui garantit ce principe soumet des situations à un même traitement, il est possible d'en *déduire* qu'il a considéré ces situations comme étant comparables. Il ne s'agit cependant pas là d'une donnée objective, mais une lecture imposée par le prisme du principe d'égalité. Monsieur ROUVIÈRE a pu souligner à cet égard que « la qualification juridique, qui consiste à ranger certains faits sous une catégorie

⁴⁵⁷ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *op. cit.*, p. 263.

⁴⁵⁸ O. JOUANJAN, v. « *Égalité* », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 587. Dans le même sens v. F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, *op. cit.*, p. 5, *T.d.A.* « dans le discours prescriptif [...] on dit que deux (ou plusieurs) termes sont égaux ou différents pour faire en sorte qu'ils soient traités de manière identique ou différente par le sujet qui effectue la distribution d'un objet déterminé » (*T.d.A.*: « Nel discorso prescrittivo, infatti, si dice che due (o più) termini sono eguali o diversi al fine di conseguire il risultato che essi siano trattati egualmente ovvero diversamente da un soggetto che effettua la distribuzione di un determinato oggetto »). Concernant l'importance de l'examen de la finalité de la règle de droit dans le cadre du contrôle de la conformité de la catégorisation au principe d'égalité en droit européen v. R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.*, pp. 356-376.

déterminée, est *le mode* d'assimilation des cas différents en cas semblables »⁴⁵⁹.

204. Il convient en revanche de préciser d'emblée que le traitement dissemblable des situations peut impliquer, mais n'implique pas nécessairement, que les situations ont été considérées comme différentes. Il a déjà été montré qu'en France et en Italie l'admissibilité de dérogations aux dispositions d'égalité ne sont jamais exclues en matière familiale⁴⁶⁰. Ainsi, une différence de traitement fondée sur un critère dont la prise en compte est interdite peut être justifiée au nom de l'intérêt général. Les situations pourront ainsi être traitées de manière différente par la loi en dépit de la comparabilité qu'impose la prohibition de cette discrimination⁴⁶¹.



205. Dès lors, relativement aux situations que les autorités normatives nationales ou supranationales traitent de manière identique, il est possible de *déduire fictivement* de cette identité de traitement que celles-ci ont été considérées comme étant comparables par ces dernières. Relativement aux situations traitées différemment il est en revanche possible de *déduire fictivement* de la différence de traitement que celles-ci ont été considérées comme étant dissemblables. Alternativement, des situations devant être considérées comme comparables peuvent être traitées de manière différente si une dérogation à la règle de l'égalité de traitement est admise. Il convient donc à présent de comprendre comment l'admissibilité des dérogations est analysée.

II) L'admissibilité des dérogations à la règle de l'égalité de traitement

206. **La distinction entre la dérogation à la règle de l'égalité de traitement et la dérogation en droit international privé aux exigences substantielles d'égalité.** - Nous avons pu établir qu'en matière familiale, les dispositions d'égalité en vigueur en France et en Italie et les interprétations que les juridictions compétentes en donnent n'excluent jamais *a priori* la possibilité d'introduire des exceptions⁴⁶². Il convient de rappeler que cette analyse s'insère dans le cadre de la définition des contenus de l'égalité. Cette possibilité de déroger à la règle de l'égalité de traitement permet notamment de légitimer la différence de traitement de situations comparables. Il est important de distinguer d'ores et déjà ces exceptions de la possibilité de

⁴⁵⁹ L'italique est de nous. F. ROUVIÈRE, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *op. cit.*, p. 89 et s., spéc. point 11, § 27.

⁴⁶⁰ V. *supra*, §§ 123-169.

⁴⁶¹ V. *supra*, § 93 et s., et spéc. § 96.

⁴⁶² V. *supra*, §§ 123-169.

déroger aux exigences substantielles d'égalité lorsque les normes étrangères sont confrontées à ces dernières. Ces opérations n'ont ainsi pas lieu au même moment et elles n'ont pas le même effet. Ici, la dérogation à la règle de l'égalité de traitement permet de légitimer, en droit interne, le refus de reconnaître à une catégorie la prérogative qui est reconnue à une autre catégorie considérée comme comparable à la première. Dans le cadre du contrôle de la conformité des normes étrangères aux contenus de l'égalité du for, l'admission d'une dérogation permet de reconnaître la décision étrangère ou de donner application à la loi étrangère, là où le respect du contenu de l'égalité en cause aurait exigé d'en refuser, respectivement, la reconnaissance et l'application. Nous verrons de plus que si la logique de l'admission des dérogations est la même, en droit international privé certains motifs ont trait à l'internationalité de la situation.

207. À la lumière de cette clarification, il convient de présenter la possibilité de justifier une atteinte à la règle de l'identité de traitement. L'admissibilité de la dérogation fait l'objet d'une analyse bipartite. Les objectifs poursuivis par la loi doivent protéger l'intérêt général **(A)**. De plus, l'atteinte doit être proportionnée par rapport au but poursuivi **(B)**.

A) La notion d'intérêt général

208. Une dérogation aux dispositions d'égalité peut être acceptée par les juridictions si elle permet de protéger l'intérêt général. Une exception doit cependant être envisagée. Elle se manifeste dans le cadre du contrôle du respect des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés. En effet, ce contrôle fait l'objet d'une gradation de la part des juridictions, l'exigence de justification pouvant être plus ou moins contraignante. Cette gradation peut s'expliquer, d'un point de vue méthodologique, si l'élimination des discriminations en elle-même est considérée comme à un but d'intérêt général poursuivi par la loi. Lorsque tel est le cas, une mise en balance entre la poursuite des différentes expressions de l'intérêt général éventuellement en cause doit alors être opérée par les juridictions. Ainsi, le contrôle du respect des dispositions prohibant la discrimination sera plus ou moins strict selon l'intensité avec laquelle est perçue la nécessité d'effacer les différences de traitement. L'exclusion de la possibilité de légitimer des discriminations peut s'expliquer, dans cette optique, en considérant le but d'éliminer ces dernières comme primordial.

Ainsi, si la notion d'intérêt général est floue et regroupe un nombre indéfini de concepts **(1)**, l'une de ses manifestations peut consister en la volonté même d'éliminer des discriminations, auquel cas les possibilités de déroger au respect des dispositions les prohibant sont moindres **(2)**.

1) Quelques critères d'identification

209. **Une notion floue.** - Nous ne nous attarderons pas sur les justifications que les juges ont pu accepter au fil du temps, tant les domaines de l'intérêt général peuvent varier⁴⁶³. L'intérêt général a en effet été défini comme l'un des concepts les plus flous⁴⁶⁴, confus⁴⁶⁵, indéterminés⁴⁶⁶, ou même impossibles à définir⁴⁶⁷. Il s'agit également d'un concept évolutif car, comme PERELMAN le soulignait, « ce qui constitue une bonne raison justifiant une identité de traitement peut varier selon les sociétés et les époques »⁴⁶⁸ « et même, dans une société donnée, selon l'idéologie dominante »⁴⁶⁹.

Monsieur STASSE en arrive à soupçonner que la notion d'intérêt général « [entretient] volontairement cette indétermination afin de s'adapter à chaque époque [...], car [...] une application du principe d'égalité qui serait intemporelle et fermée aux autres objectifs de la collectivité risquerait en effet, de conduire à un blocage de la société »⁴⁷⁰. En ce sens, la notion d'intérêt général est « plus politique que juridique »⁴⁷¹. Le caractère politique de cette notion ne surprendra cependant pas. Monsieur PELLISSIER souligne que l'intérêt général correspond au but poursuivi par la loi, en ce sens qu'elle est l'expression de la volonté générale⁴⁷². Ceci explique que cette notion ne soit « pas spécifique au principe d'égalité »⁴⁷³ et « apparai[sse] logiquement comme l'unique justification des dérogations »⁴⁷⁴.

210. **Consécutions textuelles limitant ou encadrant les dérogations.** - Si le travail de définition de l'intérêt général concerne théoriquement le seul législateur de chaque ordre juridique national, il revient concrètement le plus souvent aux juridictions aussi bien nationales que supranationales d'extrapoler des textes les buts que le premier a entendu poursuivre et d'en

⁴⁶³ Monsieur DUBOUT considère à cet égard qu'« aucune limite n'a été posée aux motifs d'intérêt général susceptibles de restreindre le bénéfice de l'égalité » et qu'« il serait vain de tenter d'en dresser une liste [ou] d'essayer de donner un contenu précis à la notion d'intérêt général ». V. E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *op. cit.*, § 71.

⁴⁶⁴ F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 129.

⁴⁶⁵ Ch. PERELMAN, « Égalité et intérêt général », in L. INGBER, Ch. PERELMAN (dir.), *Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles L'Égalité*, vol. VIII, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 623.

⁴⁶⁶ S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁶⁷ G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁶⁸ Ch. PERELMAN, « Égalité et justice », conférence du 5 septembre 1976 organisé par l'Institut international de philosophie politique de Nice, cité par V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *op. cit.*, § 7. V. également F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 129.

⁴⁶⁹ Ch. PERELMAN, « Égalité et intérêt général », *op. cit.*, p. 623.

⁴⁷⁰ J.-F. THÉRY, F. STASSE, « Sur le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 40.

⁴⁷¹ *Idem.*

⁴⁷² G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁷³ *Idem.*

⁴⁷⁴ *Idem.*

apprécier le caractère légitime et général. Les juges ont alors parfois dégagé des critères leur permettant de qualifier des buts comme d'intérêt général. Pourtant, MICLO soulignait qu'« une large marge d'initiative demeure »⁴⁷⁵. C'est en réaction à une telle liberté d'appréciation que des textes récents s'efforcent de préciser les cas dans lesquels la dérogation aux dispositions d'égalité peut être admise. « Il s'agit – précise Monsieur DUBOUT – en quelque sorte de "méta-justifications", en ce sens qu'elles visent à légitimer, par avance et sous certaines conditions, des mesures autrement considérées comme entraînant une rupture d'égalité »⁴⁷⁶. Les droits italien et européen nous fournissent des exemples de consécutions textuelles des motifs de justifications des discriminations. Pour un recensement de ces consécutions textuelles, nous renvoyons à l'étude de Monsieur DUBOUT⁴⁷⁷ qui a dressé une liste des motifs de justification adoptés notamment par les textes européens⁴⁷⁸. Nous nous limiterons ainsi à rappeler que les domaines dans lesquels ces textes ont été adoptés afin d'interdire les discriminations sont matériellement limités et touchent à la matière sociale, à l'emploi et au travail. Dans ce cadre, les justifications globalement acceptées sont liées à des exigences professionnelles déterminantes, à condition que l'objectif poursuivi par la mesure soit légitime et que l'exigence soit proportionnée⁴⁷⁹. Le droit de l'Union européenne admet également des mesures positives visant à réduire les inégalités factuelles⁴⁸⁰.

211. La Constitution italienne prévoit également des cas dans lesquels les dérogations au principe d'égalité peuvent être admises. Il convient premièrement de citer le but général de promotion de l'égalité réelle inscrit à l'article 3 alinéa 2⁴⁸¹. L'article 31 alinéa 1^{er} du même texte prévoit, plus spécifiquement, la possibilité de prévoir des dispositions qui permettent à la femme travailleuse d'accomplir « sa fonction familiale qui est essentielle et [d']assurer à la mère et à l'enfant une protection spéciale et appropriée ». C'est sur ce fondement que la Cour constitutionnelle a notamment validé les mesures de protection de la maternité dans les relations

⁴⁷⁵ F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 129.

⁴⁷⁶ E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *op. cit.*, § 70.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, §§ 71-83.

⁴⁷⁸ V. également L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^e éd., LGDJ, Paris, 2015, p. 182, § 216.

⁴⁷⁹ V. art. 4, directive 2000/43/CE, préc. ; art 14 § 2, directive 2006/54, préc. ; art. 4, directive 2000/78/CE, préc.

⁴⁸⁰ V. art. 8 TFUE ainsi que, e.a., art. 3, directive 2006/54, préc. ; art. 7, directive 2000/78/CE, préc. ; art. 5, directive 2000/43/CE, préc.

⁴⁸¹ Cet alinéa dispose qu'« [i]l appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays » (traduction fournie par la Digithèque MJP, disponible à l'adresse <http://mjp.univ-perp.fr/constit/it1947a.htm> [dernière consultation le 12 juin 2019]).

de travail⁴⁸².

Rappelons également⁴⁸³ qu'une dérogation à la prohibition de la discrimination en raison du sexe est introduite par l'article 29 alinéa 1^{er} *in fine* qui dispose que l'égalité des époux doit composer avec « les limites fixées par la loi pour garantir l'unité de la famille ».

212. Dans la Convention ESDH, chaque disposition dicte les possibilités de déroger à l'article 14. Il convient de rappeler que cette disposition d'égalité n'est pas d'application autonome. La Cour reprend ainsi dans son standard de contrôle les paramètres qu'elle dégage des différentes dispositions. À titre d'exemple, le paragraphe 2 de l'article 8 prévoit qu'« 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 ». Les exigences que la Cour pose dans le cadre du contrôle de conformité des différences de traitement à la lecture combinée des articles 8 et 14 de la Convention sont celles qui apparaissent à la lecture du premier de ces textes. La Cour requiert en effet que la mesure soit prévue par la loi, qu'elle poursuive un but légitime et qu'elle soit proportionnée ou nécessaire par rapport à ce dernier⁴⁸⁴ selon les domaines. De même, l'article 5 du Protocole n° 7 de la Convention ESDH précise que la protection de l'intérêt de l'enfant permet de déroger à l'identité de traitement des époux.



213. La seconde étape méthodologique de la définition des exigences substantielles d'égalité consiste en la prévision du traitement à attribuer à chaque situation conformément à la règle de l'égalité de traitement. Cela peut consister en un traitement différent de situations comparables lorsqu'une dérogation à cette règle est admise. Tel est globalement le cas lorsqu'elle permet de poursuivre un but d'intérêt général.

214. La mesure dans laquelle les juridictions acceptent de déroger aux dispositions prohibant

⁴⁸² V. e.a., C. const. it., 7 juillet 2005, n° 281/2005, *Dir. e pratica lav.*, 2005, p. 2104, *Impresa*, 2005, p. 1439, *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1990 ; 6 septembre 1995, n° 423/1995, *Foro it.*, 1995, I, p. 2350, *Lavoro giur.*, 1995, p. 1124, *Cons. Stato*, 1995, II, p. 1524, *Lavoro e prev. oggi*, 1995, p. 2032, *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2882, *Arch. civ.*, 1995, p. 1363, *Impresa*, 1995, p. 2121 ; 9 juillet 1986, n° 210/1986, *Foro it.*, 1986, I, p. 2676, *Cons. Stato*, 1986, II, p. 990, *Lavoro e prev. oggi*, 1986, p. 2048, *Arch. civ.*, 1986, p. 1057, *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1986, p. 614, *Informazione prev.*, 1986, p. 1153, *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 450, *Lavoro* 80, 1986, p. 1065, *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 1000 ; 5 février 1974, n° 27/1974.

⁴⁸³ V. *supra*, § 157.

⁴⁸⁴ V. *supra*, §§ 163 et 167, ainsi que la critique qui sera formulée *infra*, § 672 et s.

la discrimination est cependant variable et est, comme nous l'avons vu, parfois nulle dans des matières autres que le droit de la famille⁴⁸⁵. Une explication de cette variabilité peut être apportée si on lit la prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés en termes d'expression de l'intérêt général. Prises dans cette dimension, ces interdictions peuvent être mises en balance avec les autres buts considérés dignes de protection.

2) L'élimination des discriminations, un possible intérêt légitime

215. **Des dispositions prohibant la discrimination poursuivant un intérêt supérieur.** - Les dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés peuvent être analysées en tant que règles poursuivant un but d'intérêt général. Cette lecture permet notamment de donner un fondement méthodologique à la gradation des exigences de justification que certains textes et juridictions introduisent. Elle permet également d'expliquer pourquoi la possibilité de déroger à la prohibition de la discrimination peut être exclue⁴⁸⁶. En effet, si l'élimination des discriminations est considérée comme un but légitime le juge doit opérer une mise en balance des intérêts en cause. Or, l'exclusion de la possibilité de déroger à l'égalité revient à faire primer le souci de l'élimination des discriminations sur tout autre intérêt potentiellement en cause.

À titre d'exemple, la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée particulièrement exigeante concernant la justification des discriminations en raison de la race, de la couleur ou de l'origine ethnique. Elle considère qu'« [e]n cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible »⁴⁸⁷. D'ailleurs la Cour n'a, pour l'heure, pas encore accepté les justifications avancées par les gouvernements en refusant de les considérer comme légitimes⁴⁸⁸. L'affaire *Timichev*⁴⁸⁹ est particulièrement parlante à cet égard. La Cour avait été appelée à se prononcer sur une allégation de discrimination de l'interdiction opposée à un individu d'entrer sur le territoire d'une région en raison de son origine tchéchène. La Cour commence son analyse en considérant que la discrimination fondée sur l'origine ethnique, réelle ou perçue, constitue une forme de discrimination raciale. Elle affirme que cette dernière « est

⁴⁸⁵ V. *supra*, § 129.

⁴⁸⁶ Ces hypothèses ont été envisagées *supra*, §§ 129-129.

⁴⁸⁷ V. e.a., CEDH, 5 juin 2008, *Sampanis et autres c. Grèce*, req. n° 59608/09, § 90 ; CEDH, 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie*, req. n° 15766/03, § 156.

⁴⁸⁸ CEDH, Gr. Ch., 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n° 26828/06, § 386, D., 2013, p. 201, obs. J. F. Renucci, N. Fricero, Y. Strickler ; CEDH, 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, req. n° 55762/00 et 55974/00, spéc. § 58 ; CEDH, 5 juin 2008, *Sampanis et autres c. Grèce*, req. n° 59608/09, § 103, préc. ; CEDH, 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie*, req. n° 15766/03, § 182, préc.

⁴⁸⁹ CEDH, 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, req. n° 55762/00 et 55974/00, préc.

une forme de discrimination particulièrement odieuse »⁴⁹⁰ et ajoute qu'« aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle ». Indépendamment des autres intérêts éventuellement en jeu, la Cour pose ainsi un postulat selon lequel aucun intérêt ne saurait légitimer une différence de traitement en raison de ce critère. Autrement dit, aucun intérêt ne saurait primer sur l'importance donnée par la Cour à l'élimination des différences fondées sur l'origine ethnique.



216. Dans le cadre de la définition des exigences substantielles d'égalité, la règle de l'égalité de traitement supporte l'admissibilité de dérogations dans le but de poursuivre un but légitime. Néanmoins, l'élimination de certaines différences de traitement peut à son tour être considérée comme un but légitime à mettre en balance avec les autres intérêts potentiellement en cause. Cela peut donc conduire à limiter les cas d'admissibilité des dérogations. Cette analyse laisse d'ailleurs comprendre que la seconde condition de la licéité de l'atteinte aux dispositions d'égalité est la proportionnalité de la mesure, ce qu'il convient de présenter brièvement.

B) L'appréciation du caractère proportionnel de la mesure

217. Le contrôle de proportionnalité⁴⁹¹, entendu au sens de « la vérification de l'adéquation entre les moyens employés et les fins poursuivies »⁴⁹² ou, selon les cas, de la nécessité de la mesure⁴⁹³, est une exigence qui revient de manière systématique dans la jurisprudence des juridictions compétentes pour vérifier la conformité des règles de droit interne aux dispositions d'égalité⁴⁹⁴. La Cour de justice précise à cet égard que le but du contrôle de proportionnalité est celui de « vérifier si les moyens qu'[une disposition de droit communautaire] met en œuvre sont

⁴⁹⁰ *Ibid.*, § 56.

⁴⁹¹ Pour un regard d'ensemble critique v. P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », *JCP G*, n° 36, 2015, act. 902.

⁴⁹² D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 37. L'auteure met en évidence la nécessité de limiter à cette lecture l'exigence de compatibilité de la règle avec la finalité de la loi pour en vérifier la conformité au principe d'égalité. L'auteure montre en effet que l'interprétation de cette exigence conformément à son sens littéral aboutirait à une impasse puisque « cette finalité ne peut résulter que du contenu de la loi, donc y compris de la norme discriminatoire, sauf à considérer que le législateur fait preuve d'incohérence ». V. également P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. ROUX, É. OLIVA, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 707, § 9.

⁴⁹³ V. *supra*, §§ 163 et 167, ainsi que la critique qui en sera fournie *infra*, § 706 et s.

⁴⁹⁴ G. CALVÈS, v. « Égalité (principe d') », in D. CHAGNOLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 377.

aptes à réaliser l'objectif visé et s'ils ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre »⁴⁹⁵. La Cour européenne des droits de l'homme⁴⁹⁶ considère de même que « le principe de proportionnalité [...] exige que la mesure en cause soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché »⁴⁹⁷. Elle ajoute parfois, et selon les domaines en cause, que ce principe « impose aussi de démontrer qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes [...] du champ d'application de ladite mesure »⁴⁹⁸. Les standards posés par les juridictions européennes ont également pu être appliqués par les juges de l'ordre judiciaire français⁴⁹⁹. Par ailleurs, relativement au *modus operandi* du Conseil constitutionnel français⁵⁰⁰, Monsieur JOUANJAN⁵⁰¹ mentionne les notions d'atteinte grave à l'égalité⁵⁰², celle de nécessité de la mesure⁵⁰³ ou encore le caractère excessif d'un avantage accordé à une catégorie par rapport à une autre⁵⁰⁴. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne ne fait pas exception, bien que cette dernière ait intégré le contrôle de proportionnalité directement au sein du contrôle de la « raisonnabilité »⁵⁰⁵ des lois. Ainsi, ce dernier contrôle « passe par des considérations relatives à la proportionnalité des moyens choisis par le législateur de manière

⁴⁹⁵ V. e.a., CJCE, 17 juillet 1997, *National Farmers' Union e.a.*, C-354/95, rec. p. I-4559, point 49 ; CJCE, 9 novembre 1995, *Allemagne c. Conseil*, C-426/93, rec. p. I-3723, point 42 ; CJCE, 11 mars 1987, *Rau c. Commission*, aff. jointes n° 279/84, 280/84, 285/84 et 286/84, rec. 1987, p. 1125. Pour aller plus loin v. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, op. cit.

⁴⁹⁶ Sur le contrôle de proportionnalité qu'elle exerce v. F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, n° 11, 2017, doctr. 289.

⁴⁹⁷ CEDH, Gr. Ch., 26 avril 2016, *Izzettin Doğan et autres c. Turquie*, req. n° 62649/10, § 176, préc. ; CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n° 29381/09 et 32684/09, § 85, préc.

⁴⁹⁸ *Idem*.

⁴⁹⁹ À ce sujet, v. B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », op. cit., pp. 1326-1327 ; V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.*, n° 3, 2017, pp. 123-125 ; F. ROUVIÈRE, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.*, n° 2, 2017, pp. 524-526 ; H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, n° 12, 2017, pp. 656-662 ; F. CHÉNÉDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, n° 14, 2016, pp. 796-806 ; P.-Y. GAUTIER, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, n° 38, 2015, pp. 2189-2190 ; A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité ... un brin disproportionné ? » *D.*, n° 3, 2016, p. 137 ; P. DUCOULOMBIER, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », op. cit., pp. 1778-1782 ; T. MARZAL, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *RTD civ.*, n° 4, 2017, pp. 789-810 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.*, n° 1, 2016, pp. 70-75 ; F. BOULANGER, « Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence », *AJ fam.*, n° 5, 2016, pp. 250-252.

⁵⁰⁰ Sur ce contrôle v. G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, LGDJ, Paris, 1995, p. 146.

⁵⁰¹ O. JOUANJAN, v. « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 587.

⁵⁰² L'auteur cite à ce titre la décision C. const. fr., 22 octobre 1982, n° 144 DC, *Irresponsabilité pour fait de grève*.

⁵⁰³ Citant la décision C. const. fr., 7 janvier 1988, n° 232 DC, préc.

⁵⁰⁴ Citant la décision C. const. fr., 9 novembre 1999, n° 419 DC, *Pacte civil de solidarité*, *JCP*, 2000.I.210, chron. N. Molfessis, *D.*, 2000, somm. 424, obs. S. Garneri, *Dr. fam.*, 1999, p. 46, chron. G. Drago.

⁵⁰⁵ V. *supra*, § 155. V. à ce sujet M. CARTABIA, « I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana », op. cit. ; R. BIN, *Diritti e argomenti : il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milan, 1992.

souveraine et discrétionnaire relativement aux exigences objectives à satisfaire ou aux finalités qu'il entend poursuivre »⁵⁰⁶ et par la vérification que le législateur n'ait pas employé des « moyens absolument inadéquats ou contraires au but qu'il devait poursuivre »⁵⁰⁷. C'est ainsi sur le fondement du principe « de nécessité et de proportionnalité »⁵⁰⁸ que la Cour italienne a déclaré contraire à la Constitution l'impossibilité pour un couple dont le mariage a été dissout par le changement de sexe de l'un des époux, de convertir leur union en une autre forme de cohabitation enregistrée. À l'époque en effet le droit italien ne prévoyait pas d'autres formes de conjugalité que le mariage. Cette impossibilité ne permettait pas, dans l'opinion de la Cour constitutionnelle italienne, une mise en balance satisfaisante entre, « d'un côté, l'intérêt de l'État à ne pas modifier le modèle hétérosexuel du mariage [...] et, d'un autre côté, l'intérêt du couple, touché par un changement de sexe [de l'un de ses membres...], à ne pas être excessivement pénalisé par la dissolution de la relation juridique préexistante que le couple vou[lait] préserver »⁵⁰⁹.

218. Ce contrôle constitue un aléa ultérieur dans la détermination du résultat auquel peut conduire un contrôle de conformité d'une norme interne aux dispositions d'égalité. En effet, l'analyse du caractère proportionnel d'une mesure est liée à une conception particulière de la justice. Cette dernière implique de considérer que les résultats auxquels l'application de la disposition d'égalité conduit doivent être proportionnés à la différence des situations en cause ou au but poursuivi par la loi. Monsieur MARZAL YETANO⁵¹⁰ souligne qu'à l'origine « c'est contre l'hypocrisie de "l'abus de déduction", du "désenchantement" devant le raisonnement

⁵⁰⁶ R. NIRO, « Il controllo della ragionevolezza delle scelte del legislatore », *Foro it.*, n° 5, 1998, p. 1235 et s., spéc. point n° 1.

⁵⁰⁷ C. const. it., 24 février 1964, n° 14/1964, point 3, *T.d.A.* : « mezzi assolutamente inadeguati o contrastanti con lo scopo che essa doveva conseguire ».

⁵⁰⁸ C. const. it., 11 juin 2014, n° 170/2014, point 5.6, *Foro it.*, 2014, I, p. 2674, n. R. Romboli, S. Patti, *Corriere giur.*, 2014, p. 1059, *Fam. dir.*, 2014, p. 861, n. V. Barba, *Dir. fam.*, 2014, p. 1018, *Riv. neldiritto*, 2014, p. 1811, n. C. Giunta, *Guida al dir.*, 2014, fasc. 28, p. 17, n. M. Finocchiaro, *Nuova giur. civ.*, 2014, I, p. 1139, n. A. Lorenzetti e A. Schuster, *Giur. cost.*, 2014, p. 2694, n. F. Saitto, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2014, p. 855.

⁵⁰⁹ *Idem.*, *T.d.A.* À ce sujet v. également A. RUGGERI, « Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014) », *Consulta Online*, Studi, 2014, disponible à l'adresse <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri37.pdf> [dernière consultation le 16 novembre 2020] ; F. BIONDI, « La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto », *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, disponible à l'adresse http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0026_no ta_170_2014_biondi.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020] ; C. P. GUARINI, « Tra "divorzio imposto" e "matrimonio a tempo". Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I sezione civile », *Riv. AIC*, n° 2, 2016, disponible à l'adresse https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2016_Guarini.pdf, [dernière consultation le 16 novembre 2020].

⁵¹⁰ A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, op. cit.

juridique traditionnel, de la prise en compte que la justice est davantage une question de degré, qu'[a émergé], particulièrement aux États-Unis d'après-guerre, la méthode dite du *balancing* »⁵¹¹. Dans ce même sens, BATIFFOL mettait en exergue que l'exigence de proportionnalité a pour but l'équité, notion à laquelle le principe d'égalité ne pourrait pas se résumer⁵¹². C'est l'équité, précise l'auteur, qui « incite le juge à interpréter les règles de droit avec souplesse [...] dans la recherche d'une solution satisfaisante qui précise le sens de la règle pour faire droit aux nécessités relevées par les situations qui se présentent »⁵¹³.



219. Les analyses menées jusqu'ici montrent alors que le travail de définition des contenus de l'égalité passe par des étapes méthodologiques découlant des dispositions d'égalité et plus exactement de la règle de l'égalité de traitement que ces dernières sous-entendent. Elles exigent de déterminer quelles situations sont comparables et d'y attacher un traitement conforme à l'analyse de la comparabilité des situations. Des dérogations au respect de la règle de l'égalité de traitement peuvent cependant être admises. Cela implique ainsi de déterminer si un motif légitime permet de justifier le traitement différent de situations comparables et si cette atteinte à la règle de l'égalité de traitement est proportionnée au but poursuivi.

220. Or, dans la mesure où ces exigences méthodologiques découlent des dispositions d'égalité elles-mêmes, leur respect s'impose dans tout ordre juridique qui garantit ces dernières. Ces exigences méthodologiques peuvent donc être considérées comme internationalement partagées, à l'instar des dispositions qui les véhiculent.

221. Il a cependant déjà été observé que les réponses substantielles à ces questionnements ne peuvent pas être tirées des dispositions d'égalité elles-mêmes. Seules les dispositions prohibant des discriminations en raison de critères déterminés imposent de considérer comme comparables les situations qu'elles couvrent. Exception faite pour ces analyses de la comparabilité, le reste des opérations amenant à définir les exigences substantielles d'égalité sont opérées de manière autonome par les autorités. Plus précisément, les contenus auxquels les normes étrangères sont susceptibles d'être confrontées sont définis par chaque ordre juridique national.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 19, § 17.

⁵¹² H. BATIFFOL, « Significations de l'égalité pour la philosophie du droit », in H. BATIFFOL, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 455-456.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 456.

Section 2) Des exigences substantielles d'égalité définies et encadrées par les autorités nationales et supranationales

222. Les contenus de l'égalité dont le respect est susceptible de s'imposer en droit international privé est défini par le travail synergique des autorités compétentes à cet égard et dont le résultat est finalement inscrit dans le droit national, et notamment en droit interne **(§1)**. Les juridictions nationales confrontées à des normes étrangères décideront également de la possibilité de déroger aux contenus de l'égalité ainsi définis. Par exemple, là où il ressort du droit interne que deux situations doivent faire l'objet d'un traitement identique, le juge sera appelé à mettre cette exigence en balance avec les autres intérêts en jeu, spécifiques ou non au droit international privé **(§2)**.

§1) La définition des exigences substantielles d'égalité

223. Il a été mentionné que les contenus de l'égalité sont définis à travers le choix des catégories auxquelles une même prérogative est reconnue et, négativement, en considération des catégories auxquelles celle-ci est refusée. À titre d'exemple, depuis l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, le droit français dessine une exigence d'identité de traitement des couples homosexuels et hétérosexuels concernant le droit au mariage. Inversement, le droit italien a dessiné une exigence de différence de traitement des couples homosexuels et hétérosexuels en ouvrant les unions civiles aux couples de même sexe uniquement. Ces exigences substantielles d'égalité sont principalement définies par les législateurs nationaux, sous réserve du contrôle des juridictions compétentes. Plus rarement, elles sont inscrites dans des normes supranationales directement applicables en droit interne. Elles peuvent également être définies par des juridictions supranationales. Dans ce dernier cas, les autorités nationales définissent les contenus substantiels à la lumière de l'influence exercée par les instances supranationales. Il en résulte que les exigences substantielles d'égalité sont définies par les autorités normatives et juridictionnelles, nationales et supranationales, compétentes à cet égard **(I)**. Ces exigences sont *in fine* inscrites en droit interne. C'est à ce niveau que le juge confronté à une norme étrangère recherchera les exigences substantielles d'égalité pertinentes pour répondre aux questions d'égalité éventuellement posées. Il convient cependant de se demander à quelles exigences substantielles d'égalité les normes étrangères sont susceptibles d'être confrontées. En effet, une recherche effectuée sur la base de données *Legifrance* montre que les questions d'égalité sont rarement traitées de manière explicite **(II)**.

I) La définition par les autorités nationales et supranationales

224. Il a déjà été exposé que le travail de définition des exigences substantielles d'égalité, dont le respect est susceptible de s'imposer en droit international privé, passe par la mise en œuvre d'étapes découlant du principe d'égalité lui-même, et dont le caractère international a pu être mis en lumière. Il s'agit de la sélection des catégories juridiques auxquelles une même prérogative est attribuée et auxquelles cette même prérogative est refusée. Cela permet en effet de déduire quelles catégories font l'objet d'un traitement identique et lesquelles d'un traitement différent relativement à l'attribution d'un droit donné. Néanmoins, la concrétisation des dispositions d'égalité n'a pas le même caractère d'internationalité. Les exigences substantielles d'égalité sont en effet définies par chaque autorité nationale et supranationale, normative **(A)** et juridictionnelle **(B)** compétente à cet égard.

A) La définition par les autorités normatives

225. La définition des contenus de l'égalité passe par le travail d'élaboration normative, par la consécration de droits et par la définition des catégories qui vont en bénéficier ainsi que des catégories exclues. Chaque autorité normative peut ainsi, en principe, définir librement quelles situations doivent être traitées de manière identique et lesquelles de manière différente.

Les prérogatives et leurs bénéficiaires sont le plus souvent définies avant tout par les autorités législatives nationales⁵¹⁴. Les autorités nationales pourront, dans ce travail, tenir compte des déclarations, avis, résolutions et recommandations émanant des organismes internationaux⁵¹⁵. Ces textes ne créent cependant pas d'obligation juridique. Ils sont ainsi insusceptibles de définir des exigences substantielles d'égalité⁵¹⁶.

Ce travail peut également être opéré au niveau supranational, dès lors que les instances adoptent des normes directement applicables en droit interne, et notamment de dispositions issues du

⁵¹⁴ En ce sens, G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *op. cit.*, pp. 104-105.

⁵¹⁵ Par exemple, les travaux du Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité des droits de l'homme, ou encore le Conseil des droits de l'homme des Nations unies. Sur l'influence de la Déclaration universelle des droits de l'homme sur la notion de famille, v. C. DANISI, « La tutela della vita privata e familiare nella Dichiarazione universale dei diritti umani : standard superati o ancora potenziali ? », in S. TONOLO, G. PASCALE (dir.), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto contemporaneo*, *op. cit.*, pp. 287-319.

⁵¹⁶ Comme le rappellent Messieurs MARCHADIER et MARGUÉNAUD, « c'est bien en termes d'effectivité que doit aujourd'hui se mesurer la dimension internationale et européenne des droits fondamentaux » (F. MARCHADIER, J.-P. MARGUÉNAUD, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 41).

droit de l'Union européenne.

226. L'absence d'exigences substantielles d'égalité supranationales directement applicables dans les droits internes de la famille français et italien. - Les textes supranationaux peuvent contenir des exigences substantielles d'égalité. Tel est notamment le cas lorsqu'une règle matérielle directement applicable en droit interne prévoit qu'un certain droit soit garanti de manière identique à deux catégories juridiques déterminées, sans exception ou en réservant la possibilité d'y déroger si des conditions sont remplies. En droit de l'Union européenne certains contenus de l'égalité sont définis au niveau législatif, dans le cadre de l'adoption de règlements et directives conférant aux individus des droits, ou exigeant que ces derniers soient garantis par l'État au nom de l'identité de traitement. Le respect de ces contenus de l'égalité s'impose donc dans la résolution des litiges commandant l'application du droit français. Les exigences définies au niveau supranational se juxtaposent ainsi à celles définies au niveau interne. Néanmoins, il n'existe pas de règle matérielle édictée au niveau supranational et s'appliquant en droit interne français de la famille.



227. On trouvera donc, en la matière, uniquement des exigences substantielles d'égalité définies par des législateurs nationaux. Le contrôle de la conformité des contenus de l'égalité pourra en revanche être opéré par des juridictions aussi bien nationales que supranationales.

B) La définition par les autorités juridictionnelles

228. En cas de contrôle juridictionnel de la conformité des règles de droit aux dispositions d'égalité, ou encore lors des réformes législatives, les juges peuvent être appelés à mettre en œuvre à leur tour les étapes méthodologiques déduites de la règle de l'égalité de traitement, comme les législateurs des ordres juridiques qui garantissent le principe d'égalité sont présumés le faire⁵¹⁷. Ce contrôle pourra être opéré au niveau aussi bien national que supranational. Cela conduit les juridictions compétentes à cet égard à définir à leur tour des exigences substantielles d'égalité, en amendant éventuellement le contenu de l'égalité que le législateur avait défini **(1)**. Ce travail est cependant opéré de manière ponctuelle, notamment au niveau supranational **(2)**.

⁵¹⁷ Il a en effet été montré que, dans le travail d'élaboration normative, l'analyse de la comparaison des situations de la décision ne peut pas être dissociée de la prévision d'un traitement donné pour chaque situation. V. *supra*, § 201 et s.

1) La définition des exigences substantielles d'égalité par les juridictions nationales et supranationales

229. **La définition au niveau national.** - Au niveau national, il s'agira notamment de contrôler la constitutionnalité ou la conventionnalité des lois⁵¹⁸. Relativement à ce dernier contrôle, il convient de souligner que des limites sont parfois opposées au contrôle que les juges peuvent mettre en œuvre⁵¹⁹.

230. Par ailleurs, une différence doit être soulignée entre le droit français et le droit italien. En France, à partir de la décision *I.V.G.*, le contrôle juridictionnel du respect du principe d'égalité est sorti du monopole du Conseil constitutionnel français⁵²⁰. Les juges de l'ordre judiciaire et administratif se chargent ainsi, depuis les arrêts *Vabre*⁵²¹ et *Nicolo*⁵²² du contrôle de la conventionnalité des lois. C'est donc à ces derniers qu'il revient de vérifier la conformité du droit interne aux textes supranationaux consacrant le principe d'égalité ou de non-discrimination. En Italie, en revanche, la Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour effectuer ce contrôle en ayant recours au mécanisme de la « norme interposée ». Cette technique consiste à voir les conventions et les traités comme des normes ayant une valeur supra-législative mais infra-constitutionnelle⁵²³.

Dans l'arrêt n° 348 du 22 octobre 2007, la Cour constitutionnelle italienne a précisé que « parmi les engagements internationaux adoptés par l'Italie par la souscription et la ratification de la Convention européenne figure celui d'adapter sa propre législation aux normes de ce traité telles qu'interprétées par la Cour européenne. [...] [Les règles de la CESDH et de ses Protocoles, contrairement aux normes communautaires, sont des normes internationales à

⁵¹⁸ Nous verrons dans la prochaine partie de cette étude que le contrôle de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois englobe aussi les règles de conflit de lois. Nous serons cependant amenée à comprendre que les règles de conflit, lorsqu'elles introduisent des différences de traitement, ne sont pas porteuses d'exigences substantielles d'égalité. En revanche, les règles de conflit reflètent souvent la définition d'exigences substantielles d'identité ou de différence de traitement définies au niveau des règles matérielles de droit interne. V. *infra*, § 550 et s.

⁵¹⁹ Tel est, pour rappel, le cas du Conseil constitutionnel français qui n'exerce pas de contrôle sur les situations que le législateur a traitées de manière identique. V. au sujet de l'idéal universaliste sous-tendu par cette limitation O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.* ; D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*

⁵²⁰ C. const. fr., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, préc.

⁵²¹ Cass. fr., Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13556, préc.

⁵²² CE, Ass., 20 octobre 1989, n° 108243, préc.

⁵²³ V. à ce titre e.a., C. const. it., 22 octobre 2007, nos 348/2007 et 349/2007, préc. ; S. M. CICONETTI, « Creazione indiretta del diritto e norme interposte », *op. cit.*, p. 565 et s. ; C. ZANGHÌ, « La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione : le sentenze n. 347 e 348 del 2007 », *op. cit.* ; A. RUGGERI, « La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sentt. nn. 348/2007 e 349/2007) » [en ligne], *op. cit.* V. également M. G. LUCCIOLI, « Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte costituzionale, Corte di cassazione) sui profili essenziali della famiglia » [en ligne], *op. cit.*

caractère conventionnel. Elles lient l'État, mais ne produisent pas d'effet direct dans l'ordonnancement interne leur permettant d'affirmer la compétence des juges nationaux [pour écarter l'application des] normes internes contraires »⁵²⁴. Il s'agit alors, aux yeux de la Cour constitutionnelle italienne, de « normes qui intègrent le paramètre de la constitutionnalité des lois »⁵²⁵. Cela implique ainsi que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ne peuvent avoir une valeur supra-constitutionnelle. La Cour en conclut que les interprétations de normes données à la lumière de la Convention doivent à leur tour être conformes à la Constitution⁵²⁶.

Le contrôle de la conformité du droit italien au droit de l'Union constitue en revanche une exception. À l'occasion de l'arrêt *Costa c. Enel*⁵²⁷, la Cour de justice a en effet imposé une lecture moniste⁵²⁸ de la relation entre le droit de l'Union et le droit interne des États membres. Les juges de Luxembourg ont donc exigé des juges nationaux qu'ils écartent l'application des normes internes contraires aux dispositions du droit de l'Union.

231. La définition au niveau supranational. - Au niveau supranational, des contenus de l'égalité en matière familiale peuvent être définis par les juridictions européennes et pris en compte par les autorités nationales.

232. Comme nous le verrons plus amplement dans la prochaine partie de cette étude⁵²⁹, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne donnent des

⁵²⁴ C. Const. it., 22 octobre 2007, n° 348/2007, préc. *T.d.A.*

⁵²⁵ *Idem*, *T.d.A.*

⁵²⁶ *Idem*. Il convient de souligner que la Cour n'a pas modifié sa position sur la valeur juridique de la CEDH à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Cf. C. const. it., 11 mars 2010, n° 80/2010. V. Sur l'exigence d'examiner la constitutionnalité des normes italiennes dont la contrariété avec la CESDH est soupçonnée, v. également Cass. it., Trav., 19 février 2013, n° 4049.

⁵²⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, préc. V. également CJUE, 4 juin 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, points 32 et 34 (exigence de désappliquer les normes nationales contraires aux exigences de l'Union européenne), *AJDA*, 2015, p. 1585, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser, *RTD eur.*, 2016, p. 77, obs. D. Berlin, *Rev. UE*, 2017, p. 53, chron. L. Ayache et C. Michellet. La Cour de justice a également précisé que l'article 6.3 TUE n'exige pas de désappliquer la loi nationale contraire à la CESDH (CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10), *Europe*, 2012, comm. 243, n. F. Gazin, *JCP S*, 2012, p. 1279, n. J. Cavallini, *D.*, 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *Constitutions*, 2012, p. 290, obs. A. Levade, *RTD eur.*, 2012, p. 495, obs. S. Robin-Olivier. Il est en revanche nécessaire de désappliquer la loi nationale contraire à la CEDEF (CJUE, 26 février 2013, C-617/10, *Åklagaren*), *JCP G*, 2013, p. 312, n. F. Picod, *Europe*, 2013, comm. 154, n. D. Simon, *AJDA*, 2013, p. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère, *RFDA*, 2013, p. 1231, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci, *AJ pénal*, 2013, p. 270, n. C. Copain, *RTD civ.*, 2014, p. 312, obs. L. Usunier, *RTD eur.*, 2013, p. 267, n. D. Ritleng.

⁵²⁸ Relativement à la cohabitation de la conception moniste imposée par le droit de l'Union avec le dualisme italien, v. R. BIN, « Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia », in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, Jovene, Naples, 2011, pp. 363-383 ; G. GRASSO, « La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di giustizia dell'UE », *Giust. civ.*, n° 2, 2017, pp. 525-544, disponible sur le site <https://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/grasso.pdf> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

⁵²⁹ V. *infra*, § 625 et s.

interprétations des dispositions, inscrites, respectivement, dans la CESDH et en droit de l'Union et auxquelles la France et l'Italie sont tenues de se conformer⁵³⁰. Ces interprétations concrétisent parfois les dispositions d'égalité inscrites à ces niveaux, y compris en matière familiale⁵³¹. Les Cours peuvent également se prononcer sur la conformité à ces dispositions d'égalité de solutions adoptées par les autorités nationales. Ainsi, la Cour de Strasbourg a condamné la France pour non-respect de l'interdiction des discriminations dans le cadre du respect du droit à la vie privée et familiale en raison de la différence de traitement entre les enfants adultérins et les enfants nés dans le mariage, lorsque le droit français limitait les droits successoraux des premiers par rapport aux seconds⁵³². Sur le même fondement, la Cour a sanctionné le refus opposé par la France à l'adoption par un individu célibataire homosexuel, là où les célibataires hétérosexuels en avaient le droit⁵³³. Il s'agit là de définitions d'exigences substantielles d'égalité puisque la Cour a imposé le traitement identique de deux catégories en particulier relativement à la reconnaissance d'une prérogative donnée.



233. En conclusion, la méthodologie à suivre pour définir les exigences substantielles d'égalité est donc nécessairement partagée par l'ensemble des ordres juridiques nationaux et supranationaux qui garantissent le respect du principe d'égalité, puisqu'elle découle de ce principe. Il n'en va en revanche pas de même pour le résultat concret auquel conduit la mise en œuvre de ces étapes. Il s'ensuit que les exigences substantielles d'égalité ne partagent pas avec le principe d'égalité le caractère international de ce dernier. En effet, les contenus de l'égalité sont définis par chaque autorité normative et juridictionnelle, nationale et supranationale, à la suite de l'analyse de la comparabilité des situations et de l'admissibilité d'une dérogation à la règle de l'égalité de traitement.

Ce travail de définition n'est pas systématiquement opéré par les juridictions compétentes à cet effet, et particulièrement par les juridictions supranationales, pour des raisons qu'il convient d'exposer.

⁵³⁰ V. *supra*, note n° 314.

⁵³¹ Pour un résumé de la jurisprudence pertinente sur ce sujet, v. L. TOMASI, « La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: agli artt. 8 e 14 CEDU », *op. cit.*, p. 39 et s.

⁵³² CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97, préc.

⁵³³ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n° 43546/02, *RTD civ.*, 2008, p. 249, n. J.-P. Marguénaud, *D.*, 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *RDSS*, 2008, p. 380, obs. C. Neirinck, *RJPF*, 2008, p. 22, n. S. Valory, *LPA*, 2008, p. 9, comm. F. Chaltiel, *JCP G*, 2008.II.10071, n. A. Gouttenoire et F. Sudre, *RTD fam.*, 2008, p. 942, n. G. Ruffieux, *AJDA*, 2008, p. 978, n. J.-F. Flauss, *AJ fam.*, 2008, p. 118, obs. F. Chénédé, *D.*, 2008, p. 2038, n. E. Royer, *RTD civ.*, 2008, p. 249, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2008.II.10071, n. A. Gouttenoire et F. Sudre.

2) Des définitions ponctuelles au niveau supranational en matière familiale

234. La définition d'exigences substantielles d'égalité en matière familiale n'a pas lieu de manière systématique au niveau supranational. Cela a parfois trait à une raison de casuistique des situations soumises à l'examen des juges supranationaux **(a)** et, parfois, à une claire volonté de laisser les États libres de définir des exigences d'identité ou de différence de traitement concernant l'attribution d'une prérogative donnée **(b)**.

a) La casuistique des définitions

235. Dans certains cas, bien qu'il existe une autorité supranationale compétente pour définir des contenus de l'égalité, ce travail n'a pas lieu. Tel est notamment le cas lorsqu'aucune autorité supranationale ne s'est prononcée sur la question de la conformité du traitement identique ou différent de deux situations aux dispositions d'égalité qu'elles protègent. Ainsi, lorsque le juge est confronté à une situation couverte par une disposition européenne d'égalité, mais qui n'a pas été concrétisée par une autorité supranationale, le juge tirera l'exigence substantielle d'égalité pertinente du droit interne. Tel a été, par exemple, le cas dans l'arrêt rendu le 13 mars 2007 dans lequel la Cour de cassation française a été appelée à se prononcer sur la conformité de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe aux articles 12 et 14 de la CESDH⁵³⁴, avant l'entrée en vigueur de la loi de 2013⁵³⁵ et avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne se prononce sur cette question⁵³⁶. Or, l'article 14 invoqué dans le pourvoi consacre une prohibition de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle, ce qui pose, nous l'avons vu, une présomption de la comparabilité des situations en cause. Malgré celle-ci, la Cour de cassation a considéré que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme »⁵³⁷ et que « ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme [...] »⁵³⁸. Cette solution revient à considérer que, malgré la comparabilité des situations imposée par l'article 14 de la CESDH, le traitement différent des couples homosexuels et hétérosexuels est justifié⁵³⁹. Cette analyse n'était pas

⁵³⁴ Cass. fr., Civ. 1^e, 13 mars 2007, n° 05-16627, préc.

⁵³⁵ Loi fr. 17 mai 2013, n° 2013-404, préc.

⁵³⁶ Ce qui a eu lieu pour la première fois avec l'arrêt CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

⁵³⁷ Cass. fr., Civ. 1^e, 13 mars 2007, n° 05-16627, préc.

⁵³⁸ *Idem*.

⁵³⁹ Ce qu'a exprimé en termes limpides le TGI de Bordeaux en annulant le mariage dit « de Bègles » (TGI Bordeaux, 1^e Civ., 27 juillet 2004, RG n° 6427/2004, *Min. publ. C. P. et C., D.*, 2004, p. 2392, n. E. Agostini, *AJ fam.*, 2004, p. 407, obs. L. Attuel-Mendès, *Dr. fam.*, 2004, p. 138, n. V. Larribau-Terneyre, *JCP G*, 2004.II.10169,

tributaire d'exigences supranationales d'égalité puisqu'aucune autorité supranationale n'avait imposé cette lecture de l'article 14 de la CESDH. Cette exigence d'égalité avait ainsi été définie à la lumière du droit interne, tributaire, comme nous le verrons⁵⁴⁰, de la conception de la famille de l'époque qui définissait le mariage comme l'union de couples de sexe différent uniquement.



236. Au-delà de la casuistique, les juridictions européennes s'abstiennent parfois de manière volontaire de définir des contenus de l'égalité.

b) L'abstention volontaire dans la définition d'une exigence substantielle d'égalité

237. L'absence de définition des contenus de l'égalité peut également résulter d'une volonté de l'autorité supranationale. Parfois, cette dernière choisit de ne pas imposer aux États de se conformer ni à une exigence d'identité, ni à une exigence de différence de traitement des situations soumises à son examen. Telle est par exemple la position que la Cour européenne des droits de l'homme a adoptée concernant la conformité de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe aux dispositions d'égalité contenues dans la Convention. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf*⁵⁴¹, la Cour a précisé que ces dernières n'imposent pas que les États parties au Conseil de l'Europe ouvrent le mariage aux couples homosexuels⁵⁴². En même temps, elle a considéré que cette union n'est pas contraire à la CESDH⁵⁴³. En termes d'analyse de la comparabilité des situations et de l'admissibilité de dérogations, nous avons montré que cela

n. G. Kessler, *Dr. fam.*, 2004, comm. 166, n. M. Azavant). Le jugement précisait qu'« il existe à l'évidence une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle dès lors que le mariage est interdit à un couple formé de personnes de même sexe » et que cette différence de traitement trouve « une justification objective et raisonnable qui poursuit un but légitime dans une société démocratique » consistant en « la fonction traditionnelle du mariage communément considéré comme constituant la fondation d'une famille ». V. également en ce sens H. FULCHIRON, « La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe – ECHR : no obligation to allow same sex couples to marry », *op. cit.*, pp. 1902-1903, point 2.B ; C. MÉCARY, *Droit et homosexualité*, Dalloz, Paris, 2000, p. 5. La séparation entre la différence des situations et l'admissibilité d'une justification de la discrimination prohibée se brouille cependant dans la pensée de certains auteurs (G. KESSLER, « Le mariage homosexuel en question », *JCP G*, n° 46, 2004.II.10169 ; F. DIEU, « Les maires et l'objection de conscience : fragilisation de l'état civil, fragilisation de l'État », *JCP A*, n° 19-20, 2013, act. 406, point 3 ; J. REGARD, « "Mariage pour tous" : des circulaires aux fondements juridiques très approximatifs », *Dr. pén.*, n° 9, 2013, étude 14, point 1). Il convient de rappeler que ce raisonnement comporte une contradiction dans la mesure où, si l'on analyse les situations comme étant différentes, la prohibition des discriminations est privée de toute utilité. La particularité des dispositions prohibant la discrimination en raison de critères déterminés par rapport aux autres dispositions d'égalité consiste en effet précisément en l'imposition de la comparabilité des situations couvertes par ces interdictions. V. *supra*, § 96.

⁵⁴⁰ V. *infra*, § 543 et s.

⁵⁴¹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

⁵⁴² *Ibid.*, §§ 62 et 63.

⁵⁴³ *Ibid.*, § 55.

correspond à une abstention d'analyse⁵⁴⁴. La Cour laisse ainsi les autorités nationales définir librement l'exigence substantielle d'égalité relative à ce droit. En conclusion, le respect des contenus de l'égalité définis au niveau supranational peut être imposé par les juges confrontés à des normes étrangères. Néanmoins, cette définition a uniquement lieu lorsqu'une exigence matérielle est définie dans une norme supranationale ou par une juridiction compétente pour interpréter les textes supranationaux et notamment les dispositions d'égalité qu'ils contiennent. Ainsi, en l'absence d'un droit de la famille de source supranationale, les exigences substantielles d'égalité définies à ce niveau demeurent ponctuelles. Cela est d'autant plus vrai qu'en cette matière les juridictions supranationales choisissent parfois de ne pas définir un contenu de l'égalité et de laisser les États libres de prévoir une exigence d'identité de traitement ou une exigence de différence de traitement.



238. Il découle de ce qui précède qu'en matière familiale, *les exigences substantielles d'égalité ne peuvent pas être considérées comme internationales. Elles ne découlent pas directement des dispositions d'égalité qui, elles, sont internationalement reconnues. Elles sont en revanche définies par chaque autorité compétente à cet égard, fût-elle nationale ou supranationale, normative ou juridictionnelle*, bien que ce travail soit opéré au niveau supranational de manière bien plus ponctuelle qu'au niveau national. Ce travail a notamment lieu à travers l'attribution ou le refus des différentes prérogatives consacrées en droit interne aux différentes catégories juridiques. Le juge, confronté à des normes étrangères, n'aura cependant pas à piocher dans un tableau impressionniste composé d'un ensemble varié d'exigences substantielles d'égalité. Il convient de comprendre que, *in fine*, les exigences substantielles d'égalité dont le respect est susceptible de s'imposer en droit international privé sont inscrites dans les droits internes de l'ordre juridique du for, celui-ci englobant aussi bien les exigences substantielles d'égalité de source nationale et de source supranationale.

II) La protection des exigences substantielles d'égalité en droit international privé

239. Il vient d'être exposé que les exigences substantielles d'égalité peuvent trouver leur source au niveau aussi bien national que supranational. Cependant, concrètement, les juges confrontés à des normes étrangères et à une question d'égalité chercheront les exigences

⁵⁴⁴ V. *supra*, § 6.

substantielles d'égalité pertinentes en droit interne, ce dernier englobant les exigences substantielles d'égalité de source aussi bien nationale que supranationale (A). La question se pose alors de savoir si le juge confronté à une norme étrangère doit s'assurer du respect de l'ensemble des exigences substantielles d'égalité définies par les différentes autorités (B).

A) Les exigences substantielles d'égalité de source nationale ou supranationale inscrites en droit interne

240. La plupart des prérogatives sont consacrées par les ordres juridiques nationaux, au niveau du droit interne. C'est donc à ce niveau que les autorités nationales définissent les catégories bénéficiaires de chaque prérogative et les catégories exclues. Par exemple, le droit au divorce est garanti en droit français de manière identique aussi bien aux hommes qu'aux femmes. C'est à cette exigence substantielle d'identité de traitement que la loi étrangère qui réserve ce droit au mari est censée être confrontée. En revanche, le droit italien réserve le droit de conclure une union civile aux couples de même sexe, et à l'exclusion notamment des couples de sexe opposé. Il définit, en ce sens, une exigence substantielle de différence de traitement. La question à laquelle le juge est susceptible d'être confronté est ainsi de savoir si l'union créée à l'étranger par un couple de sexe opposé est conforme à cette exigence. Il s'agit là de la confrontation des normes étrangères aux contenus de l'égalité du for, ce que nous dénommons le *contrôle d'égalité en droit international privé*.

241. Ce lien entre le droit interne et les exigences d'égalité a été mis en relief par les Chambres réunies de la Cour de cassation italienne dans un arrêt rendu le 8 mai 2019⁵⁴⁵. À cette occasion la Cour a été confrontée à une demande de transcription du lien de filiation entre le parent d'intention non biologique et l'enfant né d'une mère porteuse à l'étranger. L'analyse développée par la Cour mérite d'être entièrement relatée en raison de sa clarté. La Cour souligne que⁵⁴⁶ :

⁵⁴⁵ Cass. it., Ch. réun., 8 mai 2019, n° 12193, *Questione Giustizia*, 2019, obs. G. Maria Ruotolo [en ligne], *ibid.*, n. M. Acerno, S. Celentano [en ligne].

⁵⁴⁶ Voici le texte en langue originale : « 12.1. [...] la valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico non può essere limitata alla ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri ed istituti italiani, ma deve estendersi alla verifica dell'eventuale contrasto tra l'istituto di cui si chiede il riconoscimento e l'intreccio di valori e norme rilevanti ai fini della delibazione. 12.2. Viene in tal modo evidenziato un profilo importante della valutazione di compatibilità, rimasto forse in ombra nelle enunciazioni di principio delle precedenti decisioni, ma dalle stesse tenuto ben presente nell'esame delle fattispecie concrete, ovvero la rilevanza della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione, e la conseguente necessità di tener conto, dell'individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori si sono concretamente incarnati ».

« l'analyse de la compatibilité avec l'ordre public ne peut être limitée à la recherche d'une pleine correspondance entre les institutions étrangères et les institutions italiennes, mais doit s'étendre au contrôle de l'éventuelle contrariété de l'institution dont la reconnaissance est demandée à l'ensemble de valeurs et normes pertinentes aux fins de la délibération.

Cela met en lumière un aspect important dans cette analyse, probablement resté dans l'ombre dans les énonciations de principe des décisions précédentes, et pourtant bien pris en considération lors de l'examen des espèces concrètes. Il s'agit de l'importance de la loi ordinaire, instrument de la mise en œuvre des valeurs consacrées dans la Constitution, ainsi que de la nécessité qui en résulte de prendre en compte, dans le cadre de l'identification des principes d'ordre public, de la façon dans laquelle lesdites valeurs ont été concrètement incarnées dans la réglementation de chaque dispositif juridique »⁵⁴⁷.

La Cour poursuit en soulignant encore que :

« les juges constitutionnels et les juges du droit sont parvenus à extrapoler les principes fondamentaux sur la base, non seulement des énoncés solennels de la Constitution, des Conventions et des Déclarations internationales, mais également de l'interprétation de la loi ordinaire. En effet, celle-ci donne forme à ce droit vivant dont on ne peut faire abstraction dans le cadre de la reconstruction de l'ordre public, ce dernier étant composé par l'ensemble des valeurs fondatrices de l'ordre juridique dans un moment historique donné. La caractéristique essentielle de l'ordre public est, en effet, la relativité et la mutabilité dans le temps de son contenu, lequel est soumis à des modifications selon l'évolution des relations politiques, économiques et sociales. Il est donc inévitablement destiné à

nella disciplina dei singoli istituti » [...] « la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità sono pervenute all'estrapolazione dei principi fondamentali, sulla base non solo dei solenni enunciati della Costituzione e delle Convenzioni e Dichiarazioni internazionali, ma anche dell'interpretazione della legge ordinaria, che dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindere nella ricostruzione dell'ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico. Caratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico è infatti la relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto, soggetto a modificazioni in dipendenza dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, e quindi inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione [...] ».

⁵⁴⁷ T.d.A., Extraits des points 12.1 et 12.2 de l'arrêt.

être influencé par la réglementation des dispositifs juridiques et de leur interprétation, lesquels constituent l'expression de cette évolution [...] »⁵⁴⁸.

242. La Cour de cassation italienne met ainsi en lumière que la concrétisation des principes fondamentaux de l'ordre juridique du for se trouve au niveau du droit interne. Cela est particulièrement vrai pour le principe d'égalité dans la mesure où, comme cela a été montré, chaque ordre juridique définit des exigences d'identité de traitement en conférant une même prérogative à plusieurs catégories juridiques et définit des exigences de différences de traitement en refusant cette même prérogative à d'autres catégories. Ainsi, lorsque le juge est confronté à une norme étrangère, la réponse à la question de savoir si la norme étrangère est conforme aux contenus de l'égalité que définit concrètement l'ordre juridique du for se trouve dans l'analyse du droit interne.

243. Par ailleurs, les droits internes des ordres juridiques liés par des engagements internationaux comportant une exigence de respect de dispositions d'égalité sont censés être conformes aux exigences substantielles d'égalité définies au niveau supranational. Dans le cas contraire, les autorités nationales elles-mêmes écarteront les dispositions contraires aux exigences substantielles d'égalité de source supranationale ou en donneront une interprétation conforme. *In fine*, le juge confronté à une norme étrangère se réfèrera donc toujours aux dispositions de droit interne considéré conforme aux exigences substantielles d'égalité définies au niveau supranational.



244. Contrairement aux exigences méthodologiques découlant directement du principe d'égalité, et notamment de la règle de l'égalité de traitement, les contenus de l'égalité dont le respect est susceptible de s'imposer en droit international privé sont définis par chaque autorité normative ou juridictionnelle compétente à cet effet, en opérant des choix qui ne sont pas prédéterminés par les dispositions d'égalité. Elles sont néanmoins *in fine* inscrites en droit interne puisqu'elles découlent de toutes les normes qui permettent de définir quelles situations sont traitées de manière identique par la loi et quelles situations sont, au contraire, traitées de manière différente. Elles découlent de l'œuvre du législateur et, éventuellement, du contrôle de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois de la part des juges. Elles dérivent également des contrôles de la conformité des solutions nationales aux dispositions d'égalité

⁵⁴⁸ T.d.A., Extrait du point 12.2 de l'arrêt.

opérés par les juridictions supranationales. Il convient alors de se demander si le juge confronté à une norme étrangère est susceptible d'exiger le respect de toute exigence substantielle d'égalité ou seulement de certaines d'entre elles.

B) Le respect de l'ensemble des exigences substantielles d'égalité ?

245. La question se pose de savoir si en droit international privé les juges s'assurent du respect de l'ensemble des contenus de l'égalité, ou bien si la conformité des normes étrangères est exigée seulement au regard de certains d'entre eux. Cette question trouve sa pertinence à la lumière d'une recherche jurisprudentielle effectuée sur la base de données *Légifrance*⁵⁴⁹, qu'il convient de relater⁵⁵⁰. Cette recherche amène en effet à comprendre que les exigences substantielles d'égalité du for font rarement l'objet d'une mention expresse de la part des juges français. *Cela s'explique-t-il par le fait que les juges français considèrent que seulement certaines exigences substantielles d'égalité méritent protection en droit international privé ?* La réponse à cette question permet de se prononcer sur une première hypothèse de conciliation entre le souci de garantir le respect du principe d'égalité et d'assurer la continuité des situations, en dépit de l'absence d'internationalité des exigences substantielles d'égalité. Si les contenus de l'égalité dont le respect s'impose en droit international privé de la famille devaient se limiter aux cas où les juges mentionnent expressément le principe d'égalité, leur nombre serait considérablement tenu par rapport à l'ensemble des contenus de l'égalité que chaque autorité compétente définit en matière familiale. Force serait de conclure à l'existence d'un équilibre entre le souci de garantir la continuité des situations et la nécessité de protéger le principe d'égalité. En effet, le nombre négligeable des exigences substantielles d'égalité dont le respect s'imposerait s'accompagnerait potentiellement d'un faible nombre de cas où ce contrôle serait susceptible de conduire à la discontinuité des situations. Cette hypothèse ne peut cependant pas être confirmée. L'analyse des résultats de la recherche jurisprudentielle effectuée sur la base de données *Légifrance* **(1)** amènera à constater que, le plus souvent, le contrôle d'égalité est englobé dans le cadre du contrôle de conformité de la norme étrangère à l'ordre public international, sans que le principe d'égalité ne soit mentionné **(2)**. Elle conduira également à

⁵⁴⁹ Il n'existe pas d'équivalent italien qui permette d'opérer une recherche systémique. La base de données disponible sur le site de la Cour de cassation italienne (<http://www.itagliure.giustizia.it/sncass/>) répertorie uniquement les cinq dernières années de jurisprudence et il n'est pas possible d'isoler les arrêts qui contiennent des combinaisons de mots et/ou expression. La recherche contenant les mots « "eguaglianza" "ordine pubblico internazionale" » amène en effet entre autres à des arrêts qui ne contiennent aucun de ces mots. La recherche effectuée sur la base de données *Il foro italiano* a permis d'isoler uniquement 11 décisions rendues par la Cour de cassation et par les juges du fond. Les résultats ne permettaient ainsi pas d'opérer l'analyse envisagée.

⁵⁵⁰ Données au 21 novembre 2019.

comprendre que, lorsque l'égalité est expressément mentionnée, il s'agit habituellement des dispositions d'égalité contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme (3).

1) Méthodologie de la recherche jurisprudentielle

246. Comme cela a été précédemment exposé, le contrôle d'égalité, c'est-à-dire le contrôle de la conformité des normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité du for, peut être opéré par le biais de l'ordre public international ou bien par l'application immédiate des droits fondamentaux. La première question qui se posait était alors de savoir si le contrôle d'égalité est effectué uniquement à travers l'application immédiate des normes d'égalité. Une réponse affirmative aurait notamment impliqué de relever que les cas où le principe d'égalité ou des dispositions d'égalité sont mentionnés, l'ordre public international ne l'est pas. Encore aurait-il été cependant nécessaire d'exclure que des contrôles d'égalité soient opérés lorsque l'ordre public international est mentionné. La combinaison de ces deux analyses aurait, par exemple, pu conduire à considérer que le contrôle d'égalité est opéré uniquement lorsque le principe d'égalité est expressément mentionné, ce qui aurait éventuellement pu conduire à conclure que peu d'exigences substantielles d'égalité s'imposent en droit international privé.

247. Il convenait ainsi de savoir si la Cour de cassation ou les juridictions du fond mentionnent le principe d'égalité ou de non-discrimination uniquement lorsqu'ils ne font pas référence à l'ordre public international ou, au contraire, si la mention du principe d'égalité peut s'accompagner également de la mention de l'ordre public international. Il s'agissait également de comprendre quelles dispositions d'égalité ont servi de fondement légal à ces décisions. En effet, si par hypothèse les seules exigences substantielles d'égalité dont le respect s'est imposé à l'égard des normes étrangères étaient celles de source européenne, une certaine transnationalité des contenus de l'égalité aurait pu être caractérisée. Deux recherches ont été effectuées. La première avait pour but de comprendre si la mention du principe d'égalité ou de dispositions d'égalité peut correspondre à l'application immédiate du principe (a). La seconde recherche visait à savoir si un contrôle d'égalité est susceptible d'être opéré y compris lorsque seul l'ordre public international est mentionné dans la décision de justice (b).

a) Une mention de l'égalité témoignant de l'application immédiate du principe ?

248. La première recherche effectuée visait à savoir si l'égalité fait parfois l'objet de protection à travers l'application immédiate du principe ou d'une disposition d'égalité. Afin de répondre

à cette question, nous avons recherché des décisions où la première chambre civile de la Cour de cassation ou les juridictions du fond auraient mentionné le principe d'égalité ou de non-discrimination à l'exclusion de toute référence à l'ordre public international. La recherche sur la base de données *Légifrance* a été ici limitée aux mots « égalité », « discrimination » et « discriminatoire », elle a exclu l'expression « ordre public international » et a été limitée, une première fois, au titrage « conflit de lois » et, une seconde fois, au titrage « conflit de juridictions ».

249. **L'absence d'application immédiate du principe d'égalité par la Cour de cassation.** -

En ce qui concerne les arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation, l'opération a isolé respectivement quatre arrêts relatifs au conflit de lois⁵⁵¹ et six arrêts relatifs au conflit de juridictions⁵⁵², pour un total de dix arrêts. Deux de ces arrêts ont cependant été exclus dans la mesure où ils mentionnaient l'expression « ordre public » en référence à l'ordre public international⁵⁵³. Des huit arrêts restants, sept ne touchaient pas au droit international privé de la famille ou ne soulevaient aucune question pertinente tenant au respect des exigences substantielles d'égalité du for.

250. Le dernier arrêt restant a été rendu en 2014 et concernait une demande de reconnaissance d'une répudiation prononcée à l'étranger⁵⁵⁴. À cette occasion, seul le principe d'égalité, et non pas également l'ordre public international, a été mentionné. Néanmoins, une jurisprudence constante existe en la matière et consiste à contrôler le respect du principe d'égalité par le biais de l'ordre public international. Depuis le 17 février 2004, la Cour de cassation française précise que les répudiations contreviennent au principe d'égalité des époux consacré à l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH si l'épouse ou les deux époux sont domiciliés en France⁵⁵⁵. Or, souvent le principe d'égalité des époux est considéré par les juges comme une composante de

⁵⁵¹ Cass. fr., Civ. 1^e, 7 décembre 2016, n° 15-22996 ; 4 décembre 2013, n° 12-26161 ; 20 octobre 2010, n° 08-17033 ; 25 février 2009, n° 08-11033.

⁵⁵² Cass. fr., Civ. 1^e, 30 septembre 2009, n° 08-16883 ; 22 octobre 2008, n° 07-15823 ; 20 septembre 2006, n° 04-16534 ; 10 mai 2006, n° 05-15707 ; 30 mars 2004, n° 02-17974 ; 19 novembre 2002, n° 00-22334.

⁵⁵³ Cass. fr., Civ. 1^e, 20 septembre 2006, n° 04-16534, préc. ; 10 mai 2006, n° 05-15707, préc.

⁵⁵⁴ Cass. fr., Civ. 1^e, 24 septembre 2014, n° 13-21751, *Dr. fam.*, 2014, comm. 174, n. M. Farge, *JDI*, 2015, comm. 2, p. 114, n. F. Mélin.

⁵⁵⁵ Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 2004, n° 01-11549 et n° 02-11618, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 423, n. P. Hammje, *JCP G*, 2004.II.10128, n. H. Fulchiron, *D.*, 2004, p. 824, concl. Cavarroc, *JDI*, 2004, p. 1200, n. L. Gannagé, *Gaz. Pal.*, 2004, p. 27, n. M.-L. Niboyet. La condition de proximité posée par la Cour de cassation pourrait être le reflet de la condition d'applicabilité spatiale que la CESDH définit en son article 1^{er} exigeant que les droits consacrés soient garantis « à toute personne relevant de sa juridiction ». V. en ce sens, M. FARGE, « L'universalité des droits de l'homme au prisme du Droit international privé des personnes et de la famille », *op. cit.*, § 25. Contra P. HAMMJE, « Rejet des répudiations musulmanes », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2004, pp. 423-439, spéc. § 39, qui voit en la condition de proximité un facteur subsidiaire de rattachement.

l'ordre public international. En matière de répudiation, la Cour de cassation affirme régulièrement que la norme étrangère est contraire au principe d'égalité des époux garanti par l'article 5 du Protocole n° 7 de la Convention ESDH « et donc » à l'ordre public international⁵⁵⁶. Il n'est ainsi pas possible à notre avis de considérer que l'absence de mention de l'ordre public international dans l'arrêt de 2014 constitue un exemple d'application immédiate du principe d'égalité⁵⁵⁷.

251. En conclusion, aucun arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation ne semble avoir mentionné le principe d'égalité ou de non-discrimination dans le but de l'appliquer de manière immédiate en droit international privé de la famille.

252. **Un seul exemple d'application immédiate devant les juges d'appel.** - En ce qui concerne les décisions rendues par les juges du fond, cette recherche n'a isolé que des arrêts rendus par des juridictions d'appel. Quatre arrêts sont issus de l'opération limitant la recherche au titrage « conflit de lois ». Cependant, trois d'entre eux ne concernaient pas la matière familiale ou ne posaient pas de question relative au respect des exigences substantielles d'égalité en matière familiale⁵⁵⁸. Le dernier arrêt des quatre a en revanche été exclu de l'analyse puisqu'il mentionnait l'« ordre public » en référence à l'ordre public international⁵⁵⁹ et a été ajouté à la liste des arrêts issus de la deuxième recherche opérée, mentionnant aussi bien l'ordre public international que le principe d'égalité.

L'opération limitant la recherche aux titrages « conflit de juridiction » et « conflit de juridictions » proposés par la base de données a permis d'isoler trois arrêts⁵⁶⁰ dont deux ont été exclus. L'un de ces arrêts ne touchait pas la matière familiale⁵⁶¹ et un autre mentionnait l'expression « ordre public » en référence à l'ordre public international⁵⁶². Ce dernier a ainsi été à son tour ajouté aux résultats de la deuxième recherche visant à mettre en évidence la mention conjointe d'une disposition d'égalité et de l'ordre public international en matière

⁵⁵⁶ V. spéc. Cass. fr., Civ. 1^{er}, 17 février 2004, n° 01-11549, préc. ; 10 mai 2006, n° 04-19444, préc. ; 22 mai 2007, n° 06-10433, préc. ; 17 octobre 2007, n° 06-21962, préc. ; 31 octobre 2007, n° 06-20.799, préc. ; 4 novembre 2009, n° 08-20574, préc. ; 18 mai 2011, n° 10-19750, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-25802, préc. ; 15 avril 2015, n° 14-13420, préc. ; 25 mai 2016, n° 15-10532, préc. ; 4 juillet 2018, n° 17-16102, préc.

⁵⁵⁷ En ce sens également M. FARGE, « Contrariété à l'ordre public d'une répudiation algérienne sur mort mariage », *Dr. fam.* n° 11, 2014, comm. 174.

⁵⁵⁸ CA Lyon, 31 janvier 2006, n° de RG 05/04028 ; Versailles, 16 novembre 2004, n° de RG 04/01413 ; Pau, 3 juillet 2003, n° 00/01713.

⁵⁵⁹ CA Douai, 30 avril 2003, n° de RG 01/6335.

⁵⁶⁰ CA Metz, 6 janvier 2009, n° de RG 07/00613 ; Colmar, 14 novembre 2002, n° de RG 2001/02761 ; Agen, 7 février 2002, n° de RG 00/00900.

⁵⁶¹ CA Colmar, 14 novembre 2002, n° de RG 2001/02761, préc.

⁵⁶² CA Metz, 6 janvier 2009, n° de RG 07/00613, préc.

familiale.

En conclusion, parmi les décisions des juridictions d'appel renseignées sur la base de données *Légifrance*, un seul arrêt soulevant des questions d'égalité et touchant au droit international privé de la famille a mentionné une disposition d'égalité sans faire mention de l'ordre public international⁵⁶³. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Agen le 7 février 2002⁵⁶⁴. Cet arrêt portait sur une demande de reconnaissance d'une répudiation étrangère. Les juges ont fait uniquement référence à l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH. Cet arrêt est donc susceptible de constituer un exemple d'application immédiate du principe d'égalité des époux. Par ailleurs, aucune référence n'est faite à des conditions de proximité subordonnant la non-reconnaissance de la décision en cause. Cette condition n'exclut pas en soi une application immédiate du principe d'égalité. Elle peut en effet se référer à la limitation du champ d'application spatial de la Convention ESDH elle-même⁵⁶⁵. L'absence de toute mention de conditions de proximité ôte néanmoins tout doute concernant une éventuelle application de l'ordre public de proximité⁵⁶⁶.



253. Ainsi, il convient de conclure que la mention du principe d'égalité a exceptionnellement pu correspondre à une application immédiate de ce principe et d'exclure donc l'hypothèse que le contrôle d'égalité passe essentiellement par la confrontation immédiate des normes étrangères au principe d'égalité. La seconde recherche confirme d'ailleurs que, le plus souvent, ce contrôle est opéré par les juges français par le biais de l'ordre public international.

b) Un contrôle du respect des exigences substantielles d'égalité par le biais de l'ordre public international ?

254. La deuxième question qui se posait était de savoir si le contrôle du respect des exigences substantielles d'égalité en droit international privé passe également par le biais de l'exception d'ordre public international. Dans une deuxième recherche, l'expression « ordre public international » a donc été associée aux termes « égalité » ou « discrimination » ou « discriminatoire ».

255. **Première chambre civile de la Cour de cassation.** - Cette recherche a d'abord été opérée

⁵⁶³ CA Agen, 7 février 2002, n° de RG 00/00900, préc.

⁵⁶⁴ CA Agen, 7 février 2002, n° de RG 00/00900, préc.

⁵⁶⁵ Cf. art. 1^{er} CESDH.

⁵⁶⁶ Lequel sera analysé dans la troisième partie de cette étude. V. *infra*, §§ 903-906.

relativement aux décisions rendues par la première chambre civile de la Cour de cassation. La recherche a isolé soixante-seize arrêts. Parmi ces derniers cependant, seulement trente-huit⁵⁶⁷ concernaient le droit international privé de la famille⁵⁶⁸ et posaient effectivement des questions de conformité des normes étrangères à la conception de l'égalité du for⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ **En matière de répudiation** : Cass. fr., Civ. 1^e, 4 juillet 2018, n° 17-16102, préc. ; 25 mai 2016, n° 15-10532, préc. ; 15 avril 2015, n° 14-13420, préc. ; 24 septembre 2014, n° 13-21751, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-25802, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-21344 ; 23 octobre 2013, n° 12-25919, préc. ; 26 septembre 2012, n° 11-25015 ; 18 mai 2011, n° 10-19750, préc. ; 9 mars 2011, n° 10-13758 ; 20 octobre 2010, n° 09-15379 ; 4 novembre 2009, n° 08-20574, préc. ; 31 octobre 2007, n° 06-20799, préc. ; 17 octobre 2007, n° 06-21962, préc. ; 19 septembre 2007, n° 06-19577 ; 10 juillet 2007, n° 06-19083 ; 22 mai 2007, n° 06-10433, préc. ; 7 juin 2006, n° 04-17219 ; 25 octobre 2005, n° 03-20845 ; 20 septembre 2006, n° 04-16534, préc. ; 10 mai 2006, n° 04-19444, préc. ; 10 mai 2006, n° 05-15707, préc. ; 14 mars 2006, n° 05-13921 ; 17 février 2004, n° 01-11549, préc. ; 17 février 2004, n° 02-11618 ; 27 janvier 1998, n° 95-14453 ; 11 mars 1997, n° 94-19447 ; 19 décembre 1995, n° 93-19950 ; 1^{er} juin 1994, n° 92-13523 ; 19 octobre 2016, n° 15-23137 ; 23 février 2011, n° 10-14101 ; 23 février 2011, n° 10-14760 ; 3 novembre 1983, n° 81-15745. **En matière d'égalité dans le partage des biens entre époux**, Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 1998, nos 95-18646 et 95-18647, *Vialaron, JCP*, 1998, II, 10175, p. 1912, n. Th. Vignal. **En matière d'égalité des sexes des parents dans l'attribution du droit de garde de l'enfant**, Cass. fr., Civ. 1^e, 19 septembre 2019, n° 18-18237, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 325, n. I. Fadlallah ; 4 novembre 2010, n° 09-15302, *Dr. fam.*, 2011, n° 47, obs. E. Viganotti, *AJ fam.* 2011, p. 46, obs. A. Boiché, *RLDC*, 2011/78, n° 4098, obs. J. Gallois, *RTD civ.*, 2011, p. 116, obs. J. Hauser, *RJPF*, 2011-1/21, obs. M.-C. Meyzaud-Garaud. **En matière d'égalité des filiations**, Cass. fr., Civ. 1^e, 10 mai 2006, n° 05-10299, préc. (non-violation ; demande d'établissement d'un lien de filiation). **En matière de non-discrimination en raison de la naissance** Cass. fr., Civ. 1^e, 5 juillet 2017, nos 16-16901 et 16-50025, *AJ fam.*, 2017, p. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *LPA*, 2017, p. 6, n. M. Pichard, *AJ fam.*, 2017, p. 375, point de vue F. Chénéde, *D.*, 2017, p. 1737 (enfants nés d'une mère porteuse - non-violation).

⁵⁶⁸ Voici la liste des 19 arrêts exclus, car ne touchant pas au domaine du droit international privé de la famille (Cass. fr. Civ. 1^e, 3 avril 2019, n° 17-18719 ; 13 février 2019, n° 17-25851 ; 30 janvier 2019, n° 14-23822 ; 10 janvier 2018, n° 16-21391 ; 11 octobre 2017, n° 15-23435 ; 25 mai 2016, n° 15-18646 ; 28 mai 2015, n° 14-14421 ; 18 mars 2015, n° 14-12077 ; 9 juillet 2014, n° 13-13598 ; 25 juin 2014, n° 11-16444 ; 28 mars 2013, n° 11-27770 ; 19 décembre 2012, n° 11-13269 ; 7 novembre 2012, n° 11-23871 ; 28 mars 2012, n° 11-11434 ; 6 mai 2009, n° 08-10281 ; 11 février 2009, n° 06-18746 ; 30 mars 2004, n° 02-12259 ; 17 novembre 1999, n° 97-20624 ; 25 février 1986, n° 84-14208).

⁵⁶⁹ Voici la liste des 19 arrêts qui ont été exclus de l'analyse, car la question de l'égalité des statuts familiaux n'était pas pertinente afin de répondre à la question de droit posée à la Cour de cassation, bien qu'évoquée par les demandeurs au pourvoi : Cass. fr., Civ. 1^e, 20 juin 2012, n° 11-30120 (répudiation - fraude à la loi) ; 26 juin 2019, n° 17-14022 (répudiation - ordre public procédural) ; 24 septembre 2014, nos 13-20049 et 13-25556 (répudiation – dénaturation de la loi étrangère par la Cour d'appel) ; 1^{er} décembre 2010, n° 09-70132 (exclusion de la qualification d'une dissolution d'un mariage de répudiation) ; 19 septembre 2018, n° 17-24864 (divorce – litispendance) ; 11 février 2015, n° 13-25572 (divorce - la question de l'égalité n'était pas pertinente en l'espèce) ; 10 janvier 2018, n° 16-26197 (liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des ex-époux – litispendance) ; 21 septembre 2016, n° 14-29340 (régularité internationale d'un jugement de divorce étranger non examiné par la Cour d'appel) ; 16 décembre 2015, n° 14-28296 (indivisibilité d'un jugement étranger de divorce) ; 14 mars 2012, n° 11-15290 (question d'application de la loi dans le temps pour exiger l'égalité des enfants naturels et légitimes) ; 17 juin 2009, n° 07-21292 (refus abusif de l'épouse de s'installer avec son époux) ; 20 mars 2019, nos 18-12327, 18-50008, 18-11815 et 18-50006 (sursis à statuer – demande d'établissement du lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant né d'une mère porteuse – la question de la discrimination des enfants nés d'une gestation pour autrui a été soulevée par les demandeurs au pourvoi). La question a été tranchée par la CEDH sur le fondement de l'article 8 uniquement, cf. CEDH, avis, 10 avril 2019, n° P16-2018-001 ; 27 septembre 2017, n° 16-17198 et 27 septembre 2017, n° 16-13151 (exclusion du caractère d'ordre public de la réserve héréditaire. La question de l'égalité des enfants évoquée par les demandeurs au pourvoi n'était pas pertinente) ; 25 septembre 2013, n° 12-21417 (contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation de l'enfant – question d'égalité non pertinente) ; 21 novembre 2012, nos 10-17365 et 10-30845 (nullité d'un testament- question de l'égalité non pertinente) ; 4 octobre 2005, n° 02-20258 (demande en nullité d'un jugement d'adoption prononcée à l'étranger - interdiction de révision d'un jugement étranger au fond) ; 7 décembre 2016, n° 16-21760 (incompétence des juges du fond pour vérifier la conformité d'un déplacement illicite de l'enfant au principe d'égalité des sexes des parents de l'enfant en

256. Plus précisément, trente-sept arrêts ont mentionné le principe d'égalité en association avec l'ordre public international. Trente-trois de ces arrêts ont été rendus en matière de répudiation⁵⁷⁰. Un de ces arrêts concerne l'égalité dans le partage des biens entre époux⁵⁷¹. Deux arrêts portent sur l'égalité des sexes des parents dans l'attribution du droit de garde de l'enfant⁵⁷². Enfin, un arrêt a trait à l'égalité des filiations en matière de recherche de paternité⁵⁷³. Un de ces trente-sept arrêts mentionnait également le principe de non-discrimination⁵⁷⁴. Le trente-huitième arrêt ne fait pas expressément référence à l'ordre public international, mais il a été rendu au visa de l'article 1^{er}, d) de la Convention franco-algérienne du 29 août 1964, subordonnant l'exequatur des jugements rendus par l'un de ces deux pays à la conformité à l'ordre public de l'État de destination⁵⁷⁵.

257. Par ailleurs, il a déjà été mentionné que, parfois, la première chambre civile de la Cour de cassation française précise que les engagements internationaux sont une composante de l'ordre public international du for. Cela ressort des arrêts où la Cour affirme qu'une norme étrangère contrevient à l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH « et donc » à l'ordre public international⁵⁷⁶. Précisons que le même constat s'impose relativement à la Cour de cassation italienne, laquelle mentionne expressément, parmi les principes et droits fondamentaux qui composent l'ordre public international italien, le principe d'égalité et de non-discrimination

application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants).

⁵⁷⁰ Cass. fr., Civ. 1^e, 4 juillet 2018, n° 17-16102, préc. ; 25 mai 2016, n° 15-10532, préc. ; 15 avril 2015, n° 14-13420, préc. ; 24 septembre 2014, n° 13-21751, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-25802, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-21344, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-25919, préc. ; 26 septembre 2012, n° 11-25015, préc. ; 18 mai 2011, n° 10-19750, préc. ; 9 mars 2011, n° 10-13758, préc. ; 20 octobre 2010, n° 09-15379, préc. ; 4 novembre 2009, n° 08-20574, préc. ; 31 octobre 2007, n° 06-20799, préc. ; 17 octobre 2007, n° 06-21962, préc. ; 19 septembre 2007, n° 06-1957, préc. ; 10 juillet 2007, n° 06-19083, préc. ; 22 mai 2007, n° 06-10433, préc. ; 7 juin 2006, n° 04-17219, préc. ; 25 octobre 2005, n° 03-20845, préc. ; 20 septembre 2006, n° 04-16534, préc. ; 10 mai 2006, n° 04-19444, préc. ; 10 mai 2006, n° 05-15707, préc. ; 14 mars 2006, n° 05-13921, préc. ; 17 février 2004, n° 01-11549, préc. ; 17 février 2004, n° 02-11618, préc. ; 27 janvier 1998, n° 95-14453, préc. ; 11 mars 1997, n° 94-19447, préc. ; 19 décembre 1995, n° 93-19950, préc. ; 1^{er} juin 1994, n° 92-13523, préc. ; 19 octobre 2016, n° 15-23137, préc. ; 23 février 2011, n° 10-14101, préc. ; 23 février 2011, n° 10-14760, préc. ; 3 novembre 1983, n° 81-15745, préc.

⁵⁷¹ Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 1998, n°s 95-18646 et 95-18647, *Vialaron*, préc.

⁵⁷² Cass. fr., Civ. 1^e, 19 septembre 2019, n° 18-18237, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 325, n. I. Fadlallah ; 4 novembre 2010, n° 09-15302, *Dr. fam.*, 2011, n° 47, obs. E. Viganotti, *AJ fam.* 2011, p. 46, obs. A. Boiché, *RLDC*, 2011/78, n° 4098, obs. J. Gallois, *RTD civ.*, 2011, p. 116, obs. J. Hauser, *RJPF*, 2011-1/21, obs. M.-C. Meyzaud-Garaud.

⁵⁷³ Cass. fr., Civ. 1^e, 10 mai 2006, n° 05-10299, préc.

⁵⁷⁴ Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 1998, n°s 95-18646 et 95-18647, *Vialaron*, préc.

⁵⁷⁵ Cass. fr., Civ. 1^e, 24 septembre 2014, n° 13-21751, préc.

⁵⁷⁶ V. spéc. Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 2004, n° 01-11549, préc. ; 10 mai 2006, n° 04-19444, préc. ; 22 mai 2007, n° 06-10433, préc. ; 17 octobre 2007, n° 06-21962, préc. ; 31 octobre 2007, n° 06-20.799, préc. ; 4 novembre 2009, n° 08-20574, préc. ; 18 mai 2011, n° 10-19750, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-25802, préc. ; 15 avril 2015, n° 14-13420, préc. ; 25 mai 2016, n° 15-10532, préc. ; 4 juillet 2018, n° 17-16102, préc.

garantis par la Constitution italienne ainsi que par les Traités et Conventions supranationales⁵⁷⁷.

258. En revenant à notre deuxième recherche relative à la mention du principe de non-discrimination en association avec l'ordre public international, trois décisions portaient sur l'allégation de la discrimination de l'enfant né d'une mère porteuse. Cependant, dans un seul arrêt la Cour de cassation s'est prononcée sur la question⁵⁷⁸. Cet arrêt posait notamment la question de savoir si refus de transcrire l'acte de naissance, en ce qui concerne la mention de la mère d'intention en tant que mère de l'enfant, était contraire à la lecture conjointe des articles 8 et 14 de la CESDH interdisant les discriminations en raison de la naissance. Dans les deux autres arrêts en revanche la Cour a sursis à statuer en attendant que la Cour européenne des droits de l'homme rende son avis relativement à la question de savoir si le respect de la Convention européenne exigeait de reconnaître le lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention⁵⁷⁹. Ces derniers arrêts ont ainsi été exclus de l'analyse.

259. **Juges du fond.** - La même recherche a ensuite été effectuée relativement aux décisions rendues par les juges du fond. Comme dans la première, l'expression « ordre public international » a été associée aux termes « égalité » ou « discrimination » ou « discriminatoire ». La recherche a isolé vingt-neuf résultats, auxquels deux autres arrêts ont été ajoutés, car mentionnant l'expression « ordre public » en référence à l'ordre public international⁵⁸⁰. Ces derniers arrêts sont ressortis de la première recherche précédemment présentée⁵⁸¹. Un total de trente-et-un arrêts mentionnant le principe d'égalité ou de non-discrimination, conjointement avec l'ordre public international, ont ainsi pu être mis en évidence. Il convient de souligner qu'il s'agit uniquement d'arrêts rendus par des Cours d'appel. Tout comme dans la recherche précédente, aucun jugement rendu par des juridictions de

⁵⁷⁷ V. notamment l'arrêt Cass. it., Civ. 1^e, 30 septembre 2016, n° 19599, préc., où la Cour a retracé l'évolution de la notion dans la jurisprudence italienne à partir des années trente jusqu'aujourd'hui (point n° 7 de l'arrêt) et où elle en a déduit que le juge italien doit vérifier si la décision étrangère « contredit les exigences de protection des droits fondamentaux de l'homme, déductibles de la Charte constitutionnelle, des Traités fondateurs et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de la Convention européenne des droits de l'homme » (*T.d.A.*, « se esso [il provvedimento straniero] contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo »). Le principe d'égalité est d'ailleurs parfois spécifiquement mentionné en tant que principe composant l'ordre public international. V., e.a., Cass. it., Civ. 1^e, 15 juin 2017, n° 14878, 8, *Foro it.*, 2017, I, c. 2280, obs. G. Casaburi, *Fam. dir.*, 2018, p. 5, n. F. Longo, *Guida dir.*, 28, 2017, p. 54, n. M. Finocchiaro ; Cass. it., Civ. 1^e, ord., 29 avril 2020, n° 8325, *Foro it.*, 2020, De Marzo ; Cass. it., Civ. 1^e, ord., 1^{er} mars 2019, n° 6161.

⁵⁷⁸ Cass. fr., Civ. 1^e, 5 juillet 2017, n°s 16-16901 et 16-50025, préc.

⁵⁷⁹ Cass. fr., Civ. 1^e, 20 mars 2019, n°s 18-12327, 18-50008, n° 18-11815 18-50006, préc. V. également la jurisprudence postérieure et nos analyses sur la question, *infra*, § 303 et s.

⁵⁸⁰ CA Douai, 30 avril 2003, n° de RG 01/6335, préc. ; Metz, 6 janvier 2009, n° de RG 07/00613, préc.

⁵⁸¹ V. *supra*, § 252.

première instance n'est ressorti sur la base de données dans le cadre de cette recherche. De ces trente-et-un arrêts, vingt⁵⁸² concernaient des situations familiales internationales et posaient une question touchant au respect des exigences substantielles d'égalité du for⁵⁸³. Un arrêt de plus, non renseigné sur la base de données, a été également ajouté à la liste de ces résultats en raison de sa pertinence par rapport à la recherche effectuée⁵⁸⁴.

260. En ce qui concerne ces vingt-et-un arrêts rendus par les juridictions d'appel pertinents pour notre recherche, la totalité de ces arrêts mentionnait uniquement le principe d'égalité, et non pas également le principe de non-discrimination, en association avec l'ordre public international. Plus précisément, les juges d'appel ont mentionné uniquement le principe d'égalité des époux consacré par l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH. Dix-neuf arrêts ont été rendus en matière de répudiation⁵⁸⁵ et deux arrêts concernaient le droit de l'époux de fixer la résidence conjugale et l'obligation de l'épouse de suivre son mari prévus par le droit étranger⁵⁸⁶.

⁵⁸² **En matière de répudiation** : CA Versailles, 2^e ch., 8 octobre 2015, n° de RG 14/06123 ; Lyon, 2^e ch., 24 octobre 2011, n° de RG 10/05987 ; Douai, 7^e ch., 2^e sec., 14 avril 2011, n° de RG 10/07690 ; Versailles, 2^e ch., 1^e sec., 25 mars 2010, n° de RG 09/02695 ; Lyon, 2^e ch., 26 octobre 2009, n° de RG 09/00572 ; Metz, 6 janvier 2009, n° de RG 07/00613 ; Caen, 4 septembre 2008, n° de RG 07/01853 ; Lyon, 20 mai 2008, n° de RG 06/07914 ; Lyon, 25 mars 2008, n° de RG 07/05222 ; Montpellier, 1^e ch. civ., 13 juin 2006, n° de RG 05/4488 ; Versailles, 4 avril 2006, n° de RG 04/07937 ; Douai, 23 juin 2005, n° de RG 04/00449 ; Agen, 13 janvier 2005, n° de RG 04/564 ; Amiens, 14 avril 2004, n° de RG 01/03540 ; Douai, 30 avril 2003, n° de RG 01/6335 ; Pau, 24 mars 2003, n° de RG 00/002892 ; Paris, 16 janvier 2003, n° de RG 2001/21257 ; Agen, 7 février 2002, n° de RG 00/00900 ; Versailles, 11 mars 1999, n° de RG 1997-4540. **Concernant l'inégalité dans le droit de l'époux de fixer la résidence conjugale et l'obligation de l'épouse de suivre son mari prévu par le droit étranger**, CA Lyon, 2^e ch. civ., 25 juillet 2007, n° de RG 06/03707.

⁵⁸³ Voici la liste des arrêts exclus. Trois arrêts concernant des demandes de reconnaissance de liens de filiations ont été exclus de l'analyse, car la question de l'égalité n'était pas pertinente : CA Lyon, 2^e ch., 7 novembre 2011, n° de RG 10/022981 ; Lyon, 2^e ch., 24 janvier 2011, n° de RG 09/06813 ; Riom, 2^e ch. civ., 6 mai 2008, n° de RG 07/00882. Huit arrêts ont été exclus du champ d'analyse, car ne touchant pas au droit international privé de la famille (CA Paris, pôle 2, chambre 1, 30 janvier 2013, n° de RG 11/08593 ; CA Toulouse, 23 octobre 2008, n° de RG 08/00029 ; CA Bordeaux, civ. 5^e, 26 novembre 2014, n° de RG 11/02225 ; CA Paris, 8 novembre 2007, n° de RG 06/7417 ; CA Versailles, 20 novembre 2007, n° de RG 06/07487 ; CA Toulouse, 6 février 2008, n° de RG 06/05373 ; CA Colmar, 8 février 2004, n° de RG 01/02761 ; Colmar, 14 novembre 2002, n° de RG 2001/02761). Enfin, trois arrêts apparaissaient deux fois dans la recherche.

⁵⁸⁴ CA Poitiers, 24 juillet 1980, *JDI* 1981, pp. 567-578, n. C. Labrusse.

⁵⁸⁵ CA Versailles, 2^e ch., 8 octobre 2015, n° de RG 14/06123, préc. ; Lyon, 2^e ch., 24 octobre 2011, n° de RG 10/05987, préc. ; Douai, 7^e ch., 2^e sec., 14 avril 2011, n° de RG 10/07690, préc. ; Versailles, 2^e ch., 1^e sec., 25 mars 2010, n° de RG 09/02695, préc. ; Lyon, 2^e ch., 26 octobre 2009, n° de RG 09/00572, préc. ; Metz, 6 janvier 2009, n° de RG 07/00613, préc. ; Caen, 4 septembre 2008, n° de RG 07/01853, préc. ; Lyon, 20 mai 2008, n° de RG 06/07914, préc. ; Lyon, 25 mars 2008, n° de RG 07/05222, préc. ; Montpellier, 1^e ch. civ., 13 juin 2006, n° de RG 05/4488, préc. ; Versailles, 4 avril 2006, n° de RG 04/07937, préc. ; Douai, 23 juin 2005, n° de RG 04/00449, préc. ; Agen, 13 janvier 2005, n° de RG 04/564, préc. ; Amiens, 14 avril 2004, n° de RG 01/03540, préc. ; Douai, 30 avril 2003, n° de RG 01/6335, préc. ; Pau, 24 mars 2003, n° de RG 00/002892, préc. ; Paris, 16 janvier 2003, n° de RG 2001/21257, préc. ; Agen, 7 février 2002, n° de RG 00/00900, préc. ; Versailles, 11 mars 1999, n° de RG 1997-4540, préc.

⁵⁸⁶ CA Lyon, 2^e ch. civ., 25 juillet 2007, n° de RG 06/03707, préc. ; CA Poitiers, 24 juillet 1980, préc.



261. Il ressort de cette deuxième recherche que, souvent, le contrôle d'égalité est opéré dans le cadre plus général du contrôle de la conformité des normes étrangère à l'ordre public international. Ce résultat a cependant induit une nouvelle question. Il s'agit de savoir si les cas où un contrôle d'égalité est opéré se résument à ceux où le principe d'égalité ou une disposition d'égalité sont mentionnés par les juges.

2) Les exigences substantielles d'égalité englobées dans la notion d'ordre public international

262. Parfois le principe d'égalité est expressément mentionné en association avec l'ordre public international. Une nouvelle question s'est alors posée. Il s'agit notamment de savoir s'il convient de considérer qu'un contrôle d'égalité est opéré par les juridictions françaises uniquement lorsqu'une référence est faite au principe d'égalité ou à une disposition d'égalité de manière explicite. En d'autres termes, *le fait que l'égalité soit parfois mentionnée en association avec l'ordre public international exclut-il qu'un contrôle d'égalité soit également opéré lorsqu'aucune référence n'est faite au principe d'égalité ou à une disposition d'égalité ?* La question se pose car une réponse affirmative conduirait à considérer que seules les exigences substantielles d'égalité expressément mentionnées sont susceptibles d'être confrontées aux normes étrangères. Or, nous pouvons remarquer que les décisions mentionnant le principe d'égalité concernaient un nombre très réduit de contenus de l'égalité du for. La répartition thématique des arrêts mentionnant expressément des dispositions d'égalité dévoile en effet que seuls l'égalité de traitement des époux, des parents et l'égalité des enfants et des filiations ont fait l'objet d'analyses explicites par les juges⁵⁸⁷. S'il s'avérait qu'aucun contrôle d'égalité n'est opéré en dehors de ces cas, il serait possible de conclure à l'existence d'un équilibre entre l'objectif de la continuité des situations et le respect des exigences substantielles d'égalité. Cet équilibre découlerait notamment du nombre réduit des contenus de l'égalité dont le respect s'impose dans les situations privées internationales. En effet, le risque que ce contrôle conduise à la discontinuité des situations serait *a fortiori* limité.

263. **Des avis doctrinaux partagés.** - La doctrine alimente ce questionnement. Les esprits sont en effet partagés quant au fait de savoir si le respect de toute exigence d'égalité est susceptible

⁵⁸⁷ V. les listes d'arrêts classés dans les notes n^{os} 567 et 582.

de s'imposer dans la résolution des litiges familiaux internationaux, ou bien si le respect de certaines d'entre elles uniquement s'impose. La question n'a pas été traitée de manière explicite et exhaustive par les auteurs. Les positions des uns et des autres peuvent cependant être déduites de l'analyse qu'ils ont donnée d'arrêts qui soulevaient des questions d'égalité tranchées par les juges.

L'analyse de Madame LABRUSSE-RIOU concernant l'arrêt rendu le 24 juillet 1980 par la Cour d'appel de Poitiers⁵⁸⁸ laisse comprendre que l'auteure considère que toute exigence substantielle d'égalité est susceptible d'être confrontée à une norme étrangère. L'arrêt commenté concernait le refus des juges d'appel de reconnaître un divorce prononcé à l'étranger aux torts exclusifs de la femme, au motif que celle-ci résidait en France avec ses enfants et qu'elle avait refusé de suivre son mari, détenteur de la puissance maritale. L'auteure souligne que « si les conséquences de la puissance maritale étaient hier d'ordre public international il est logique que l'égalité entre époux aujourd'hui consacrée présente le même caractère »⁵⁸⁹. Elle continue en considérant que « [l']arrêt commenté attire à cet égard l'attention, car ce n'est pas sans prudence ni réserve que la jurisprudence et la doctrine ont déduit du nouveau droit français de la famille un contenu renouvelé de l'ordre public international »⁵⁹⁰. L'auteure approuve ainsi la décision des juges qui ont considéré que, puisque jusque-là l'exigence de différence de traitement prévue par le droit français avait été considérée comme fondamentale en droit international privé, il devait en être désormais de même pour l'exigence d'identité de traitement venue la remplacer.

La même position a été adoptée par une partie de la doctrine au sujet de l'arrêt rendu le 28 janvier 2015 par la Cour de cassation⁵⁹¹. Cette dernière a été confrontée à la question de savoir si le mariage entre personnes de même sexe était d'ordre public international et les juges ont répondu par l'affirmative. Des auteurs ont pu en déduire que l'exigence d'égalité des couples de même sexe et de sexe opposé relativement au droit au mariage devait nécessairement être considérée comme fondamentale par les juges⁵⁹², ce que nous soutiendrons à notre tour lors de

⁵⁸⁸ C. LABRUSSE, note ss. CA Poitiers, 24 juillet 1980, *JDI*, 1981, pp. 567-578, spéc. p. 574.

⁵⁸⁹ *Idem*.

⁵⁹⁰ *Idem*.

⁵⁹¹ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 400, n. D. Boden, S. Bollée, B. Haftel, P. Hammje, P. de Vareilles-Sommières, *LPA*, 27 février 2015, n° 42, p. 6, n. V. Legrand, *JCP*, 2015, p. 318, n. L. Gannagé, *JDI*, 2015, p. 597, n. J. Guillaumé, S. Godechot-Patris, *ibid.*, p. 613, n. Th. Vignal ; *ibid.*, p. 622, n. B. Mathieu ; *D.*, 2015, p. 464, n. H. Fulchiron, *RTD civ.*, 2015, p. 91, obs. P. Deumier.

⁵⁹² P. PUIG, « La loi d'ordre public international », *RTD civ.*, n° 1, 2015, pp. 91-96, spéc. § 24. L'auteur remarque que « [c]'est un aspect relativement méconnu de l'impact des droits fondamentaux [qui est celui] d'étendre la portée internationale des réformes internes et, en définitive, d'exporter à l'étranger certains choix nationaux quitte à créer ou accentuer d'éventuels conflits de civilisations ». Monsieur FULCHIRON considère quant à lui que le

développements successifs⁵⁹³.

D'autres auteurs ont en revanche considéré que le droit pour un couple de même sexe de se marier, lorsque les conditions requises par le droit français sont remplies, ne devait pas nécessairement être qualifié d'ordre public international. Ils soutiennent ainsi que la Cour de cassation a opéré un choix⁵⁹⁴. Autrement dit, ces auteurs n'ont pas regardé cette solution comme la conséquence de l'introduction d'une nouvelle exigence d'identité de traitement par la loi du 17 mai 2013⁵⁹⁵.

264. Or, l'analyse montre que l'absence de mention expresse du principe d'égalité ou de non-discrimination n'exclut pas que les juges se soient assurés du respect de contenus de l'égalité du for. Dans de nombreux cas la référence faite par les juges à l'ordre public international doit s'entendre des exigences substantielles d'égalité du for. Des exemples de décisions dans lesquelles le principe d'égalité n'est pas mentionné tout en constituant un fondement des décisions mériteront ainsi d'être montrés **(a)**. Inversement, il conviendra de revenir sur des débats doctrinaux au cours desquels le non-respect du principe d'égalité par les juges français a été dénoncé de manière, à notre avis, critiquable **(b)**.

a) La conception de l'égalité du for, présumé nécessaire de certaines décisions

265. Il a déjà été exposé que souvent l'instrument à travers lequel le juge judiciaire s'assure que les normes étrangères ne contreviennent pas aux conceptions essentielles de l'ordre juridique du for est l'ordre public international. Dans l'introduction de la présente partie, nous avons déjà eu l'occasion de souligner que le principe d'égalité est une composante de cette notion et ce, que l'on retienne de l'ordre public international une définition uniquement nationale ou que l'on choisisse de renvoyer uniquement aux principes internationalement

mariage entre personnes de même sexe est devenu un droit fondamental dès son adoption (H. FULCHIRON, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *JDI*, n° 4, 2013, doctr. 9, spéc. §§ 20 et 21).

⁵⁹³ V. *infra*, §§ 271-283.

⁵⁹⁴ Ainsi, Monsieur HAFTEL retient que « [l]a décision n'est pas véritablement surprenante tant le législateur s'était attaché à disséminer des indices, dans les médias et dans le texte, indiquant, peu subtilement, l'attachement extraordinaire qu'il portait à cette réforme sociétale » (B. HAFTEL, « Mariage pour (vraiment) tous et hiérarchie des normes », *AJ fam.*, n° 2, 2015, pp. 71-73, spéc. § 3). Plus clairement encore, Madame GANNAGÉ considère que l'admission de cette solution n'était dictée ni par la protection des principes de justice universelle, ni par la sauvegarde d'une politique législative et analyse cette décision comme ayant amené la « "fondamentalisation" instantanée » du mariage entre personnes de même sexe (L. GANNAGÉ, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *op. cit.*, p. 527, spéc. §§ 11-13). Dans la même optique, Madame USINIER considère qu'« il n'allait pas de soi d'affirmer que le droit au mariage pour tous doit être considéré comme d'ordre public international » (L. USINIER, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *op. cit.*, pp. 343-348, spéc. § 6).

⁵⁹⁵ Loi du 17 mai 2013 n° 2013-404, préc.

partagés⁵⁹⁶. Il convient à présent de comprendre que ce contrôle est souvent opéré sans que le principe d'égalité ou une disposition d'égalité ne soient mentionnés. De nombreuses décisions comportent un volet touchant au respect des exigences substantielles d'égalité du for sans que référence soit faite au principe. Cet élément permet de saisir que le périmètre du contrôle d'égalité ne se réduit pas aux cas où le contrôle d'égalité est opéré de manière explicite et que, par conséquent, les contenus de l'égalité dont le respect s'impose en droit international privé ne se limitent pas à ceux qui ont été expressément relevés par les juges. L'hypothèse de la conciliation entre égalité et continuité en raison du caractère limité des exigences substantielles d'égalité dont le respect s'impose dans les litiges privés internationaux ne pourra donc pas être confirmée.

266. Le choix a été fait de fournir des exemples de deux ordres. Seront premièrement présentées des décisions dans lesquelles la référence implicite à l'égalité apparaît de manière claire **(i)**. En second lieu, il s'agira de décisions dont le fondement sur le principe d'égalité n'apparaît pas de manière immédiate et fait l'objet de controverse **(ii)**.

i) Des références implicites mais non équivoques au principe d'égalité

267. **L'exemple de l'arrêt du 12 mai 1987 de la première chambre civile de la Cour de cassation française.** - Un arrêt rendu le 12 mai 1987⁵⁹⁷ par la Cour de cassation française fournit un exemple clair de décision dans laquelle les juges font référence à l'ordre public international, tout en visant implicitement le principe d'égalité. Cette affaire portait sur une demande d'attribution de droits successoraux d'un enfant né de l'adultère dont les parents s'étaient mariés par la suite. Les juges étaient appelés à se prononcer, entre autres, sur la validité de la filiation de cet enfant. La loi belge, applicable en l'espèce, interdisait l'établissement volontaire de la filiation à l'égard des enfants adultérins. La Cour d'appel avait ainsi refusé de valider la reconnaissance et la légitimation de l'enfant.

La Cour de cassation, quant à elle, a fait référence uniquement aux « principes qui régissent le droit international privé »⁵⁹⁸, et a précisé que « le principe de la légitimation par le mariage des enfants naturels, même d'origine adultérine, traduit une conception fondamentale actuelle du droit français entraînant, par l'effet de l'ordre public, l'éviction de la loi belge »⁵⁹⁹. La mention du principe d'égalité était donc absente. Cette référence était cependant clairement sous-

⁵⁹⁶ V. *supra*, § 61.

⁵⁹⁷ C. cass. fr., Civ. 1^e, 12 mai 1987, n° 84-14472, *JCP G*, 1988, II, 21075, n. Th. Fossier.

⁵⁹⁸ *Idem*.

⁵⁹⁹ *Idem*.

entendue dans l'arrêt. Ainsi, comme le relate le rapport de la Cour de cassation de 2013, l'éviction de la loi belge était fondée sur le « principe d'égalité des filiations, qui n'était pas d'ordre public international français [et qui] l'est devenu depuis [cet arrêt] »⁶⁰⁰. Il s'agissait plus précisément d'une discrimination des enfants adultérins par rapport aux enfants naturels, lesquels, en application de la loi étrangère, ne pouvaient pas être reconnus ni, *a fortiori*, légitimés.

L'absence de référence par la Cour de cassation au principe d'égalité n'exclut ainsi pas que telle était la valeur essentielle portée par la référence à l'ordre public international.

268. **L'exemple de l'arrêt *Bendoleba*.** - D'autres arrêts témoignent du même fondement tacite sur le principe d'égalité, englobé dans l'ordre public international⁶⁰¹ et par là, de l'impossibilité de limiter les exigences substantielles d'égalité considérées comme fondamentales à celles que les juges mentionnent expressément. Dans l'arrêt *Bendoleba*⁶⁰² la référence faite par la Cour d'appel de Paris à l'ordre public international renvoie sans doute à la nécessité de garantir l'égalité des époux. Dans cette affaire, la loi applicable à une demande de divorce était la loi camerounaise qui disposait que l'adultère de l'épouse, et non pas également l'adultère de l'époux, était une cause de divorce. Les juges ont évincé cette loi en raison de sa contrariété à l'ordre public international. Le principe d'égalité n'était donc pas mentionné par les juges. La lecture de l'arrêt montre cependant qu'il était question de la conformité de la loi étrangère à ce principe. La Cour d'appel avait en effet considéré qu'« il serait contraire à l'ordre public français que la faute la plus directe contre le lien matrimonial [...] n'entraîn[e] pas les mêmes conséquences selon qu'il s'agit de l'époux ou de l'épouse, quant à l'imputation des torts dans la rupture de l'union ». C'est encore une fois la doctrine qui a pris soin d'explicitier « le caractère inégalitaire du droit camerounais qui ne sanctionnait pas l'adultère du mari »⁶⁰³.



269. Dans ces exemples, il apparaît clairement que le principe d'égalité constituait le fondement de ces décisions. Cela permet d'emblée d'établir que, dans les cas où les juges mentionnent l'ordre public international, référence peut, entre autres, être faite à des exigences

⁶⁰⁰ Cour de cassation, *Rapport annuel. L'ordre public.*, La documentation française, Paris, 2013, pp. 128-129.

⁶⁰¹ UBERTAZZI relatait un jugement rendu dans les années trente par le Tribunal de commerce de la Seine dans lequel les juges ont refusé d'appliquer une loi introduisant des discriminations raciales nazies. Le fondement du refus d'application de la loi avait été l'ordre public international. V. G.-M. UBERTAZZI, « Règles de non-discrimination et droit international privé », *op. cit.*, p. 392.

⁶⁰² CA Paris, 28 juin 1973, *Bendoleba*, *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 505, n. J. Foyer.

⁶⁰³ J. FOYER, note ss. CA Paris, 28 juin 1973, *Bendoleba*, *Rev. crit. DIP*, 1974, pp. 508-513, spéc. p. 510.

substantielles d'égalité définie par les autorités nationales.

L'exigence d'égalité en cause était facilement identifiable en l'espèce. D'autres méritent en revanche d'être explicitées.

ii) Des références latentes au principe d'égalité

270. Dans certaines manifestations de l'ordre public international, l'analyse implicite de la conformité de la norme étrangère à une exigence substantielle de l'égalité du for n'a pas toujours été clairement saisie par la doctrine. Tel a par exemple été le cas relativement aux arrêts rendus par la Cour de cassation française le 28 janvier 2015⁶⁰⁴, concernant la possibilité pour un couple de même sexe franco-marocain de se marier en France (**α**), et le 8 juillet 2010⁶⁰⁵ relativement à la reconnaissance d'un arrêt étranger prononçant l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe (**β**).

α) La possibilité de conclure le mariage d'un couple franco-marocain de même sexe

271. En 2015, la Cour de cassation française a été confrontée à une affaire relative à la conformité à l'ordre public international de la loi étrangère⁶⁰⁶ prohibant le mariage d'un couple homosexuel. La Cour a déclaré qu'il convenait d'écarter la loi étrangère prohibitive dès lors que les conditions de proximité⁶⁰⁷ étaient remplies. Les juges ont notamment décidé que la loi prohibitive devait être écartée si, pour au moins l'un des époux, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel il avait son domicile ou sa résidence permettait le mariage entre personnes de même sexe⁶⁰⁸, en calquant ainsi les conditions posées par l'article 202-1 alinéa deuxième du Code civil français. Une partie de la doctrine a critiqué cette mise à l'écart de la loi désignée par les règles de conflit applicables en s'appuyant sur le caractère récent de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Elle a notamment considéré qu'il n'était pas opportun que la Cour de cassation qualifie, dès que l'occasion s'est présentée, cette union

⁶⁰⁴ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 28 janvier 2015, n° 13-50059., préc.

⁶⁰⁵ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 8 juillet 2010, n° 08-21740, *D.*, 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister, *AJ fam.*, 2010, p. 387, obs. A. Mirkovic, *D.*, 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister, *RTD civ.*, 2010, p. 547, obs. J. Hauser, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 747, n. P. Hammje, *RDSS*, 2010, p. 1128, n. C. Neirinck, *JCP N*, 2011, p. 1122, n. J. Massip, *JCP G*, 2010, p. 1173, n. H. Fulchiron, *Rev. proc.*, 2010, comm. 349, n. M. Douchy-Oudot, *Dr. fam.*, 2010, comm. 156, n. M. Farge, *JCP G*, 2010, p. 809, n. A. Devers ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 6 avril 2011, n°s 09-66486, 09-17130, 10-19053, *RTD civ.*, 2011, p. 340, obs. J. Hauser, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 722, n. P. Hammje, *D.*, 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, *D.*, 2011, p. 1522, n. D. Berthiau et L. Brunet, *AJ fam.*, 2011, p. 265, obs. B. Haftel

⁶⁰⁶ Plus exactement, les conditions posées par les lois françaises et marocaines étaient cumulativement applicables, car désignées par l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 *relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire*.

⁶⁰⁷ Sur la subordination de la protection d'exigences substantielles d'égalité au respect de conditions de proximité, v. *infra*, § 1192 et s. et spéc. §§ 903-908.

⁶⁰⁸ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 28 janvier 2015, n° 13-50059, préc.

comme étant d'ordre public international. Cela équivalait en effet à opérer un virage à cent-quatre-vingts degrés par rapport à la précédente conception de l'ordre public international mise en avant par la doctrine⁶⁰⁹.

272. La Cour de cassation ne mentionne pas explicitement le principe d'égalité. Elle a simplement précisé que la loi applicable aux conditions de fond du mariage « peut être écartée par les juridictions [françaises] si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public »⁶¹⁰. Cela a divisé les esprits au sein de la doctrine. Des auteurs ont estimé que l'inégalité implicitement relevée par la Cour était plus précisément la « discrimination à raison de l'existence d'une convention bilatérale de droit international privé »⁶¹¹. D'autres ont perçu l'absence de mention du principe d'égalité de la part de la Cour comme volontaire⁶¹², la liberté de se marier étant, dans leur opinion, seule au cœur de la décision⁶¹³. L'absence de mention du principe d'égalité des couples indépendamment de l'orientation sexuelle de ses membres dans l'arrêt ainsi que dans le communiqué de presse de la Cour de cassation vient appuyer cette dernière interprétation. Des éléments nous poussent cependant à nous distancer de ces positions. Nous partageons en revanche l'avis des auteurs qui ont considéré que cette décision était, entre autres, fondée sur le principe d'égalité des couples hétérosexuels et homosexuels⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ J. HAUSER, « La croisade du mariage pour tous (suite) », *RTD civ.*, n° 2, 2015, pp. 359-360 ; R. LIBCHABER, « Le complexe de la Castafiore », *D.*, n° 9, 2015, pp. 481-484, spéc. p. 484 ; L. USUNIER, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *op. cit.*, pp. 343-348, spéc. § 6 ; v. également P. PUIG, « La loi d'ordre public international », *op. cit.*, pp. 91-96, spéc. § 14, qui critique cette décision dans la mesure où celle-ci ne reflète pas les « "principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme douée de valeur internationale absolue" mis en avant dans le fameux arrêt *Lautour* », mais « la plus pure "sauvegarde de la politique législative" exprimée par la loi nationale, dont on connaît l'accueil nuancé qui lui est réservé en doctrine » ; v. enfin L. GANNAGÉ, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *op. cit.*, p. 527, §§ 11-13, qui considère que l'admission de cette solution n'était dictée ni par la protection des principes de justice universelle, ni par la sauvegarde d'une politique législative. Pour une vue d'ensemble des différents points de vue doctrinaux, v. B. MATHIEU, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *JDI*, n° 2, 2015, comm. 8 ; Th. VIGNAL, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *JDI*, 2015, comm. 7, spéc. 1), B).

⁶¹⁰ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059, préc.

⁶¹¹ *Idem.* V. également L. SINOPOLI, « Ordre public international et convention bilatérale devant la Cour de cassation », *RDDH*, n° 8, 2015, spéc. § 25 ; J. GUILLAUMÉ, S. GODECHOT-PATRIS, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *JDI*, 2015, comm. 6, spéc. § 26.

⁶¹² En ce sens, L. SINOPOLI, « Ordre public international et convention bilatérale devant la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. §§ 22-27.

⁶¹³ En ce sens, H. FULCHIRON, « Le "mariage pour tous" est d'ordre public en matière internationale », *D.*, n° 8, 2015, pp. 464-468, spéc. § 9 ; I. GALLMEISTER, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public international », *D.*, n° 8, 2015, p. 464 ; J. GUILLAUMÉ, S. GODECHOT-PATRIS, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *op. cit.*, spéc. § 26.

⁶¹⁴ S. BOLLÉE, B. HAFTEL, in D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2015, pp. 400-412 ; P. HAMMJE, in D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *op. cit.*, pp. 400-412 ; P. PUIG,

273. Dès lors, la théorie selon laquelle cet arrêt portait sur la discrimination à raison de l'existence d'une convention bilatérale de droit international privé mérite d'être critiquée **(a.1)**. Il en ira de même relativement à la théorie de l'absence de fondement de cette décision sur la conception française du principe d'égalité **(a.2)**. Ces analyses étayeront en revanche l'idée que l'exigence d'égalité de traitement des couples homosexuels et hétérosexuels relativement au droit au mariage constitue un fondement nécessaire de l'arrêt.

a.1) La discrimination à raison de l'existence d'une convention bilatérale de droit international privé ?

274. La notion de « discrimination à raison de l'existence d'une convention bilatérale de droit international privé » a été proposée par Madame USUNIER. L'auteure considère que le principe d'égalité constitue bien le fondement de cette décision. Cependant, et contrairement à la position ici défendue, elle met l'accent sur les exigences d'égalité liées à la nationalité des individus plutôt que celles liées à l'orientation sexuelle des individus qui composent le couple. Elle considère notamment que l'application de certaines conventions bilatérales peut conduire à refuser de célébrer ces unions là où, en application du droit commun, ces mariages auraient pu être célébrés sur le territoire français si les conditions étaient remplies. Or, l'applicabilité de ces conventions dépend, souvent, de la nationalité des prétendants au mariage. Il en résulterait ainsi selon l'auteure une discrimination en raison de la nationalité potentiellement contraire à la CESDH⁶¹⁵.

275. L'auteure elle-même, tout comme les autres qui se sont penchés sur cette théorie, souligne cependant qu'une telle discrimination peut être considérée comme justifiée par les juges⁶¹⁶. Ces instruments internationaux servent en effet la coordination des ordres juridiques, ce qui peut être considéré comme un but légitime permettant de déroger à l'exigence de traiter de manière identique des situations comparables, d'autant plus que l'ordre juridique a librement souscrit à ces conventions⁶¹⁷. La discrimination envisagée ne peut donc pas avoir conduit la Cour de

« La loi d'ordre public international », *op. cit.*, pp. 91-96, spéc. §§ 20-21 ; P. CALLÉ, « Mariage homosexuel et adoption de l'enfant du conjoint né par procréation médicalement assistée à l'étranger », *Defrénois*, n° 17, 2015, p. 884.

⁶¹⁵ En ce sens également P. PUIG, « La loi d'ordre public international », *op. cit.*, pp. 91-96, spéc. § 23 ; L. SINOPOLI, « Ordre public international et convention bilatérale devant la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. § 25.

⁶¹⁶ Les possibles dérogations aux exigences substantielles d'égalité seront analysées *infra*, § 332 et s.

⁶¹⁷ L. USUNIER, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *op. cit.*, pp. 343-348, spéc. § 7. Également dans le sens de la justification d'une telle discrimination v. L. SINOPOLI, « Ordre public international et convention bilatérale devant la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. § 25 ; J. GUILLAUMÉ, S. GODECHOT-PATRIS, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *op. cit.*, spéc. § 26.

cassation à évincer la loi marocaine prohibitive.

276. D'autres auteurs ont cependant considéré que le principe d'égalité ne constituait pas le fondement de cet arrêt et qu'il était seulement question de garantir le respect du principe de la liberté de se marier. Il convient ainsi de procéder à l'analyse de cette seconde théorie.

α.2) Le clivage des principes de liberté de se marier et d'égalité

277. Le communiqué de presse relatif à l'arrêt du 28 janvier 2015 précise que la référence à l'ordre public international renvoie à la liberté fondamentale pour un couple de même sexe de se marier⁶¹⁸. Cependant, l'absence de mention du principe d'égalité dans ce texte n'exclut pas que l'égalité soit effectivement au cœur de cette décision. Pour le comprendre, il convient de rappeler que la question des conditions du mariage ne peut pas être véritablement déliée des exigences substantielles d'égalité définies par le for.

278. Il a précédemment été exposé que l'ordre juridique pose ses contenus de l'égalité à travers la définition des catégories bénéficiaires et des catégories exclues du bénéfice d'une prérogative en droit national⁶¹⁹. Ainsi, s'agissant du droit au mariage, chaque condition de validité de l'union quant au fond définie en droit interne correspond à une exigence substantielle d'égalité. Or, avant la réforme de 2013⁶²⁰, la différence de sexe des époux était une condition de fond du mariage parmi d'autres, telle que la capacité juridique et l'absence d'empêchements liées à l'existence de certains liens familiaux. Ainsi, les situations des mineurs et des majeurs, les situations des individus ayant la capacité juridique et des incapables, continuent d'être considérées comme différentes par le législateur français relativement au droit au mariage de chacune de ces catégories. C'est en effet la dissemblance relevée par le législateur qui permet de différencier le traitement prévu pour les individus capables et incapables et pour les couples selon que leurs membres sont liés ou non par un lien de famille. En Italie, en revanche, l'identité des sexes des époux continue de constituer l'un des cas d'empêchement au mariage. Cela implique précisément de considérer que la situation d'un couple de même sexe est différente de la situation du couple de sexe opposé relativement au droit de se marier.

279. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe ne peut alors pas être détachée de

⁶¹⁸ Cour de cassation, « Mariage franco-marocain entre personnes de même sexe (28.01.15) », communiqué de presse, archives 2015, disponible sur le site https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/archives_6783/2015_8003/marocain_entre_30975.html [dernière consultation le 16 novembre 2020].

⁶¹⁹ V. *supra*, § 184 et s.

⁶²⁰ Loi fr. 17 mai 2013, n° 2013-404, préc.

l'analyse des exigences d'identité ou de différence de traitement des couples homosexuels et hétérosexuels définies en droit interne⁶²¹. Monsieur PICHARD a d'ailleurs démontré à cet égard que le recours à l'argumentation du *droit au mariage* de la part des couples de même sexe n'est qu'un « masque rhétorique »⁶²², mais qu'en réalité « le seul ressort de l'argumentation est l'égalité civile »⁶²³. L'auteur souligne à cet égard que « en présence d'un "vrai" *droit à*, il s'agit de rejoindre la normalité en palliant une différence subie [...] ; en présence d'un *droit à* masque de l'égalité, il s'agit de rejoindre la normalité en dépit d'une différence assumée »⁶²⁴. L'étude d'impact du projet de loi le confirme. Sous la rubrique *Objectif de la réforme*, il est possible de lire que « dans un objectif d'égalité, le projet de loi prévoit d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe »⁶²⁵. Cette ouverture correspond en effet à un changement d'analyse de la comparabilité des catégories en question. Les couples de même sexe et de sexes différents sont considérés comme comparables en France, relativement au droit de se marier, depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2013. Cela a donc entraîné à son tour un changement dans la définition des contenus de l'égalité de l'ordre juridique du for. En France, les couples homosexuels et hétérosexuels doivent désormais être traités de manière identique au nom du respect de l'égalité telle qu'elle est conçue dans l'ordre juridique français. Cette exigence d'identité de traitement implique de garantir le droit au mariage aux couples, indépendamment de l'identité ou de la différence de sexe des individus les composant.

280. L'internationalité de la situation n'est ainsi pas susceptible de modifier l'exigence substantielle d'égalité définie en droit interne. Le respect de cette exigence s'impose donc également relativement aux demandes de célébration de mariages entre personnes de même sexe dans des situations privées internationales. Or, le refus de célébrer le mariage d'un couple homosexuel là où le mariage du couple hétérosexuel est admis caractérise une différence de traitement. Il ne peut donc être considéré comme conforme à la conception française de l'égalité à moins que l'ordre juridique du for ne considère qu'une telle différence de traitement est justifiée⁶²⁶.

⁶²¹ V. à ce sujet, H. FULCHIRON, « Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ? », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, op. cit., pp. 29-52.

⁶²² M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, Economica, 2006, Paris, p. 146.

⁶²³ *Ibid.*, p. 147.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 146.

⁶²⁵ Étude d'impact, Projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, NOR : RDX1314513L/Bleue-1, p. 22.

⁶²⁶ Nous allons voir que les intérêts en cause en droit international privé, et notamment le souci de garantir la continuité des situations, peuvent justifier que l'on pose des conditions de proximité pour la célébration de ces mariages. V. *infra*, § 359.

281. Vice-versa, là où ces couples continuent d'être distingués relativement à la reconnaissance du droit au mariage en droit interne comme c'est le cas en Italie, le respect de l'exigence substantielle d'égalité qui en découle implique de refuser l'admission de la validité de ces unions lorsqu'elles sont célébrées à l'étranger. La reconnaissance ne peut donc avoir lieu en Italie qu'en admettant une dérogation à cette exigence de différence de traitement. Cela a effectivement été le cas au nom de la protection du droit à la vie privée et familiale des couples en cause⁶²⁷. En 2012⁶²⁸, la Cour de cassation italienne a en effet déduit de l'arrêt *Schalk et Kopf*⁶²⁹ qu'il n'était plus possible de considérer que ces mariages étaient nuls. Elle continuait cependant de diversifier le traitement des couples de même sexe en refusant que leurs mariages produisent des effets en Italie. La condamnation de ce pays par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Orlandi*⁶³⁰, pour non-respect de l'article 8 de la CESDH, a cependant mené à réduire la mesure de cette différence de traitement. L'article 32 bis de la loi n° 218/1995⁶³¹ introduit en 2017⁶³² dispose en effet que les mariages conclus par au moins un italien à l'étranger ne produisent pas, en Italie, les effets du mariage, mais les effets de l'union civile. La conformité de cette différence de traitement avec la conception italienne de l'égalité a d'ailleurs été expressément affirmée par la Cour de cassation italienne le 14 mai 2018⁶³³.

282. Il convient ainsi de comprendre que l'exigence de traiter de manière identique les couples de même sexe et de sexe opposé a été le préalable nécessaire pour que la Cour de cassation française considère, dans l'arrêt du 28 janvier 2015, que la liberté des couples de même sexe de se marier était fondamentale et que la loi étrangère prohibitive devait être écartée. La même logique s'applique d'ailleurs à toute condition personnelle de validité du mariage. Ainsi, le droit

⁶²⁷ Sur ce motif de dérogation aux exigences substantielles du for v. *infra*, § 353 et s.

⁶²⁸ Cass. it., Civ. 1^e, 15 mars 2012, n° 4148, *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 696, *Riv. AIC*, 2012, n° 1 [en ligne], n. Di Bari.

⁶²⁹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

⁶³⁰ CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. nos 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, *AJ fam.*, 2018, p. 128, obs. F. Berdeaux, *RTD civ.*, 2018, p. 81, obs. A.-M. Leroyer, *D.*, 2018, p. 446, N. H. Fulchiron. Ainsi la Cour de cassation a envisagé de manière hypothétique la transcription du mariage conclu entre deux ressortissants étrangers de même sexe pour qu'il produise les effets du mariage. En revanche, conformément à l'article 32 bis de la loi n° 218/1995, les mariages dont l'un des époux au moins est italien produit en Italie les effets de l'union civile (Cass. it., Civ. 1^e, 14 mai 2018, n° 11696, *Foro It.*, 2018, I, 1948, *Dir. Comp.*, 2018, n. V. Miri, *Famila*, 2019, p. 473, n. M. Ramuschi).

⁶³¹ Loi it. du 31 mai 1995 n° 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*. À ce sujet, v. S. BARIATTI (dir.), « Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario », (dossier) *Nuove leggi civ.*, 1996, p. 1046 et s. ; G. CONETTI, « I rapporti familiari nella riforma del diritto internazionale privato », *Fam. e dir.*, 1995, p. 321 et s.

⁶³² Décret législatif it. n° 7/2017, du 19 janvier 2017, *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili* (Modifications et réorganisation des dispositions de droit international privé pour réglementer les unions civiles), décret d'application de la loi it. du 20 mai 2016, n° 76, préc.

⁶³³ Cass. it., Civ. 1^e, 14 mai 2018, n° 11696, préc., point 13.5.

au mariage n'est pas reconnu aux mineurs non émancipés en raison du fait que leur situation est considérée comme étant différente de la situation du majeur.

Dès lors, à partir du moment où la loi étrangère ouvre le droit au mariage à certaines catégories, et notamment aux couples de sexe opposé, comme c'est le cas pour le droit marocain, le refus d'accorder ce droit à d'autres catégories pose une question d'égalité. Rappelons d'ailleurs que les exigences substantielles d'égalité sont définies à partir du moment où l'ordre juridique du for attribue une prérogative à une catégorie⁶³⁴. Si ce dernier considère que ces catégories sont comparables et qu'elles doivent faire l'objet d'un traitement identique, la loi étrangère sera contraire au contenu de l'égalité pertinent défini par le for.



283. Cela amène ainsi à conclure que la raison pour laquelle la loi marocaine a été écartée n'est pas la contrariété à la seule liberté de se marier. La raison est sa contrariété à la liberté de se marier des couples de même sexe *dans la mesure où ces derniers sont considérés comme comparables aux couples de sexe opposé dans la conception française de l'égalité*. Dès lors, l'ordre public auquel la Cour de cassation fait référence renvoie aux exigences substantielles d'égalité du for puisque la liberté de se marier pour les couples de même sexe n'est pas dissociable de la conception de l'égalité du for. Celle-ci se situe inévitablement au cœur de cet arrêt.

284. Cette analyse montre, par la même, que parfois la réponse à un questionnement d'égalité, même implicite, conditionne la définition du périmètre d'autres droits et libertés. Le spectre potentiellement couvert par des contrôles d'égalité explicites ou implicites s'en trouve ainsi davantage élargi.

285. Cet arrêt fournit un premier exemple de référence implicite mais nécessaire aux exigences substantielles d'égalité du for, ce qui amène à comprendre qu'en droit international privé les contenus de l'égalité dont le respect s'impose ne se limitent pas aux cas de mention expresse du principe d'égalité. Un second exemple peut en être offert.

β) L'admission de l'adoption par le partenaire de même sexe

286. Un autre arrêt qui soulève des questions d'égalité qui méritent d'être explicitées est celui

⁶³⁴ V. *supra*, § 195 et s.

qui a été rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 8 juillet 2010⁶³⁵. L'affaire portait sur une demande de reconnaissance en France d'un jugement américain prononçant l'adoption de l'enfant par la partenaire de la mère. Les juges étrangers avaient partagé l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante au titre des effets de l'adoption. La Cour d'appel de Paris avait refusé l'exequatur en considérant que le jugement contrevenait à l'ordre public international français. La Cour de cassation a cependant cassé cet arrêt en considérant que la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère d'un enfant et l'adoptante ne heurtait pas les principes essentiels du droit français.

287. **La tolérance d'une forme familiale inconnue créée à l'étranger.** - Bien que cet arrêt ait été salué par la doctrine, celle-ci n'a pas caché son étonnement. Sous la plume de Madame HAMMJE il est possible de lire que la Cour de cassation « valide nécessairement, mais sans le dire expressément, la création d'une famille homoparentale »⁶³⁶ alors que le refus de consacrer cette dernière en droit français est fondé « en général [sur] plusieurs raisons, liées au concept même de parenté et à la réalité identitaire que devrait exprimer le lien juridique de filiation »⁶³⁷. Dès lors, continue l'auteure, « c'est la conception même que l'on se fait de la parenté, et plus généralement de l'état même de la personne qui est en cause »⁶³⁸.

288. Dans l'arrêt du 8 juillet 2010 les juges français ont fait preuve de tolérance à l'égard d'une forme familiale non admise en droit interne. Il convient en effet de rappeler qu'en droit français, deux hypothèses permettent de prononcer une adoption sans que cela n'ait pour effet de rompre le lien de famille préexistant. Il peut s'agir soit d'une adoption plénière de l'enfant de son conjoint, auquel cas l'autorité parentale est partagée entre le parent et l'adoptant⁶³⁹. Si l'adoptant n'est pas marié au parent de l'enfant, en revanche, l'adoption simple permet d'adopter sans que le lien de famille originaire ne soit brisé⁶⁴⁰. Cependant, en droit français, cette possibilité n'est pas ouverte aux couples non mariés⁶⁴¹, car cette adoption a pour effet de transférer l'autorité parentale du parent à l'adoptant à moins qu'elle ne soit prononcée en faveur

⁶³⁵ Cass. fr., Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n° 08-21740, *D.*, 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister ; Cass. fr., Civ. 1^e, 6 avril 2011, n°s 09-66486, 09-17130, 10-19053, *RTD civ.*, 2011, p. 340, obs. J. Hauser, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 722, n. P. Hammje, *D.*, 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, *D.*, 2011, p. 1522, n. D. Berthiau et L. Brunet, *AJ fam.*, 2011, p. 265, obs. B. Haftel.

⁶³⁶ P. HAMMJE, « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2010, pp. 747-760, spéc. § 20.

⁶³⁷ *Ibid.*, § 34.

⁶³⁸ *Idem.*

⁶³⁹ Art. 356 al. 2 Cod. civ. fr.

⁶⁴⁰ Art. 364 Cod. civ. fr.

⁶⁴¹ Art. 360 al. 3 Cod. civ. fr.

du conjoint du parent de l'enfant⁶⁴². *A fortiori*, en 2010, ce type d'adoption n'était pas ouvert aux couples de même sexe du fait de l'interdiction de se marier qui les touchait.

289. Ainsi, il convient de relever que l'adoption, telle qu'elle a été prononcée par le juge étranger, n'aurait pas pu être prononcée en application du droit français dans la mesure où le couple n'était pas marié. Malgré cela, la Cour de cassation affirme que « le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français » et « qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant ». Concernant les exigences substantielles d'égalité pertinentes dans cette affaire, deux points méritent d'être isolés, ce qui nous conduit à considérer que cet arrêt constitue un exemple d'application de l'effet atténué de l'ordre public⁶⁴³.

290. **L'admission implicite d'une dérogation aux exigences d'égalité relatives à la validité de l'adoption.** - Premièrement, les juges analysent uniquement la conformité des effets de l'adoption à l'ordre public international. Cela suppose ainsi que la validité de l'adoption ait été indirectement admise. Cependant, cette opération implique nécessairement que les juges prennent position concernant l'exigence de conformité du jugement aux contenus de l'égalité du for. Il s'agit plus précisément des contenus relatifs au prononcé d'une adoption laissant subsister le lien familial préexistant. Or, il vient d'être mentionné que le droit français exclut cette possibilité à l'égard des couples non mariés. L'ordre juridique français a donc défini une exigence de différence de traitement entre les couples mariés et les couples non mariés relativement au prononcé d'une adoption qui laisse subsister le lien de famille d'origine. Dès lors, l'admission implicite de la validité de l'adoption suppose que les juges aient admis une dérogation à cette exigence de différence de traitement. La tolérance dont les juges ont fait preuve en admettant implicitement la validité de l'adoption, dans le cadre du contrôle de conformité à l'ordre public, correspond ainsi au jeu de l'effet atténué. Si le respect du contenu de l'égalité du for avait été pleinement imposé en effet, l'ordre public aurait dû jouer dans son effet plein. Nous verrons à cet égard dans un second temps que le souci de la continuité des

⁶⁴² Art. 365 al. 1^{er} Cod. civ. fr.

⁶⁴³ En ce sens également, C. NEIRINCK, « Homoparentalité et ordre public », *RDSS*, n° 6, 2010, pp. 128-133, spéc. § 7 ; I. GALLMEISTER, « Adoption par la compagne de la mère biologique : exequatur », *D.*, n° 28, 2010, p. 1787 ; en ce sens également, mais dans des termes hypothétiques, P. GUEZ, « L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé », in A. MARAIS (dir.), *La procréation pour tous ?*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 69-85, spéc. p. 84 ; H. FULCHIRON, « Reconnaissance en France de l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe prononcée à l'étranger », *JCP G*, 2010.II.1173, pp. 2216-2218. Ces derniers auteurs considèrent en effet que la Cour de cassation n'a pas été amenée à se prononcer sur la validité de l'adoption.

situations, ainsi que le respect du droit à la vie privée et familiale peuvent constituer des motifs légitimes de dérogation aux exigences substantielles d'égalité du for, motifs qui pourraient avoir été implicitement admis en l'espèce⁶⁴⁴.

291. La conformité du jugement aux exigences d'égalité relatives au partage de l'autorité parentale. - La seconde question d'égalité qui se posait était celle de la conformité des effets du jugement étranger aux contenus de l'égalité du for. Il convient de relever à cet égard que le droit français n'interdisait pas explicitement le partage de l'autorité parentale entre personnes de même sexe. Cela a pour conséquence que les exigences substantielles d'égalité pertinentes en l'espèce ne dictaient pas une différence de traitement entre les couples de même sexe et les couples de sexe opposé. La question à laquelle la Cour de cassation était amenée à répondre n'était ainsi pas de savoir si la conception française de l'égalité s'opposait à ce qu'un couple homosexuel soit traité de manière identique à un couple hétérosexuel à l'égard du droit au partage de l'autorité parentale entre l'adoptant et le parent de l'enfant.

292. Le droit français définit en revanche une exigence de différence de traitement relativement aux effets que l'adoption peut produire selon que les adoptions sont prononcées ou non au sein d'un couple marié. La question était alors de savoir si les contenus de l'égalité du for s'opposaient à ce qu'une adoption simple de l'enfant de son partenaire s'accompagne du partage de la responsabilité parentale entre le parent et l'adoptant. Or, le droit français introduit une différence dans les effets produits par une adoption simple par le conjoint du parent ou bien par toute autre personne⁶⁴⁵. Seulement dans le premier cas en effet le parent de l'enfant et l'adoptant peuvent partager ce droit. Dans le cas contraire, l'autorité parentale est attribuée uniquement à l'adoptant⁶⁴⁶. Ainsi l'application du droit français aux effets de l'adoption prévue par l'article 370-5 du Code civil français⁶⁴⁷, aurait amené à retirer à la mère de l'enfant son autorité parentale dans la mesure où elle n'était pas mariée à l'adoptante. Cependant, en l'espèce, l'autorité parentale aurait été retirée à la mère au profit de sa partenaire, ce qui aurait été contraire aux principes essentiels français relatifs à la parentalité⁶⁴⁸. Cela explique que les juges du fond aient refusé de reconnaître le jugement étranger d'adoption. Ces derniers avaient

⁶⁴⁴ V. *infra*, § 342 et s.

⁶⁴⁵ Cette différence de traitement a d'ailleurs été considérée comme conforme au principe d'égalité par le Conseil constitutionnel. V. C. const. fr., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, préc.

⁶⁴⁶ Art. 365 Cod. civ. fr.

⁶⁴⁷ Il s'agit là de la méthode dite « de l'assimilation ». V. à ce sujet H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, Paris, 2005, pp. 87-88.

⁶⁴⁸ Ce que la Cour avait déjà eu l'occasion d'affirmer par le passé. V. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 20 février 2007, n° 06-15647, *Dr. fam.*, 2007, n° 80, n. P. Murat, *JCP G*, 2007, II, 10068, n. C. Neirinck.

donc fait jouer l'exception d'ordre public à l'encontre des effets produits par le droit français lui-même et non pas par la décision étrangère⁶⁴⁹. Ce type de réflexion n'est pas inconnu en la matière⁶⁵⁰ et Madame HAMMJE souligne que « ce recours à l'ordre public peut s'expliquer par une inadéquation des règles de droit international privé »⁶⁵¹.

293. La Cour de cassation a cependant cassé l'arrêt d'appel et décidé de ne pas faire produire à l'adoption les effets prévus par le droit français. Comme Madame NEIRINCK le souligne en effet, « si la règle de conflit de lois implique d'analyser l'adoption [de l'enfant] en adoption simple, elle n'impose pas pour autant de lui faire produire des conséquences du droit français que le droit étranger écarte expressément »⁶⁵². Au lieu de cela, la Cour a analysé la conformité des effets prévus par la décision étrangère à l'ordre public international français. Tout comme la Cour d'appel avait essayé de le faire, elle a pallié l'inadaptation en l'espèce de l'article 370-5 du Code civil français. La voie choisie par la Cour de cassation présente cependant l'avantage de garantir la continuité de la situation, ce qui se justifiait d'autant plus que les effets prévus par la décision américaine étaient conformes aux principes essentiels français, parmi lesquels figuraient des exigences substantielles d'égalité. Il s'agissait notamment des exigences couvrant les règles de partage de l'autorité parentale. En droit interne, la délégation-partage de l'autorité parentale était en effet déjà admise par la jurisprudence française au profit du compagnon du parent, y compris de même sexe⁶⁵³. Dès lors, un jugement qui partageait cette responsabilité entre le parent et son partenaire ne pouvait pas être considéré comme contraire aux contenus de l'égalité du for⁶⁵⁴.



294. Ces derniers arrêts fournissent des exemples qui permettent de comprendre que les cas où un contrôle d'égalité est implicitement, mais nécessairement, effectué dépassent largement les seuls cas où une disposition d'égalité est mentionnée. La portée de ce constat ne doit cependant

⁶⁴⁹ P. HAMMJE, « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *op. cit.*, pp. 747-760, spéc. § 29.

⁶⁵⁰ Cass. fr., Civ. 1^e, 6 juillet 1988, *Baaziz II*, *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 71, n. Y. Lequette.

⁶⁵¹ P. HAMMJE, « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *op. cit.*, pp. 747-760, note 33.

⁶⁵² C. NEIRINCK, « Homoparentalité et ordre public », *op. cit.*, spéc. § 6.

⁶⁵³ Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 2006, *D.*, 2006, p. 897, n. D. Vigneau, *Defrénois*, 2006, art. 38415, n° 40, n. J. Massip, *RTD civ.*, 2006, p. 297, n. J. Hauser, *RDSS*, 2006, p. 578, n. C. Neirinck. Pour un exemple de refus de la délégation partielle d'autorité parentale pour non-respect des conditions v. Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n° 09-12623, *RTD civ.*, 2010, p. 547, n. J. Hauser, *AJ fam.*, 2010, p. 394, n. F. Chénéde.

⁶⁵⁴ En ce sens, mais en termes de non-contrariété à l'ordre public international v. J. HAUSER, « Partage d'autorité parentale et couple homosexuel : un service minimum des relations familiales ? », *RTD civ.*, n° 3, 2010, p. 547, spéc. § 2.

pas être exagérée. Le contrôle d'égalité est en effet susceptible d'être opéré par les juges uniquement relativement aux exigences substantielles d'égalité pertinentes selon l'espèce. Ainsi, le questionnement d'égalité est parfois plus réduit ou se pose dans des termes différents par rapport à ceux que la doctrine a pu définir dans certaines matières. Il en va ainsi en matière de gestation pour autrui.

b) L'égalité à préciser : les questions soulevées par la gestation pour autrui

295. Le débat entourant la nullité française des conventions de gestation pour autrui et, corrélativement, les questions tenant à la reconnaissance des liens de filiation entre les enfants et les parents d'intention qui ont eu recours à des mères porteuses à l'étranger, ont amené la doctrine à s'interroger sur plusieurs sortes d'inégalités de traitement⁶⁵⁵. Les questionnements ne se posent pas tous dans les mêmes termes. Il est nécessaire de revenir sur ces interrogations afin de comprendre si les inégalités de traitement relevées sont ou étaient effectivement susceptibles d'être considérées comme contraires à des exigences substantielles d'égalité françaises et italiennes. Devront ainsi être successivement analysées les questions de l'égalité des couples de même sexe et de sexe opposé **(i)**, de l'égalité des enfants **(ii)**, et de l'égalité du père et de la mère d'intention **(iii)**.

i) La différence de traitement entre couples d'hommes et couples de femmes

296. Une question de l'égalité des couples d'hommes et des couples de femmes s'est posée à la lumière de l'interdiction, partagée par la France⁶⁵⁶ et l'Italie⁶⁵⁷, du recours à des mères porteuses⁶⁵⁸. Elle concerne les possibilités respectives de ces couples d'établir un lien de filiation avec un enfant né d'une technique d'aide médicale à la procréation en France ou à l'étranger. La question s'est notamment posée en France à l'époque où la Cour de cassation refusait de reconnaître le lien de filiation unissant les parents d'intention, y compris biologiques,

⁶⁵⁵ Pour une analyse en termes de revendication de l'égalité devant la loi v. A. RENDA, « La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio », *Eur. dir. priv.*, n° 2, 2015, p. 415, point 4. L'auteur critique notamment l'« idéologie de l'indifférenciation [...] selon laquelle tout ce qui arrive a une égale dignité et mérite, non seulement, d'être reconnue mais d'être reconnue à égalité ». Dans le même sens, L. MENGONI, « La famiglia in una società complessa », *Justitia*, 1990, p. 1 et s., spéc. p. 3.

⁶⁵⁶ Art. 16-7 Cod. civ. fr.

⁶⁵⁷ Art. 12, al. 6, loi it. 19 février 2004 n° 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (Normes relatives à la procréation médicalement assistée).

⁶⁵⁸ Pour une critique de ces revendications à l'égalité de traitement v. L. D'AVACK, « La maternità surrogata: un divieto "inefficace" », *Dir. fam. pers.*, n° 1, 2017, pag. 139.

de l'enfant né d'une mère porteuse à l'étranger⁶⁵⁹. La doctrine s'interrogeait sur le caractère discriminatoire de ce refus, notamment à l'égard des couples d'hommes, si l'on acceptait de reconnaître le lien de filiation entre l'enfant né d'une insémination artificielle et ses mères, respectivement, biologique et d'intention⁶⁶⁰. Avant que la Cour de cassation française rende des avis en sens contraire⁶⁶¹, le TGI de Versailles⁶⁶² avait refusé de prononcer l'adoption de l'enfant né d'une insémination artificielle par l'épouse de la mère. Les juges du fond avaient précisément considéré que le fait de prononcer cette adoption reviendrait à « établir une distinction entre les couples homosexuels hommes, pour lesquels le recours à la gestation pour autrui est pénalement répréhensible, et les couples homosexuels femmes, qui ont physiologiquement la possibilité de mener à bien une grossesse [ce qui] serait de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant la loi ».

Suivant la même logique, il est possible de lire que l'admission de l'adoption de l'enfant conçu par insémination artificielle par l'épouse de la mère a conduit à admettre l'adoption de l'enfant né d'une gestation pour autrui par l'époux du père⁶⁶³. Ainsi présentée, cette dernière solution paraît alors être dictée par une exigence d'égalité. Cette analyse suppose en effet d'admettre que l'élimination de cette différence de traitement découlait de la prise en compte de la comparabilité des couples d'hommes et des couples de femmes.

297. Cette question fait écho à l'interrogation qui s'est posée en droit interne de savoir si l'ouverture des techniques d'insémination artificielle aux couples de femmes serait une source

⁶⁵⁹ Cass. fr., Civ. 1^e, 6 avril 2011, n^{os} 09-66486, 09-17130, 10-19053, *RTD civ.*, 2011, p. 340, obs. J. Hauser, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 722, n. P. Hammje, *D.*, 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, *D.*, 2011, p. 1522, n. D. Berthiau et L. Brunet, *AJ fam.*, 2011, p. 265, obs. B. Haftel ; Cass. fr., Civ. 1^e, 13 septembre 2013, n^{os} 12-18315 et 12-30138, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 909, n. P. Hammje, *AJ fam.*, 2013, p. 579, obs. F. Chénédé, *AJ fam.*, 2013, p. 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne, *AJ fam.*, 2013, p. 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *RTD civ.*, 2013, p. 816, obs. J. Hauser, *D.*, 2013, p. 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.*, 2013, p. 2377, avis C. Petit, *D.*, 2013, p. 2382, obs. I. Gallmeister, *D.*, 2013, p. 954, obs. REGINE, *D.*, 2013, p. 2384, note M. Fabre-Magnan, *D.*, 2013, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke.

⁶⁶⁰ V. D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI*, n^o 2, 2015, doctr. 4, § 97 ; F. CHÉNÉDÉ, « ... Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. fam.*, n^o 7-8, 2013, dossier 27, § 8 ; J. ROUX, « *Vox clamantis in deserto*. L'appel ignoré du Conseil constitutionnel à "priver d'effet" le recours illicite à la PMA et à la GPA », *JCP G*, n^o 16, 2015, doctr. 483, pp. 787-794, spéc. p. 794, § 25 ; J. GUILLAUMÉ, note ss. Cass. fr., Civ. 1^e, 13 septembre 2013, n^o 12-30138 et n^o 12-18315, *JDI*, n^o 1, 2014, pp. 134-138 ; Ph. GUEZ, « Le mariage pour tous ou le changement dans la continuité », *op. cit.*, pp. 87-111, spéc. pp. 109-110. Pour aller plus loin, v. A. MARAIS (dir.), *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*

⁶⁶¹ Cass. fr., avis, 22 septembre 2014, n^{os} 14-70006 et 14-70007, *AJ fam.*, 2014, p. 555, n. F. Chénédé, *D.*, 2014, p. 2031, n. A.-M. Leroyer, *JCP G*, 2014, act. 1004, n. J. Hauser, *D.*, 2014, p. 1876, *Dr. fam.*, 2014, comm. 160, n. C. Neirinck. La solution préconisée a été suivie par les juges du fond. V. CA Toulouse, 10 février 2015, RG n^o 14/02830, *AJ fam.*, 2015, p. 220, n. P. Salvage-Gerest ; CA Versailles, 16 avril 2015, RG n^{os} 14/04243, 14/04244, 14/04245, 14/04253, 14/05356, 14/05360 et 14/07327 ; CA Aix-en-Provence, 14 avril 2015, RG n^o 14/13137, *AJ fam.*, 2015, p. 280, n. F. Berdeaux-Gacogne.

⁶⁶² TGI Versailles, 29 avril 2014, n^o 13/00168, *AJ fam.*, 2014, p. 267, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *Dr. fam.*, 2014, repère 7, obs. C. Neirinck, *D.*, 2014, p. 1787, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire.

⁶⁶³ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 723, § 872.

de discrimination⁶⁶⁴. Cette ouverture ne pourrait en effet s'accompagner de la reconnaissance du même « droit à l'enfant » aux couples d'hommes en raison de l'interdiction d'ordre public qui empêche la conclusion de conventions de gestation pour autrui⁶⁶⁵.

298. La réponse à chacune de ces questions suppose en effet de décider si le recours à une technique d'insémination artificielle est considéré ou non comme comparable au recours à une gestation pour autrui. Le point de départ de cette analyse peut être situé dans l'interdiction des discriminations en raison du sexe et de l'orientation sexuelle garantie notamment par l'article 14 de la CESDH, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg⁶⁶⁶. L'admission de la comparabilité des couples d'hommes et des couples de femmes constitue en effet la prémisse nécessaire à la pertinence de cette question d'égalité. Sur cette base, la question qui se pose est plus précisément celle de la justification de la différence de traitement.

299. **Les conditions de l'exigence d'identité de traitement.** - Il convient en premier lieu de considérer que la différence de traitement ne se justifie pas si l'accent est mis uniquement sur le fait que la gestation pour autrui et l'insémination artificielle sont des techniques d'aide médicale à la procréation. Dans ce cas en effet, force est de considérer que les situations en cause sont comparables du fait de l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle et du fait que rien ne les différencierait. Il serait uniquement question pour les uns comme pour les autres d'avoir recours à des techniques d'aide médicale à la procréation. Telle est précisément la position qui semble avoir été adoptée par le TGI de Versailles. Les juges fondent en effet leur décision sur la similarité des situations des couples d'hommes et des couples de femmes, indépendamment du fait que les premiers doivent avoir recours à une gestation pour autrui, tandis que les secondes vont avoir recours à une insémination artificielle. Ce faisant, ils ont notamment fait abstraction de la différence des considérations entourant le recours à chacune de ces techniques. Cette analyse conduit ainsi les juges à considérer que l'établissement d'un lien de filiation au profit d'un couple de femmes là où cela ne serait pas possible pour un couple d'hommes, caractériserait une différence de traitement illégitime.

300. **La justification de la différence de traitement.** - Cette position est cependant

⁶⁶⁴ Répondant par la négative, Cass. it., Civ. 1^e, 30 septembre 2016, n° 19599, préc., *Foro it.*, 2016, I, c. 3329, *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 297, P. Di Marzio, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362, n. G. Palmeri, *Corr. giur.*, 2017, p. 181, n. G. Ferrando.

⁶⁶⁵ Art. 16-7 Cod. civ. fr. ; art. 12, al. 6, loi it. 19 février 2004 n° 40.

⁶⁶⁶ V. les premiers arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme incluant l'orientation sexuelle parmi les critères de discrimination interdits, CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, préc. ; CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96, préc.

difficilement susceptible de faire l'unanimité.

D'un côté, il a pu être souligné que « les hommes et les femmes ne sont pas dans une situation équivalente au regard de la possibilité de mener une grossesse, de porter un enfant »⁶⁶⁷, ce qui est susceptible de justifier une différence de traitement des couples d'hommes et des couples de femmes. D'un autre côté, les enjeux du recours aux techniques d'insémination artificielle ne sont pas les mêmes que ceux qui entourent le recours à des conventions de gestation pour autrui⁶⁶⁸. Le recours à des techniques de gestation pour autrui soulève en effet des questions qui ne sont pas pertinentes en matière d'insémination artificielle et qui tiennent à la protection de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes⁶⁶⁹, ainsi que de la dignité de la personne humaine, à savoir, de la mère porteuse⁶⁷⁰. Or, les considérations relatives à l'indisponibilité du corps humain et à la dignité de la personne humaine sont absentes du débat relatif à l'admission des techniques d'insémination artificielle. Cela explique la différence des régimes juridiques régissant ces techniques d'aide médicale à la procréation, et ce aussi bien en France qu'en Italie⁶⁷¹. En effet, bien que les femmes célibataires ainsi que les couples de femmes aient été – pour l'heure⁶⁷² – exclus de l'accès à l'insémination artificielle⁶⁷³, il n'en reste pas moins que la technique est autorisée en droit français. Ainsi, là où le recours aux inséminations artificielles est encadré, le recours à la gestation pour autrui est interdit⁶⁷⁴. La Cour de cassation italienne s'est d'ailleurs fondée sur cette considération dans un arrêt datant

⁶⁶⁷ A. MIRKOVIC, « L'impossible adoption des "bébés Thalys" », *RLDC* n° 117, 2014, p. 40 et s.

⁶⁶⁸ En ce sens, en ce qui concerne la différence des situations des couples d'hommes et des couples de femmes, v. C. NEIRINCK, « Réforme de l'assistance médicale à la procréation. Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle », *JCP G*, n° 13, 2019, doct. 351, pp. 609-617, spéc. p. 610, § 2 ; Ph. REIGNÉ, « L'assistance médicale à la procréation, l'adoption et la fraude à la loi », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2014, comm. 113, point 1 ; A. MIRKOVIC, « L'impossible adoption des "bébés Thalys" », *op. cit.*, p. 40 et s. ; v. également D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *op. cit.* ; M.-L. NIBOYET, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4^e éd., LGDJ-Lextenso, Paris, 2013, p. 63, n° 76 et s.

⁶⁶⁹ Cass. fr., Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, *JCP*, 1991, II, 21752, n. F. Terré, *Deffrénois*, 1991, p. 948, n. J. Massip, *D.*, 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier et n. J.-M. Thouvenin, *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller ; M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes [À propos de la maternité de substitution] », *RTD civ.*, 1992, p. 489. Au sujet de l'indisponibilité du corps humain v. M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limites de l'usage économique du corps*, LGDJ, coll. Thèses, Paris, 2018.

⁶⁷⁰ Cass. it., Civ. 1^e, 11 novembre 2014, n° 24001, G. CASABURI, « Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata », *Foro it.*, 2014, I, 3414 ; A. RENDA, « La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore », *Corr. giur.*, 2015, p. 471.

⁶⁷¹ D. SINDRES, note ss. Cass. fr. Civ. 1^e, 18 décembre 2019, *JDI*, n° 2, 2020, 9, point I) B).

⁶⁷² V. cependant le projet de loi français *relatif à la bioéthique* n° 686, déposé le 3 août 2020, adopté en deuxième lecture avec modifications par l'Assemblée nationale et spéc. son art. 1^{er} qui propose d'ouvrir l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes non mariées.

⁶⁷³ Concernant le droit français v. art. L2141-2 CSP. Concernant le droit italien v. art. 5, loi it. 19 février 2004 n° 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (Normes relatives à la procréation médicalement assistée) ; la conformité de cette interdiction à la constitution a été confirmée par la Cour constitutionnelle italienne (C. const. it., 10 juin 2014, n° 162, *Consulta Online*, 2014, n. A. Morrone, [en ligne], *ibid.*, G. Sorrenti, [en ligne], *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, n. F. Perrini, [en ligne], *Riv. AIC*, 2014, n. L. Violini, [en ligne]).

⁶⁷⁴ Art. 16-7 Cod. civ. fr. ; art. 12, al. 6, loi it. 19 février 2004 n° 40, préc.

du 30 juin 2016⁶⁷⁵ pour exclure expressément la comparabilité du recours à l'étranger, d'un côté, à une technique d'insémination artificielle avec tiers donneur et, d'un autre côté, à une gestation pour autrui. Les juges soulignent en effet que la première est admise en droit italien pour les couples de sexe opposé, tandis que la seconde fait l'objet d'une interdiction d'ordre public. Cela explique que les liens de filiation de la mère biologique⁶⁷⁶ (voire les mères biologiques⁶⁷⁷), et les liens de filiation adoptifs de la compagne⁶⁷⁸ et de l'épouse⁶⁷⁹ de la mère des enfants nés des techniques d'insémination artificielle pratiquées à l'étranger, ont pu être

⁶⁷⁵ Cass. it., Civ. 1^e, 30 septembre 2016, n° 19599, préc., point 10.2 de l'arrêt. Pour aller plus loin v. P. DI MARZIO, « Figlio di due madri ? », *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 297 ; I. RIVERA, « La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore », *Genius*, n° 1, 2017, p. 70 et s. ; S. DI GESU, « La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale », *Vita not.*, 2017, p. 131 ; G. PALMERI, « Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex », *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362 ; S. STEFANELLI, « Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale », *Fam. dir.*, 2017, p. 83 et s. ; G. FERRANDO, « Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli *status filiationis* », *Corr. giur.*, 2017, p. 181.

⁶⁷⁶ Concernant la question qui s'est posée à ce sujet en droit italien v. la note suivante. En revanche, la question de l'établissement ou de la reconnaissance du lien de filiation entre la mère biologique et l'enfant né d'une insémination artificielle intervenue à l'étranger n'a pas soulevé de question en France (comme le relève Ph. GUEZ, « L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé », in A. MARAIS (dir.), *La procréation pour tous ?*, op. cit., pp. 69-85, spéc. pp. 70-71). Monsieur Guez souligne que l'insémination artificielle pratiquée à l'étranger constitue une situation de fait. La question qui se pose n'est alors pas celle de la reconnaissance de la grossesse de la femme à la suite du recours à l'aide médicale à la procréation pour qu'elle produise des effets en France. La seule question qui se pose est celle de l'établissement ou de la reconnaissance de la filiation de l'enfant né de cette pratique (*ibid.*, p. 74, § 6). À ces deux égards, l'application de l'article 311-14 a été envisagée (G. SALAMÉ, *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne*, op. cit., § 432 et s. ; M. HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004, § 737). Néanmoins, il a été souligné que si la loi désignée ne permettait pas de valider cette filiation, l'effet atténué jouerait afin de permettre la reconnaissance malgré le refus d'accéder à cette technique opposé en droit interne à une femme en couple avec une autre femme (en ce sens, F. MONÉGER, « La procréation médicalement assistée au regard des principes d'égalité et de non-discrimination : perspectives de droit international privé », in I. OMARJEE, F. MONÉGER, O. ROY, « Chronique de droit européen et comparé n° XXXII », *LPA*, n° 81, 2015, p. 4 et s., spéc. p. 13). Dans un sens partiellement contraire, Ph. GUEZ, « L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé », op. cit., p. 82, qui envisage l'application de la méthode des lois de police. Au stade de la reconnaissance, ce même auteur souligne que, dans l'arrêt Cass. fr., Civ. 1^e, 8 juillet 2020 (préc.), la question a été abordée en application de la méthode de la reconnaissance et non de la méthode conflictuelle (*ibid.*, pp. 83-85). Pour aller plus loin v. M. JOSSELIN-GALL, « Bioéthique », *Rép. dr. int.*, [actualisé en octobre 2019] ; J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA*, n° 62, 2001, pp. 24-33.

⁶⁷⁷ Il convient de signaler le cas particulier qui a été soumis à l'attention des juges italiens et qui a conduit la Cour de cassation à rendre l'arrêt Cass. it., Civ. 1^e, 15 juin 2017, n° 14878, 8, *Foro it.*, 2017, I, c. 2280, obs. G. Casaburi, *Fam. dir.*, 2018, p. 5, n. F. Longo, *Guida dir.*, 28, 2017, p. 54, n. M. Finocchiaro. Deux femmes ont été qualifiées de mères biologiques de l'enfant par la Cour dans la mesure où la première avait accouché de l'enfant, tandis que la seconde avait fourni l'ovule qui a été inséminé. Cette dernière était donc la mère génétique de l'enfant. Le lien de filiation inscrivant les deux femmes en tant que mères de l'enfant a ainsi été transcrit. Pour aller plus loin v. F. LONGO, « Le “due madri” e il rapporto biologico », *Fam. dir.*, 2018, p. 5 ; M. FINOCCHIARO, « Quel “vizio” ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore », *Guida dir.*, n° 28, 2017, p. 54.

⁶⁷⁸ Concernant la jurisprudence italienne, v. Cass. it., Civ. 1^e, 22 juin 2016, n° 12962, *Foro it.*, 2016, I, c. 2342, *Fam. dir.*, 2016, p. 1025, S. Veronesi, *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, n. P. Morozzo Della Rocca, *Giur. it.*, 2016, p. 2573, n. A. Spadafora. Concernant la jurisprudence française v. Cass. fr. Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n° 08-21740, préc., et les développements précédents relatifs à ce dernier arrêt, §§ 286-294.

⁶⁷⁹ Concernant la jurisprudence française, v. Cass. fr., Civ. 1^e, 7 juin 2012, n°s 11-30261 et 11-30262, *D.*, 2012, 1992, n. I. Gallmeister, *D.*, 2012, p. 1973, n. D'Avout, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 587, n. L. Gannagé, *AJ fam.*, 2012, p. 397, n. A. Dionisi-Peyrusse ; Cass. fr., avis, 22 septembre 2014, n°s 14-70006 et 14-70007, préc. Concernant la jurisprudence italienne, v. Cass. it., Civ. 1^e, 15 juin 2017, n° 14878, préc.

reconnus en France et en Italie, tandis que la transcription du lien de filiation entre le parent d'intention et l'enfant né d'une mère porteuse a été, en France⁶⁸⁰, et est encore, en Italie⁶⁸¹, refusée, sans que cela ne contrevienne au principe d'égalité ni aux plus spécifiques interdictions des discriminations⁶⁸². De même, dans un premier temps⁶⁸³, les juges français⁶⁸⁴ refusaient également de transcrire le lien de filiation paternelle biologique de l'enfant né d'une mère porteuse⁶⁸⁵.

301. La différence des considérations entourant le recours à la gestation pour autrui et à l'insémination artificielle en France et en Italie justifie ainsi l'absence d'un traitement homogène des situations qui en découlent. Cela montre que l'exigence d'égalité de traitement des couples indépendamment du sexe et de l'orientation sexuelle de ses membres n'implique pas que l'établissement ou la reconnaissance d'un lien de filiation – lorsque l'enfant a été conçu à la suite du recours à une insémination artificielle – s'accompagne de l'établissement ou de la

⁶⁸⁰ Ce lien a en effet été transcrit en France à la suite de l'avis rendu par la CEDH (avis, 10 avril 2019, n° P16-2018-001, *JDI*, 2019, p. 1149, n. J. Heyman, F. Marchadier, *D.*, 2019, p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke, *ibid.*, p. 1084, n. H. Fulchiron, *AJ fam.* 2019, p. 233, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *ibid.*, p. 289, obs. P. Salvage-Gerest, *AJDA*, 2019, p. 1803, chron. L. Burgorgue-Larsen). V. notamment Cass. fr., Civ. 1^{er}, 18 décembre 2019, n° 18-11815 et n° 18-12327, *Dr. fam.* 2019, n° 104, n. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2019, 175, obs. Dionisi-Peyrusse, *ibid.*, p. 218, obs. Berdeaux. V. déjà en ce sens CA Rennes, 25 novembre 2019, n°s 18/01155, 18/01497, 18/01936, *AJ fam.*, 2020, p. 71, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *D.*, 2019, p. 2351, obs. L. de Saint-Pern. La Cour européenne n'a pas exigé la transcription, mais elle exige tout de même que le lien de filiation puisse être rapidement établi à l'égard du parent d'intention non biologique dans l'ordre juridique de destination.

⁶⁸¹ V. notamment Cass. it., Ch. réun., 8 mai 2019, n° 12193, préc. ; concernant le cas spécifique dans lequel aucun des parents d'intention n'avait de lien biologique avec l'enfant, v. Cass. it., Civ. 1^{er}, 11 novembre 2014, n° 24001, préc. Les juges du fond ont en revanche parfois transcrit aussi bien le lien de filiation biologique que le lien de filiation d'intention. V. e.a., CA Bari, 13 février 2009, préc. ; Trib. Naples, 1^{er} juillet 2011, *Corr. Merito*, 2012, I, 13 ; CA Milan, 28 décembre 2016, *Ilfamilarista.it*, janvier 2017.

⁶⁸² La Cour de cassation a cependant posé une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle italienne, interrogeant cette dernière sur la conformité du refus de transcrire le lien de filiation à l'égard du parent d'intention à l'intérêt du mineur, au principe d'égalité et de non-discrimination et au droit au respect de la vie privée et familiale inscrits dans la Constitution italienne et dans les textes supranationaux (Cass. it., Civ. 1^{er}, ord., 29 avril 2020, n° 8325, *Foro it.*, 2020, De Marzo).

⁶⁸³ La France a en effet été condamnée par la CEDH pour ne pas avoir transcrit ce lien de filiation. V. CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France et Labassée c. France*, req. n°s 65192/11 et 65941/11, *D.*, 2014, p. 1797, n. F. Chénéde, *D.*, 2014, p. 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.*, 2014, p. 1806, n. L. D'Avout ; CEDH, 21 juillet 2016, req. n° 9063/14, *Foulon et Bouvet c. France*, *D.*, 2016, p. 2152, n. A.-B. Caire, *D.*, 2016, p. 1011 obs. H. Gaudemet-Tallon ; CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie c. France*, req. n° 44024/13, *D.*, 2017, p. 1229, n. A.-B. Caire. Cf. le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation française, Cass. fr., Ass. plén., 3 juillet 2015, n°s 14-21323 et 15-50002, *AJ fam.*, 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *RTD civ.*, 2015, p. 581, obs. J. Hauser, *D.*, 2015, p. 1819, obs. I. Gallmeister, *D.*, 2015, p. 1819, n. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.*, 2015, p. 1481, édito. S. Bollée, *D.*, 2015, p. 1773, point de vue D. Sindres, *D.*, 2015, p. 915, obs. REGINE, *D.*, 2015, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 885. V. également l'arrêt de réexamen de l'affaire *Mennesson* par la Cour de cassation, Cass. fr., réexamen n° 17, 16 février 2018, *JCP G*, 2018, act. 344, n. Gouttenoire.

⁶⁸⁴ En Italie en revanche les juges ne se sont globalement pas opposés à la transcription du lien de filiation biologique. V. e.a. CA Bari, 13 février 2009, préc. ; Trib. Naples, 1^{er} juillet 2011, préc. ; CA Milan, 28 décembre 2016, préc. ; Cass. it., Ch. réun., 8 mai 2019, n° 12193, préc.

⁶⁸⁵ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 6 avril 2011, n°s 09-66486, 09-17130, 10-19053, préc. ; Civ. 1^{er}, 13 septembre 2013, n°s 12-18315 et 12-30138, préc.

reconnaissance des mêmes liens de filiations lorsque l'enfant est né d'une mère porteuse. La différence des considérations attachées par l'ordre juridique français et italien à ces techniques d'aide médicale à la procréation justifie la différence de traitement.



302. L'ensemble de ces développements permet de prendre conscience de la variété des analyses d'égalité que les ordres juridiques sont susceptibles d'opérer concernant, d'un côté, le droit pour les couples d'hommes et les couples de femmes d'accéder aux techniques d'aide médicale à la procréation dans l'ordre juridique du for et, d'un autre côté, la possibilité d'établir ou de faire reconnaître des liens de filiation des enfants nés du recours à ces techniques à l'étranger. La question de l'égalité des couples d'hommes et des couples de femmes est donc pertinente, mais cela ne signifie pas que toute différence de traitement sera sanctionnée par les juges. Il est en effet possible de tirer du droit français et du droit italien des exigences de différence de traitement à cet égard.

ii) La différence de traitement entre les enfants nés ou non d'une gestation pour autrui à l'étranger

303. La discrimination en raison de la naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui a pu être alléguée par des parties devant les juridictions françaises et européennes⁶⁸⁶. Cette allégation trouve son origine dans le refus que les juridictions françaises⁶⁸⁷ et italiennes⁶⁸⁸ ont pu opposer aux demandes de transcription du lien de filiation entre ces enfants et les parents d'intentions, biologiques ou non. Plus généralement, une discrimination selon le mode de conception de l'enfant était dénoncée par la doctrine⁶⁸⁹. Cette même question a d'ailleurs été

⁶⁸⁶ V. les moyens du pourvoi dans les arrêts Cass. fr., Civ. 1^{er}, 6 avril 2011, n^{os} 09-66486, 09-17.130, 10-19053, préc. ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 5 juillet 2017, n^{os} 16-16901 et 16-50025, *AJ fam.*, 2017, p. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *AJ fam.*, 2017, p. 375, point de vue F. Chénéde, *D.*, 2017, p. 1737, *D.*, 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts, *D.*, 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke. V. également l'allégation de la violation de l'article 14 dans l'arrêt CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n^{os} 65192/11, §§ 103-106, préc. V. également A. NICOLUSSI, « Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini », *Riv. AIC*, n^o 1, 2012., p. 7 ; pour une analyse comparée, et spéc. La position suisse au sujet de la (non) discrimination des enfants v. R. LA RUSSA, A. A. CAMPOLONGO, R. V. VIOLA et a., « Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali », *Resp. civ. e prev.*, n^o 2, 2017, p. 0683B.

⁶⁸⁷ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 6 avril 2011, n^{os} 09-66486, 09-17.130, 10-19053, préc. ; Civ. 1^{er}, 13 septembre 2013, n^{os} 12-18315 et 12-30138, préc.

⁶⁸⁸ V. notamment Cass. it., Ch. réun., 8 mai 2019, n^o 12193, préc.

⁶⁸⁹ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *op. cit.*, pp. 55-58, et spéc. p. 6 sur 7 de la version en ligne ; H. FULCHIRON, « Oui à l'adoption plénière de l'enfant né par GPA », *Dr. fam.*, n^o 11, 2018, comm. 260 ; I. BARRIÈRE BROUSSE, note ss. Cass. fr., avis, 22 septembre 2014, n^o 15011 P, *op. cit.* ; C. MÉCARY (Entretien avec), « Adoption, transcription et GPA », *Dr. fam.*, n^o 11, 2018, entretien 3 ; A. SASSI, S. STEFANELLI, « Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico », *Rivista di BioDiritto*, n^o 1, 2019, p. 381.

récemment posée par la Cour de cassation italienne à la Cour constitutionnelle de ce pays⁶⁹⁰.

304. La réponse suppose, en premier lieu, de déterminer si les situations des enfants nés du recours à une gestation pour autrui sont susceptibles d'être considérées comme comparables ou comme différentes par rapport aux enfants non nés de l'emploi de cette technique.

Rappelons à cet égard qu'en droit interne, l'article 310 du Code civil français n'exige pas l'égalité de traitement des enfants tant que leur lien de filiation n'est pas établi. De ce point de vue, le traitement différent d'enfants nés d'une mère porteuse par rapport aux enfants non nés du recours à cette pratique pourrait découler directement de la diversité attachée à ces situations. Néanmoins, l'article 14 de la CESDH interdit les discriminations en raison de la naissance. La même exigence découle de l'article 315 du Code civil italien⁶⁹¹. Celle-ci empêche notamment de considérer que les enfants nés d'une gestation pour autrui se trouvent dans une situation différente par rapport aux enfants nés d'autres techniques d'aide médicale à la procréation ou conçus naturellement. La recherche d'une justification de cette différence de traitement s'avère ainsi nécessaire dans l'optique d'une analyse de conformité des solutions à cette dernière disposition, notamment lue conjointement avec l'article 8 de la même Convention.

305. **L'importance de l'intérêt de l'enfant dans la mise en balance permettant de justifier une discrimination en raison de la naissance.** - Il vient d'être exposé que la spécificité des enjeux entourant la question du recours à des conventions de gestation pour autrui peut justifier la différence de traitement des couples d'hommes et de couples de femmes. Cette même spécificité est susceptible de justifier la différence de traitement des enfants. Nous renvoyons donc aux développements précédents à ce sujet⁶⁹². Néanmoins, un intérêt supplémentaire mérite d'être pris en compte à ce niveau. Il s'agit de l'intérêt supérieur de l'enfant. La mise en balance qui s'impose conduit à considérer que là où la protection du principe de l'indisponibilité du corps humain, de l'indisponibilité de l'état des personnes⁶⁹³, ou encore de la dignité de la personne humaine poussent vers la légitimation d'une différence de traitement en raison de la naissance, la protection de l'intérêt de l'enfant pousse vers l'exclusion de l'admission de cette justification.

⁶⁹⁰ Cass. it., Civ. 1^e, ord., 29 avril 2020, n° 8325, préc.

⁶⁹¹ V. *infra*, § 575.

⁶⁹² V. *supra*, § 300.

⁶⁹³ V. cependant le questionnement de Monsieur PICHARD au sujet de la persistance de ce principe après les arrêts Cass. fr., Civ. 1^e, 5 juillet 2017, n°s 16-16901 et 16-50025, M. PICHARD, « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes « désactivé » ? », *LPA*, n° 256, 2017, pp. 6-14 ; M. PICHARD, « Père-sans mere », *LPA*, n° 10, 2019, pp. 8-14, spéc. II).

306. Quid de l'exigence de non-discrimination des enfants nés d'une gestation, concernant l'établissement du lien de filiation biologique ? - La Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Mennesson c. France*⁶⁹⁴ a considéré le refus de transcrire le lien de filiation relatif au parent biologique comme contraire à l'article 8. La Cour n'a en revanche pas analysé si l'article 14 de la CESDH, lu conjointement avec l'article 8, était violé. Ainsi, la Cour ne précise pas si la comparaison des enfants nés de mère porteuse devait être effectuée avec les seuls enfants nés d'autres techniques d'aide médicale à la procréation ou avec les enfants non nés d'une technique d'aide médicale à la procréation.

307. Ce dernier choix a été opéré par la Cour de cassation italienne dans une affaire de 2016⁶⁹⁵. Cette affaire portait sur une demande de transcription du double lien de filiation biologique entre un enfant et, d'un côté, la femme ayant porté l'enfant et, d'un autre côté, la femme ayant fourni l'ovule inséminé. Le Ministère public soutenait notamment que le lien de filiation envers la femme qui n'a pas accouché de l'enfant ne pouvait être transcrit en raison de sa contrariété à l'ordre public international et, entre autres, au principe *mater semper certa est*. La Cour de cassation ne suit cependant pas cette analyse. Elle considère en revanche qu'« il n'est pas possible d'avoir recours à la notion d'ordre public pour justifier une discrimination vis-à-vis de mineurs d'âge [...]. [S]i leur état d'enfant était désavoué [...] en raison des choix de ceux qui les ont mis au monde à travers une pratique de procréation assistée non admise en Italie [...], une violation du principe d'égalité serait caractérisée [...] ». Les juges italiens considèrent donc que le refus de reconnaître un lien de filiation biologique – et en l'espèce génétique – de l'enfant né d'une technique d'aide médicale à la procréation non admise en Italie, constituerait une inégalité de traitement à l'égard des autres enfants dont le « légitime état [d'enfants biologiques] » est reconnu. Autrement dit, la Cour exige que les enfants aient un droit identique d'établir leurs liens de filiation biologiques, indépendamment du fait qu'ils soient nés d'une technique d'aide médicale à la procréation proscrite dans l'ordre juridique du for.

308. Quelle exigence substantielle d'égalité concernant le lien de filiation d'intention ? - La Cour de cassation française dans des arrêts rendus le 5 juillet 2017⁶⁹⁶ a été interrogée sur le caractère discriminatoire du refus de transcrire ce que la Cour dénomme le « lien de filiation maternelle d'intention ». La réponse apportée à l'époque a été négative. Les juges ont considéré

⁶⁹⁴ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* n° 65192/11, préc., et *Labassée c. France*, req. n° 65941/11, préc.

⁶⁹⁵ Cass. it., Civ. 1^e, 30 septembre 2016, n° 19599, préc. point 8.3 de l'arrêt.

⁶⁹⁶ Cass. fr., Civ. 1^e, 5 juillet 2017, n°s 16-16901 et 16-50025, *AJ fam.*, 2017, p. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *LPA*, 2017, p. 6, n. M. Pichard, *AJ fam.*, 2017, p. 375, point de vue F. Chénéde, *D.*, 2017, p. 1737, *D.*, 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts, *D.*, 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seséke.

que ce refus « résult[ait] de la loi et poursui[vait] un but légitime en ce qu'il tend[ait] à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vis[ait] à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil ». La Cour a précisé par ailleurs que l'atteinte à l'égalité était proportionnée en raison de plusieurs facteurs. Elle cite à cet égard le fait que les enfants pouvaient demeurer auprès de leur père et de l'épouse de celui-ci. Elle mentionne le fait que le certificat de nationalité avait été délivré à ces enfants. Elle ajoute que la filiation paternelle pouvait être établie si les conditions de l'article 47 du Code civil français étaient remplies. Elle considère, en dernier lieu, que le conjoint du père de l'enfant pouvait adopter ce dernier si les conditions étaient remplies et que cela était conforme à l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation a ainsi écarté le grief de violation des articles 8 et 14 de la Convention combinés. Cette analyse n'a pas été remise en cause par l'avis rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en 2019. Nous allons néanmoins voir que les juges français eux-même ont abandonné cette solution.

309. Une hypothèse concernant l'exigence de non-discrimination des enfants nés d'une gestation pour autrui tirée de l'avis du 10 avril 2019. - Dans l'avis rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 10 avril 2019⁶⁹⁷, celle-ci a considéré que le respect de l'article 8 de la Convention n'implique pas la transcription du lien de filiation maternelle établi à l'étranger. Néanmoins, elle considère que la possibilité pour l'enfant né d'une mère porteuse d'établir le second lien de filiation est susceptible d'être nécessaire au nom du respect de l'intérêt de celui-ci.

La position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans cet avis permet de tirer des éléments d'analyse en termes d'exigences d'égalité.

Du fait que la transcription du second lien de filiation n'est pas requise, il est possible d'imaginer que la Cour considérerait que la différence de traitement par rapport aux enfants nés d'un couple ayant eu recours à une technique d'insémination artificielle demeurerait justifiée. En revanche, puisque l'établissement du second lien de filiation est susceptible d'être nécessaire dans la jurisprudence ultérieure de la Cour, cette dernière semble exiger un traitement identique des enfants nés d'une mère porteuse par rapport aux enfants pouvant établir un lien de filiation avec le conjoint du parent. Si cette analyse est exacte, le refus d'établir le second lien de filiation au nom de la protection du principe de l'indisponibilité du corps humain est susceptible de ne pas être considéré comme proportionné. Tel serait notamment le cas si l'établissement du

⁶⁹⁷ CEDH, avis, 10 avril 2019, n° P16-2018-001, *JDI*, 2019, p. 1149, n. J. Heyman, F. Marchadier, *D.*, 2019, p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke, *ibid.*, p. 1084, n. H. Fulchiron, *AJ fam.* 2019, p. 233, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *ibid.*, p. 289, obs. P. Salvage-Gerest, *AJDA*, 2019, p. 1803, chron. L. Burgorgue-Larsen.

second lien de filiation correspondait à ce que dicte l'intérêt de l'enfant. En effet, la protection de ce dernier est susceptible de pousser vers l'exclusion de la justification de la discrimination, et donc, vers l'établissement du second lien de filiation comme un enfant non né d'une mère porteuse pourrait le faire.

Cette exigence d'identité de traitement demeurerait cependant justifiée lorsque l'établissement du second lien de filiation ne serait pas commandé par l'intérêt de l'enfant. Dans ce cas, l'exigence d'identité de traitement découlant de la consécration des interdictions des discriminations en raison de la naissance à l'article 14 de la CESDH devrait être mise en balance uniquement avec la protection du principe de l'indisponibilité du corps humain. Comme nous le verrons, ce dernier serait alors susceptible de justifier l'admission d'une dérogation à l'exigence d'identité de traitement⁶⁹⁸.

Force est alors de constater que l'admissibilité de dérogations à la non-discrimination des enfants en raison de la naissance se réduit au fur et à mesure que s'étend le champ couvert par la protection de l'intérêt de l'enfant.

310. Une exigence de différence de traitement abandonnée par la Cour de cassation française. - À la suite de cet avis, la Cour de cassation française s'est de nouveau prononcée, le 4 octobre 2019⁶⁹⁹, sur les suites de l'affaire *Mennesson*. À cette occasion, les enfants Mennesson ont fait l'objet d'un traitement identique par rapport à des enfants non nés d'une gestation pour autrui, et notamment aux enfants nés d'un couple ayant eu recours à une technique d'insémination artificielle. La transcription du lien de filiation maternelle a en effet été ordonnée. Cette solution ne semblait cependant pas avoir vocation à être généralisée dans un premier temps.

311. La Cour de cassation a en effet précisé que la décision de ne pas annuler la transcription du lien de filiation maternelle était adoptée à la lumière des particularités de l'affaire *Mennesson* et notamment du fait que le contentieux durait depuis plus de quinze ans. Un report ultérieur de l'établissement du lien de filiation maternelle en attente de la décision d'adoption aurait porté une atteinte disproportionnée du droit au respect de la vie privée des enfants. Elle a cependant précisé qu'en dehors de telles particularités, l'adoption permet d'assurer le respect de l'article

⁶⁹⁸ V. *infra*, § 332 et s.

⁶⁹⁹ Cass. fr., Ass. plén., 4 octobre 2019, n° 10-19053, *AJ fam.*, 2019, p. 592, obs. J. Houssier, D., 2019, p. 2228, n. H. Fulchiron et C. Bidaud, *RTD civ.*, 2019, p. 817, obs. J.-P. Marguénaud, *Dr. fam.*, 2019, comm. 261, n. J.-R. Binet, *JCP G*, 2019, p. 1184, n. A. Gouttenoire et F. Sudre, *Dr. fam.*, 2019, comm. 219, n. A. Philippot.

8 de la CESDH⁷⁰⁰, conformément à l'avis rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 10 avril 2019⁷⁰¹ ainsi qu'à sa jurisprudence ultérieure⁷⁰².

De même, les amendements au projet de loi relatif à la bioéthique, lorsqu'il avait été adopté en première lecture⁷⁰³, et qui visaient la transcription automatique des deux liens de filiation de l'enfant né de mère porteuse établis à l'étranger et à rendre exécutoires les jugements étrangers par lesquels la filiation d'un enfant né du recours à une mère porteuse⁷⁰⁴, ont été rejetés⁷⁰⁵.

312. La différence de traitement entre les enfants nés d'une gestation pour autrui et les enfants nés de recours à une insémination artificielle découlant du refus de transcrire le lien de filiation d'intention demeurerait ainsi légitime. Tel est notamment le cas aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, à la lumière de l'avis du 1^{er} avril 2019 et exception faite du cas *Mennesson* en raison des particularités de l'espèce. Tel est, pour l'heure, le cas aux yeux du législateur français. Tel était, enfin, également le cas devant la Cour de cassation, eu égard à l'arrêt du 4 octobre 2019.

313. Néanmoins, par la suite, les juges français ont admis la possibilité de transcrire directement les deux liens de filiation même en dehors de telles spécificités dans les arrêts rendus le 18 décembre 2019⁷⁰⁶. La première chambre civile de la Cour de cassation française a cassé des arrêts d'appel qui avaient admis uniquement la transcription partielle de l'acte de naissance établi à l'étranger qui désignait deux hommes en tant que parents de l'enfant. Seul le lien de filiation correspondant à la réalité biologique avait ainsi été transcrit par les juges d'appel. La Cour a en revanche considéré qu'« en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à

⁷⁰⁰ V. cependant CA Rennes, 25 novembre 2019, n^{os} 18/01155, 18/01497, 18/01936, préc. Avant que la CEDH ne confirme que l'adoption de l'enfant suffit à en protéger le droit à la vie privée dans les arrêts rendus le 12 décembre 2019, les juges du fond ont directement ordonné la transcription du lien de filiation maternelle, dans la crainte d'une possible condamnation de la part des juges de Strasbourg.

⁷⁰¹ CEDH, avis, 10 avril 2019, n^o P16-2018-001, préc.

⁷⁰² CEDH, 19 novembre 2019, *C c. France et E c France*, n^{os} 1462/18 et 17348/18, *Dr. fam.* 2020, p. 41 s., n. J.-R. Binet, *AJ fam.*, 2020, p. 131, n. F. Berdeaux, *Dr. fam.* 2020, p. 24 s., n. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2020, p. 9, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

⁷⁰³ Spéc. art. 4 bis du projet de loi, modifié par le Sénat en première lecture, relatif à la bioéthique, n^o 2658, déposé le 5 février 2010. Depuis, le texte a été adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 3 août 2020 (projet de loi n^o 686).

⁷⁰⁴ Amendements n^{os} 1132, 1657, 2035, 363, 2137, 2212, 414, 1670, 1072 adoptés par l'Assemblée nationale en juillet 2020 en deuxième lecture visant à supprimer ou modifier le projet d'article 4 bis [dernière consultation du site du Sénat le 10 octobre 2020].

⁷⁰⁵ Cf. l'actuelle rédaction de l'art. 4 bis du projet de loi, adopté avec modifications, par l'Assemblée nationale, en deuxième lecture, relatif à la bioéthique, n^o 686, transmis au Sénat en deuxième lecture le 3 août 2020.

⁷⁰⁶ Cass. fr., Civ. 1^e, 18 décembre 2019, n^o 18-11815 et n^o 18-12327, préc. V. déjà en ce CA Rennes, 25 novembre 2019, n^{os} 18/01155, 18/01497, 18/01936, préc.

l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du Code civil ». Il convient dès lors de considérer qu'aujourd'hui, l'exigence de différence de traitement des enfants nés de mère porteuse supporte des dérogations en France.

314. Le doute existe en revanche aujourd'hui concernant la position italienne. La Cour de cassation a en effet sursis à statuer en posant une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle. Elle a interrogé cette dernière au sujet du refus de transcrire le lien de filiation vis-à-vis du parent d'intention. La question porte, entre autres, sur la conformité de ce refus au principe d'égalité des enfants et de non-discrimination en raison de la naissance garantis par la Constitution italienne et par plusieurs conventions internationales⁷⁰⁷.

315. Il convient toutefois de souligner qu'en France l'élimination de cette différence de traitement à la suite de l'admission de la possibilité de transcrire directement le lien de filiation ne correspondant pas à la vérité biologique ne procède pas d'une modification de la conception française de l'égalité du for. En effet, la transcription du lien de filiation maternelle n'est pas le fruit d'une modification de l'analyse de la comparabilité des situations opérée par les autorités du for. La gestation pour autrui demeure interdite en France. Pour la même raison, il nous semble possible d'envisager l'absence de déclaration d'inconstitutionnalité, du moins au nom des dispositions d'égalité, du refus de transcrire le lien de filiation concernant le parent d'intention de la part de la Cour constitutionnelle italienne. La différence de traitement entre les enfants nés de cette dernière technique et les autres enfants serait ainsi toujours légitimée par la spécificité des enjeux qui entourent le recours à ces conventions.

Ce qui a en revanche changé est l'ampleur des exigences imposées par le respect de l'intérêt de l'enfant, d'abord dans la conception européenne, et désormais dans la conception française et italienne. Au nom de ce dernier, les juges français ont accepté de transcrire l'acte de naissance dressé à l'étranger conformément à la loi du pays où l'acte a été enregistré. L'identité de traitement qui en découle entre l'enfant né d'une mère porteuse et du recours à une insémination artificielle dérive donc de la nécessité, qui a été progressivement étendue, de protéger l'intérêt de l'enfant, ce qui amène à déroger à l'exigence de différence de traitement définie par cet ordre juridique.

⁷⁰⁷ Cass. it., Civ. 1^e, ord., 29 avril 2020, n° 8325, préc.



316. Les analyses qui précèdent montrent qu'en dépit des dispositions prohibant la discrimination en raison de la naissance, garanties aussi bien par la France que par l'Italie, ces ordres juridiques définissent des exigences de différence de traitement entre les enfants nés d'une gestation pour autrui et les autres enfants en raison de la spécificité des problématiques que cette technique soulève. Le champ de l'admission des dérogations à ces dernières s'étend cependant au fur et à mesure que le niveau de protection de l'intérêt de l'enfant requis s'élève.

iii) La différence de traitement entre les parents en raison du sexe

317. La doctrine a eu l'occasion de relever une différence de traitement entre le père et la mère d'intention⁷⁰⁸, ce qui reviendrait à introduire une différence de traitement fondée sur le sexe. Cette différence dérive du fait que le père peut établir sa paternité par la transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger, tandis que les juridictions nationales peuvent refuser la transcription du lien de filiation maternelle⁷⁰⁹. Cette différence de traitement n'a pas été analysée par la Cour européenne des droits de l'homme ni par les juridictions françaises. Elle mérite néanmoins quelques brèves réflexions.

318. **L'absence de différence de traitement en raison du sexe relativement au recours à une convention de gestation pour autrui.** - Le premier constat qu'il convient d'opérer est que les termes de cette analyse doivent être définis. Relativement au recours à une convention de gestation pour autrui, la différence de traitement n'est en effet pas fondée sur le sexe des parents. Les couples mariés qui ont recours à des conventions de gestations pour autrui peuvent en effet être aussi bien des couples de même sexe que de sexe opposé. Ainsi, un couple d'hommes pourrait se trouver dans la même situation que le couple hétérosexuel puisque seul le lien de filiation du père biologique supposé serait transcrit, et non en sus le lien de filiation du père d'intention. Le sexe ne peut donc pas être considéré comme le critère fondant la différence de traitement.

319. **Une différence de traitement en raison du sexe relativement au recours à une insémination artificielle avec don d'ovocytes.** - La différence de traitement en raison du sexe

⁷⁰⁸ H. HURPY, « La judiciarisation par défaut du lien de filiation des enfants nés d'une GPA transfrontière avec la mère d'intention », *Rev. UE*, n° 631, 2019, pp. 486-494 ; T.-S. RENOUX, « Brèves réflexions sur la gestation pour autrui et le principe d'égalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, pp. 633-643 ; S. TONOLO, « Status filiationis da maternità surrogata e adozione da parte del genitore "intenzionale". I limiti nella formula dell'adattamento », *RDI*, 2019, n° 4.

⁷⁰⁹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* req. n°s 65192/11, préc., § 108.

est caractérisée en revanche, non pas en raison du recours à une mère porteuse, mais en raison de l'insémination artificielle pratiquée sur la mère porteuse. En effet, aussi bien en droit français qu'en droit italien, le père est le père biologique, tandis que la mère est celle qui accouche, et non la mère génétique de l'enfant⁷¹⁰. Or, dans le cadre d'une gestation pour autrui, cette différence de traitement se concrétise lorsque la mère d'intention a fourni les ovules nécessaires à la mise en place d'une convention de gestation pour autrui⁷¹¹. En effet dans ce cas, la mère biologique est la mère d'intention, tout comme le père biologique est le père d'intention. Au sens de la loi française et italienne cependant, seulement ce dernier pourra être considéré comme étant le père de l'enfant. La mère sera en revanche la mère porteuse⁷¹². Cette différence de traitement n'est cependant pas spécifique au recours aux conventions de gestion pour autrui. Elle est en revanche spécifique aux pratiques d'insémination artificielle avec un don d'ovocytes.



320. Les analyses qui précèdent ont conduit à observer que la référence faite par les juges à l'ordre public international n'exclut pas que des questions d'égalité soient effectivement au cœur des solutions adoptées. Il a été possible de comprendre que tel est, par exemple, le cas relativement à la question de la célébration de mariages entre personnes de même sexe dans le cadre d'une situation privée internationale. Parfois en revanche, c'est de la constatation de la violation d'autres droits qu'il est possible de tirer des enseignements concernant la mesure dans

⁷¹⁰ Sur cette différence et sur sa non-inéluctabilité v. A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », *op. cit.*, pp. 49-66, spéc. p. 59-60.

⁷¹¹ Tel était le cas dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt CA Rennes, 4 juillet 2002, N° RG 01/02471, *Dr. fam.*, 2002, comm. 142, obs. P. Murat, *JCP G*, 2003.I.101, obs. J. Rubellin-Devichi.

⁷¹² La maternité génétique de la mère d'intention n'est pas un critère pris en considération par la Cour de cassation (en ce sens, A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », *op. cit.*, pp. 49-66, spéc. p. 60). Cf. la jurisprudence française relative à la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger entre l'enfant et les parents d'intention v. Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n°s 09-66486 et 10-19053, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 722, n. P. Hammje, *Dr. fam.*, 2011, étude 14, obs. C. Neirinck, *JCP N*, 2011, n° 16, obs. E. Fongaro ; Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n°s 12-30138 et 12-18315, *D.*, 2013, p. 2377, avis C. Petit, *ibid.*, p. 2349, n. M. Fabre-Magnan, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 909, n. P. Hammje, *JDI*, 2014, p. 133, n. J. Guillaumé ; CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France et Labassée c. France*, req. n°s 65192/11 et 65941/11, *D.*, 2014, p. 1797, n. F. Chénéde, *ibid.*, 2014, p. 1806, n. L. D'Avout ; CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, req. n° 25358/12, *RTD civ.*, 2015, p. 325, obs. J.-P. Marguénaud, *AJ fam.*, 2015, p. 77, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, n°s 14-21323 et 15-50002, *JCP G*, 2015.965, n. A. Gouttenoire, *D.*, 2015, p. 1438, obs. I. Gallmeister ; Civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n°s 16-16455, 16-16901, 15-28597 et 15-50025, *JCP G*, 2017.984, n. A. Gouttenoire, *Dr. fam.*, 2017, étude 13, J.-R. Binet, *JDI*, 2017, comm. 14, J. Guillaumé, *D.*, 2017, p. 1737, n. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2017, p. 547, F. Berdeaux ; CEDH, avis, 10 avril 2019, n° P16-2018-001, *RTD civ.*, 2019, p. 307, obs. A.-M. Leroyer, *AJ fam.*, 2019, p. 175, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *D.*, 2019, p. 1084, n. H. Fulchiron, Cass. fr., Ass. plén., 4 octobre 2019, n° 10-19053, *AJ fam.*, 2019, p. 592, obs. J. Houssier, *D.*, 2019, p. 2228, n. H. Fulchiron et C. Bidaud, *RTD civ.*, 2019, p. 817, obs. J.-P. Marguénaud, *Dr. fam.*, 2019, comm. 261, n. J.-R. Binet, *JCP G*, 2019, p. 1184, n. A. Gouttenoire et F. Sudre, *Dr. fam.*, 2019, comm. 219, n. A. Philippot.

laquelle un ordre juridique impose le respect de ses contenus de l'égalité. Tel est l'enseignement qui a pu notamment être tiré de la jurisprudence relative à la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui.

321. Ainsi, bien que parfois la protection d'autres intérêts prime sur l'exigence de respecter les contenus de l'égalité du for, les cas où la question du respect de ces derniers est pertinente ne se limitent pas à ceux où le principe d'égalité a été expressément mentionné. Dès lors, il convient de s'interroger sur l'existence d'une logique qui explique pourquoi les juges englobent parfois le contrôle du respect des exigences substantielles d'égalité du for dans l'ordre public international sans qu'aucune disposition d'égalité ne soit mentionnée, tandis que parfois la mention de l'ordre public international s'accompagne de celle d'une disposition d'égalité.

3) La CESDH, fondement de la mention expresse de l'égalité

322. Les développements qui précèdent laissent comprendre que, lorsque les juges opèrent un contrôle de la conformité de la norme étrangère à l'ordre public international et qu'une question d'égalité se pose, le principe d'égalité n'est pas systématiquement mentionné. Une *ratio* expliquant que les juges mentionnent le principe d'égalité de manière expresse ou non peut être mise en lumière. Il ressort de la jurisprudence que lorsque le principe d'égalité est expressément mentionné, il s'agit habituellement des dispositions d'égalité contenues dans la CESDH **(a)**. Cela permet alors d'expliquer pourquoi dans l'arrêt du 28 janvier 2015, la Cour de cassation française n'a pas mentionné expressément le principe d'égalité. L'exigence d'identité de traitement des couples de même sexe et de sexe différent relativement au droit au mariage a été définie au niveau national en France. Elle n'est en revanche pas imposée par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation n'aurait donc pas pu fonder sa décision sur les dispositions d'égalité contenues dans la Convention européenne **(b)**.

a) Des arrêts mentionnant les exigences substantielles d'égalité européennes

323. L'analyse des arrêts rendus par la Cour de cassation et par les Cours d'appel françaises en droit international privé de la famille qui sont répertoriés sur la base de données *Légifrance* laisse comprendre que la mention ou l'absence de mention du principe d'égalité ou de non-discrimination dépend en règle générale du choix du fondement légal à travers lequel les exigences substantielles d'égalité du for sont garanties par les juridictions. Plus particulièrement, il est possible de trouver une corrélation entre les cas de mention explicite et

l'emploi par les juges d'une disposition d'égalité consacrée au niveau supranational comme fondement du contrôle. En effet, lorsque le principe d'égalité ou de non-discrimination a été expressément mentionné, la référence concernait le plus souvent les dispositions d'égalité contenues dans la CESDH.

324. La recherche précédemment mentionnée relative aux arrêts rendus par les juges du fond, et notamment par les juridictions d'appel, a montré que dans la totalité des arrêts où le mot « égalité » est mentionné en matière de droit international privé de la famille et dans les affaires où une question d'égalité était effectivement pertinente, les juges d'appel mentionnent uniquement et systématiquement le principe d'égalité en référence à l'égalité des époux, et plus précisément l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH. Tous ces arrêts, à l'exception d'un, concernaient des demandes de reconnaissance de répudiations prononcées à l'étranger⁷¹³. L'arrêt restant concernait un jugement étranger de divorce aux torts exclusifs de l'épouse motivé par le refus que celle-ci a opposé à son mari de le suivre là où ce dernier avait unilatéralement fixé la résidence conjugale⁷¹⁴.

De même, lorsque la Cour de cassation a mentionné le principe d'égalité et qu'elle en a précisé le fondement textuel, il s'est agi exclusivement des dispositions de la CESDH. Sur les trente-huit arrêts que la recherche a permis d'isoler et mentionnant les termes « égalité » ou « discrimination » en matière de droit international privé de la famille, trente-et-un arrêts en précisent le fondement textuel. Pour trente d'entre eux, la disposition d'égalité mentionnée est l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH. De ces trente arrêts, vingt-neuf concernent des demandes de reconnaissance de répudiations⁷¹⁵ et un arrêt porte sur le partage des biens entre

⁷¹³ CA Versailles, 2^e ch., 8 octobre 2015, n° de RG 14/06123, préc. ; Lyon, 2^e ch., 24 octobre 2011, n° de RG 10/05987, préc. ; Douai, 7^e ch., 2^e sec., 14 avril 2011, n° de RG 10/07690, préc. ; Versailles, 2^e ch., 1^e sec., 25 mars 2010, n° de RG 09/02695, préc. ; Lyon, 2^e ch., 26 octobre 2009, n° de RG 09/00572, préc. ; Metz, 6 janvier 2009, n° de RG 07/00613, préc. ; Caen, 4 septembre 2008, n° de RG 07/01853, préc. ; Lyon, 20 mai 2008, n° de RG 06/07914, préc. ; Lyon, 25 mars 2008, n° de RG 07/05222, préc. ; Montpellier, 1^e ch. civ., 13 juin 2006, n° de RG 05/4488, préc. ; Versailles, 4 avril 2006, n° de RG 04/07937, préc. ; Douai, 23 juin 2005, n° de RG 04/00449, préc. ; Agen, 13 janvier 2005, n° de RG 04/564, préc. ; Amiens, 14 avril 2004, n° de RG 01/03540, préc. ; Douai, 30 avril 2003, n° de RG 01/6335, préc. ; Pau, 24 mars 2003, n° de RG 00/002892, préc. ; Paris, 16 janvier 2003, n° de RG 2001/21257, préc. ; Agen, 7 février 2002, n° de RG 00/00900, préc. ; Versailles, 11 mars 1999, n° de RG 1997-4540, préc.

⁷¹⁴ CA Lyon, 2^e ch. civ., 25 juillet 2007, n° de RG 06/03707, préc.

⁷¹⁵ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 4 juillet 2018, n° 17-16102, préc. ; 25 mai 2016, n° 15-10532, préc. ; 15 avril 2015, n° 14-13420, préc. ; 24 septembre 2014, n° 13-21751, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-25802, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-21344, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-25919, préc. ; 26 septembre 2012, n° 11-25015, préc. ; 18 mai 2011, n° 10-19750, préc. ; 9 mars 2011, n° 10-13758, préc. ; 20 octobre 2010, n° 09-15379, préc. ; 4 novembre 2009, n° 08-20574, préc. ; 31 octobre 2007, n° 06-20799, préc. ; 17 octobre 2007, n° 06-21962, préc. ; 19 septembre 2007, n° 06-1957, préc. ; 10 juillet 2007, n° 06-19083, préc. ; 22 mai 2007, n° 06-10433, préc. ; 7 juin 2006, n° 04-17219, préc. ; 25 octobre 2005, n° 03-20845, préc. ; 20 septembre 2006, n° 04-16534, préc. ; 10 mai 2006, n° 04-19444, préc. ; 10 mai 2006, n° 05-15707, préc. ; 14 mars 2006, n° 05-13921, préc. ; 17 février 2004, n° 01-11549, préc. ; 17 février 2004, n° 02-11618, préc. ; 27 janvier 1998, n° 95-14453, préc. ; 11 mars 1997, n° 94-19447, préc. ; 19 décembre 1995, n° 93-19950, préc. ; 1^{er} juin 1994, n° 92-13523, préc.

époux⁷¹⁶. Le trente-et-unième arrêt précise que le fondement textuel de l'égalité qu'il mentionne est l'article 14 de la CESDH, appliqué conjointement à l'article 8. Il concerne le grief de discrimination des enfants nés d'une mère porteuse par rapport aux enfants qui ne sont pas nés à l'issue de la conclusion d'un contrat de gestation pour autrui.

325. Seulement sept arrêts ne mentionnent donc pas le fondement textuel du principe d'égalité. Cependant, trois de ces arrêts⁷¹⁷ concernent des répudiations et ont été rendus après le 17 février 2004. Il a déjà été mentionné que, à partir de cette date, la Cour de cassation a fixé sa jurisprudence en la matière en décidant que les répudiations heurtent l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH et qu'il convient ainsi de refuser de reconnaître les jugements les prononçant dès lors que les conditions de proximité fixées sont remplies⁷¹⁸. Il est ainsi possible de considérer que la référence à ce texte est implicite dans ces trois arrêts.

En ce qui concerne les quatre arrêts restants, l'un d'entre eux, datant de 1983, porte également sur une demande de reconnaissance d'une répudiation⁷¹⁹. Ici les demandeurs au pourvoi soutenaient que l'ordre public international français exigeait « la pleine égalité des époux ». Il peut s'agir là d'une référence à l'égalité des sexes entendue en tant que principe fondamental de l'ordre juridique du for, ou en tant que droit fondamental garanti, entre autres, par l'article 14 de la CESDH, ou encore par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes déjà en vigueur en France à l'époque. Le Protocole n° 7 de la CESDH est en effet entré en vigueur en France seulement cinq ans plus tard⁷²⁰. Deux autres de ces quatre arrêts mentionnent en revanche l'égalité des parents indépendamment de leur sexe, dans des affaires concernant l'exercice de l'autorité parentale⁷²¹ et l'attribution du droit de garde⁷²². Enfin, dans un arrêt dont le pourvoi a été rejeté, les demandeurs en cassation se fondaient sur l'exigence d'identité de traitement des enfants légitimes et naturels pour considérer que la loi étrangère qui ne permettait pas d'introduire une action en recherche de paternité devait être évincée⁷²³.

Ces trois derniers arrêts ont été rendus au cours des quinze dernières années. Plusieurs dispositions d'égalité de source nationale ou supranationale pourraient donc en constituer le

⁷¹⁶ Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 1998, n°s 95-18646 et 95-18647, *Vialaron*, préc.

⁷¹⁷ Cass. fr., Civ. 1^e, 19 octobre 2016, n° 15-23137, préc. ; 23 février 2011, n° 10-14101, préc. ; 23 février 2011, n° 10-14760, préc.

⁷¹⁸ V. *supra*, la jurisprudence citée en note n° 555. Cette jurisprudence sera plus amplement analysée dans la troisième partie de cette étude. V. *infra*, § 997 et s.

⁷¹⁹ Cass. fr., Civ. 1^e, 3 novembre 1983, n° 81-15745, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 325, n. I Fadolallah.

⁷²⁰ Le 1^{er} novembre 1988.

⁷²¹ Cass. fr., Civ. 1^e, 19 septembre 2019, n° 18-18237, préc.

⁷²² Cass. fr., Civ. 1^e, 4 novembre 2010, n° 09-15302, préc.

⁷²³ Cass. fr., Civ. 1^e, 10 mai 2006, n° 05-10299, préc.

fondement. Il n'est dès lors pas possible de définir avec exactitude quelle ou quelles dispositions d'égalité, de source nationale ou supranationale, ont effectivement servi de fondement à ces décisions.

326. Il en résulte que la disposition d'égalité invoquée par les Cours d'appel est systématiquement une règle consacrée au niveau supranational, et plus précisément par la CESDH, et que tel a été, de manière certaine, le cas dans 34 arrêts sur 38 en ce qui concerne les décisions rendues par la première chambre de la Cour de cassation et, de manière incertaine, mais possible, dans les quatre arrêts restants.

327. **Une question de risque de contrôle de la décision nationale par la Cour européenne des droits de l'homme.** - Il est possible d'avancer une explication de ce choix de la part des juges français. Monsieur MATHIEU met en évidence « le sentiment que l'ordre juridique français ne s'autorise pas à affirmer ses valeurs fondamentales sans un appui extérieur »⁷²⁴. En ce qui concerne la référence à la CESDH, cela peut refléter le souci de se prémunir au cas où l'affaire serait portée devant la Cour strasbourgeoise. C'est en effet cette dernière qui définit la plupart des exigences substantielles d'égalité d'origine supranationale en matière familiale dont le respect s'impose en France et en Italie⁷²⁵.

Le fait de mentionner expressément les dispositions d'égalité issues de la CESDH est alors souhaitable dans la perspective de la soumission de la solution nationale à l'attention des juges strasbourgeois. Cela ne permet pas seulement aux juges nationaux de montrer que ces dispositions d'égalité ont été prises en compte, mais également de préciser quelles exigences substantielles d'égalité sont dégagées de ces dispositions supranationales dans la conception de l'ordre juridique national en cause.



328. Il découle de ce qui précède que les juges français mentionnent expressément le principe d'égalité dans leurs décisions, au lieu de l'englober tacitement dans la référence à l'ordre public

⁷²⁴ B. MATHIEU, note ss. Cass. fr., Civ. 1^e, 28 janvier 2015, n° 13-50.059, *op. cit.*, point 22.

⁷²⁵ V. par exemple CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88, *RTDH.*, 1990, pp. 5, n. W. J. Ganshof Van Der Meersch, *GACEDH*, n° 16, obs. F. Sudre. V. également P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *op. cit.*, pp. 651-665 ; C. CAMPIGLIO, « Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato », *RDI*, n° 4, 2011, p. 1029 et s. Cette exigence de conformité aux engagements supranationaux concerne également le droit de l'Union européenne. V. CJCE, 28 mars 2000, *Dieter Krombach contre André Bamberski*, C-7/98, *RTD civ.*, 2000, p. 944, obs. J. Raynard, *JCP*, 2001.II.10607, n. C. Nourissat, *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 481, n. H. Muir Watt, *JDI*, 2001, p. 691, n. A. Huet, *Gaz. Pal.*, 2000, doct. 1731, chron. M.-L. Niboyet, *JCP G*, 2011.II.10607, n. C. Nourissat, *Rev. Europe*, 2000, comm. 157, n. L. Idot.

international, lorsque les exigences substantielles en cause peuvent trouver leur fondement normatif dans une disposition d'égalité de source supranationale, et notamment dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cela permet *a fortiori* de comprendre que lorsque les contenus de l'égalité en cause ont une source purement nationale et n'ont volontairement pas été imposés par les juridictions supranationales, les juges français ne mentionnent pas expressément le principe d'égalité qui fonde pourtant nécessairement la décision. Cela explique notamment que dans l'arrêt du 28 janvier 2015 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation française et précédemment exposé, l'éviction de la loi étrangère prohibant le mariage de même sexe en raison du respect d'une exigence française d'identité de traitement, les juges ne mentionnent pas le principe d'égalité.

b) L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation française du 28 janvier 2015 : une exigence substantielle d'égalité non européenne

329. À la lumière des éléments qui précèdent, il est possible de reprendre l'analyse précédemment entamée relativement à l'arrêt rendu par la Cour de cassation française le 28 janvier 2015⁷²⁶. Il a déjà été exposé qu'en dépit de l'absence de mention, la question du respect des contenus de l'égalité du for est nécessairement au cœur de cet arrêt⁷²⁷. Il est à présent possible de préciser pourquoi l'absence de mention du principe d'égalité a été, à notre avis, un choix délibéré. Il convient de considérer que l'exigence d'égalité en question ne trouvait pas sa source au niveau supranational. En effet, à l'heure actuelle les juridictions européennes ne considèrent pas que les dispositions d'égalité qu'elles garantissent sont violées par le refus d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. La Cour européenne des droits de l'homme a, par ailleurs, expressément souligné que l'interdiction d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe ne relève pas de l'application des articles 8 et 14, mais uniquement de l'article 12 garantissant le droit pour l'homme et pour la femme de se marier⁷²⁸. Elle a cependant considéré que si cette ouverture est possible, le refus ne heurte pas cette dernière disposition⁷²⁹. Ainsi, si la Cour de cassation avait écarté la loi marocaine prohibitive sur le fondement des articles 8 et 14 ou bien de l'article 12 de la Convention, elle aurait interprété ces textes de manière extensive

⁷²⁶ Cass. fr., Civ. 1^e, 28 janvier 2015, n° 13-50059, préc.

⁷²⁷ V. *supra*, § 271 et s.

⁷²⁸ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, §§ 87-95, préc. V. les considérations critiques que nous avons développées à ce sujet *infra*, § 649.

⁷²⁹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, § 61, préc.

par rapport à la lecture que la Cour européenne des droits de l'homme en donne. Il ne serait en effet pas possible de soutenir que l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe est imposée par ces dispositions d'égalité, telles qu'interprétée par la Cour de Strasbourg. Le même raisonnement pourrait être suivi si les juges se fondaient sur l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. La Cour de justice a en effet affirmé, dans l'arrêt *Coman*⁷³⁰, l'absence d'obligation pour les États membres d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe. Seule la conception française de l'égalité était alors en jeu dans l'arrêt du « mariage franco-marocain entre personnes du même sexe »⁷³¹. Cela explique ainsi l'impossibilité de fonder cette décision sur une disposition d'égalité supranationale, et, par là, le choix de ne pas mentionner de manière explicite la conception de l'égalité de l'ordre juridique français. Cette absence tient en conclusion à une question de technique juridique et non pas à une question de politique juridique.



330. Il résulte de ce qui précède que les exigences auxquelles les normes étrangères sont susceptibles d'être confrontées en matière familiale sont définies de manière plus ou moins autonome par chaque autorité compétente à cet égard. Elles ne partagent donc pas avec le principe d'égalité le caractère international de ce dernier. Le postulat sur lequel repose l'idée de la convergence entre les solutions appelées par la garantie de la continuité des situations et la protection du principe d'égalité mérite donc d'être contesté. Si les contenus de l'égalité sont définis par chaque autorité, cela signifie qu'ils divergent potentiellement d'une autorité à l'autre et, *a fortiori*, d'un ordre juridique à l'autre, ce qu'il conviendra de vérifier par la suite. La présomption d'uniformité des solutions auxquelles conduit la protection du principe d'égalité au sein de l'ensemble des ordres juridiques dans le monde qui le garantissent mérite donc d'être contestée.

Par ailleurs, les cas de contrôle de conformité des normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité du for dans la jurisprudence ne se limitent pas aux cas où le principe d'égalité ou une disposition d'égalité sont spécifiquement mentionnés. La référence faite à l'ordre public international doit en effet parfois s'entendre comme étant faite aux exigences

⁷³⁰ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne* (par la suite *Coman*), aff. C-673/16, D., 2018, p. 1674, n. Fulchiron et A. Panet, *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 816, n. P. Hammje, *AJ fam.*, 2018, p. 404, obs. G. Kessler, *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. Usunier, *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. E. Pataut.

⁷³¹ Selon le nom attribué à cet arrêt dans le communiqué de presse de la Cour de cassation, disponible à l'adresse https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/dite_mariage_30975.html [dernière consultation le 16 novembre 2020].

substantielles d'égalité du for. En règle générale, le principe d'égalité ou une disposition d'égalité sont explicitement mentionnés lorsque les exigences substantielles d'égalité en cause dans un litige ont été définies au niveau supranational, notamment par la Cour européenne des droits de l'homme. Ce choix peut alors s'expliquer par la volonté de faciliter un éventuel contrôle de la part des juridictions supranationales du respect par la France de ses engagements internationaux. Cela nous conduit ainsi à infirmer l'hypothèse du caractère limité des contenus de l'égalité dont le respect est susceptible de s'imposer en droit international privé de la famille. La conciliation du souci de respecter ces derniers et de garantir la continuité des situations ne peut donc pas trouver son fondement comme cela avait été envisagé, en dépit de l'absence d'internationalité des exigences substantielles d'égalité. Les contenus de l'égalité dont le respect est susceptible d'être vérifié ne sont pas numériquement limités. En conséquence, les cas où le respect de ces derniers risque de conduire à la discontinuité des situations ne peut pas être considéré *a priori* comme négligeable.

331. Par ailleurs, des dérogations au respect de ces exigences substantielles d'égalité de l'ordre juridique du for sont susceptibles d'être acceptées. Leur admissibilité est encore une fois décidée par chaque autorité compétente pour définir les contenus de l'égalité. Cela accroît donc ultérieurement la variabilité potentielle des solutions que ces dernières peuvent adopter au nom du même principe.

§2) Les dérogations aux exigences substantielles d'égalité

332. Si le juge confronté aux normes étrangères s'assure de la conformité de ces dernières aux exigences substantielles d'égalité du for, cela n'exclut pas que des dérogations puissent être admises à leur respect.

La dérogation dont il est question ici est donc distincte de celle qui a été précédemment présentée. La première servait dans le cadre du travail de concrétisations des dispositions d'égalité et permettait de déroger à la règle de l'égalité de traitement.

Ici, il n'est plus question de définir les contenus de l'égalité, mais de les employer dans les cadres des litiges privés internationaux. La logique suivie dans les deux cas est cependant la même. L'introduction des dérogations permet de mettre en balance les différents intérêts en présence.

333. Plus exactement, à ce stade, le souci de la conformité des normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité du for peut se heurter à des intérêts contradictoires. La

condition de la pertinence du motif de dérogation réside encore une fois en sa qualification de but légitime. La précision qui s'impose, lorsqu'il est question de confronter une norme étrangère aux contenus de l'égalité du for, est que les cas de dérogation admis sont définis par les autorités législatives et juridictionnelles du for. Les dérogations retenues par les ordres juridiques étrangers ne sont en revanche pas pertinentes **(I)**. Les finalités dont la protection peut amener à une dérogation sont celles qui coexistent en droit international privé. Elles mêlent les finalités tenant à la conception de la justice propre à cette matière, oscillant entre le souci de la continuité des situations et la protection de la cohésion interne, et les finalités liées à la conception matérielle de la justice, orientées vers la protection des droits fondamentaux et prenant en compte le souci d'équité **(II)**.

I) La protection d'un but légitime

334. **L'exemple de l'arrêt *Vialaron*.** - L'arrêt *Vialaron*⁷³², rendu par la Cour de cassation française le 24 février 1998, permet de mettre en lumière que la dérogation aux exigences substantielles d'égalité du for est admissible si cela permet de poursuivre un but légitime. Cette affaire concernait une question de liquidation de régime matrimonial pour laquelle la loi applicable, la loi suisse, introduisait une différence de traitement entre les époux. Cette législation disposait notamment que le bénéfice de l'union conjugale devait être réparti à concurrence de deux tiers pour le mari et d'un tiers pour l'épouse.

Dans cette affaire, la Cour d'appel de Chambéry n'avait pas considéré la loi suisse comme étant contraire au principe d'égalité et la Cour de cassation a cassé l'arrêt en se limitant à souligner le caractère discriminatoire de la loi suisse sur le fondement de l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH.

335. La doctrine a mis en avant l'arrêt rendu par la Cour de cassation en tant qu'exemple de l'application immédiate d'un droit fondamental et notamment du principe d'égalité des époux, notamment en opposition par rapport à la protection de ce principe par le biais de l'exception d'ordre public⁷³³. L'intérêt de cet arrêt ne se limite cependant pas là. Il permet en effet de comprendre également quelles conditions doivent être respectées pour qu'une norme étrangère puisse être considérée comme conforme aux exigences substantielles d'égalité du for. Plus

⁷³² Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 1998, n°s 95-18646 et 95-18647, *Vialaron*, *JCP*, 1998, II, 10175, p. 1912, n. Th. Vignal.

⁷³³ Voir les notes de B. AUDIT, *D.*, 1999, p. 290, de E. KERCKHOVE, *JDI* 1998, pp. 730-736, spéc. p. 730, et de Th. VIGNAL, *JCP* 1998, II, 10175, ss. Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 1998, *Vialaron*, n°s 95-18646 et 95-18647, préc.

particulièrement, il apporte un éclairage sur les possibilités d'admettre des dérogations à ces dernières.

Pour le comprendre, il convient de souligner que la décision de la Cour d'appel était fondée sur la possibilité d'admettre en droit français des dérogations à l'égalité des époux relativement à la liquidation du régime matrimonial. La Cour de cassation explique que les juges du fond avaient considéré que la loi suisse « n'[était] pas contraire à la conception française de l'ordre public international dès lors que la loi française autoris[ait] les époux à déroger au partage égal »⁷³⁴. Ainsi, la Cour d'appel a recherché si la différence de traitement introduite par le droit suisse pouvait être considérée comme justifiée et a apporté une réponse affirmative.

336. Cela laisse comprendre que la Cour d'appel avait relevé qu'en principe selon l'ordre juridique français les époux devaient faire l'objet d'un traitement identique. Les juges se sont néanmoins intéressés à la question de savoir si, en matière de liquidation du régime matrimonial et de partage des biens, des dérogations étaient admises en droit interne. Or, l'article 1520 du Code civil français apportait, et apporte toujours, une réponse affirmative à cette question⁷³⁵. La Cour d'appel en a donc déduit que la loi suisse n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international du fait que le droit interne admettait des dérogations au principe du partage égal des biens entre époux. Elle a ainsi implicitement considéré qu'il était possible d'admettre des dérogations à l'égalité autres que celles prévues par le droit interne, et notamment des dérogations provenant de la loi étrangère. La loi suisse, applicable en l'espèce, introduisait en effet une différence de traitement. La Cour d'appel a cependant considéré que l'admission d'une dérogation à l'égalité des époux en l'espèce permettait de résorber la contrariété de la loi étrangère à cette dernière.

337. La Cour de cassation casse cependant cet arrêt en considérant qu'« en statuant ainsi, par application des dispositions de la loi suisse applicable, en ce qu'elles imposaient une discrimination à l'encontre de la seule épouse » la Cour d'appel a violé l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH.

Il est possible de montrer que ce que la Cour de cassation sanctionne est l'appréciation que la Cour d'appel a donné des éléments permettant de déroger aux exigences substantielles d'égalité du for.

338. **La définition par le for des cas d'admissibilité des dérogations.** - Nous venons de voir

⁷³⁴ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 24 février 1998, *Vialaron*, n°s 95-18646 et 95-18647, préc.

⁷³⁵ Cet article dispose en effet que « les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi ».

que les juges du fond ont considéré qu'une différence de traitement introduite par un droit étranger pouvait être considérée comme justifiée. Autrement dit, ils ont considéré qu'à partir du moment où une dérogation à l'égalité était admise en droit interne en matière de liquidation du régime matrimonial, toute dérogation pouvait l'être en ce domaine. Cependant, il a déjà été montré que, pour que cela soit le cas, le motif analysé doit être considéré comme d'intérêt général⁷³⁶. Cela nous amène notamment à montrer que la Cour de cassation a cassé cet arrêt puisque, contrairement à ce qu'ont retenu les juges du fond, seuls les cas de dérogation admis par le for conduisent à admettre des entorses au respect des exigences substantielles d'égalité.

339. La non-pertinence de l'admission d'une dérogation par la loi étrangère. - L'élément sur lequel la Cour d'appel avait fondé sa décision, c'est-à-dire le fait que le droit interne admettait des dérogations à l'identité de traitement dans le partage des biens entre les époux, n'était pas inexact en soi. Nous avons déjà précisé que l'article 1520 du Code civil va précisément dans ce sens⁷³⁷. La possibilité de prévoir un partage inégal des biens entre l'époux et l'épouse caractérise néanmoins une exception au respect de l'identité de traitement que l'ordre juridique français garantit à ces catégories. Pour que cette possibilité puisse être admise, elle doit alors poursuivre un but légitime. Monsieur KERCKHOVE a rappelé quel était le but d'admettre un partage inégal des biens entre les époux. Il soulignait notamment que « l'objet de la clause du partage inégal est d'avantager le conjoint ou de corriger l'inégalité résultant de la mise en communauté d'apports de valeur différente »⁷³⁸. Or, comme le souligne Monsieur KERCKHOVE, l'ancienne législation suisse favorisait systématiquement le mari⁷³⁹. Une compensation attribuée à un époux selon son sexe ne pouvait pas permettre d'atteindre le but fixé par la loi française, à savoir celui de rééquilibrer les finances des époux. Si en effet la femme avait été le conjoint ayant apporté la plus grande valeur à la communauté, le partage inégal en sa faveur n'aurait pas pu avoir lieu en application de la loi suisse. Il est ainsi possible de considérer que la décision de la Cour de cassation d'évincer l'application de la loi suisse procède du fait que celle-ci ne permettait pas de poursuivre le but que la loi française fixait, et qui seul aurait permis d'admettre une dérogation à l'égalité des époux.



⁷³⁶ V. *supra*, § 208 et s.

⁷³⁷ V. *supra*, § 336.

⁷³⁸ E. KERCKHOVE, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{er}, 24 février 1998, *Vialaron*, *JDI*, n° 3, 1998, pp. 730-736, spéc. p. 735.

⁷³⁹ *Idem*.

340. Il est ainsi possible de tirer de cet arrêt une confirmation du fait que les seuls cas d'admissibilité des dérogations pertinents pour apprécier la compatibilité d'une norme étrangère avec les exigences substantielles d'égalité du for sont ceux que les autorités de l'ordre juridique du for définit et sont donc potentiellement variables d'un ordre juridique à l'autre.

II) La protection d'autres intérêts du droit international privé

341. Il vient d'être observé qu'une dérogation aux contenus de l'égalité du for est justifiée si elle contribue à protéger un but légitime et que les autorités de chaque ordre juridique national ou supranational compétentes à cet égard déterminent les cas d'admission des dérogations. Il convient ainsi de s'intéresser à l'identification des motifs qui peuvent être considérés comme dignes de protection par les ordres juridiques français et italien et qui permettent de déroger à l'exigence de conformité des normes étrangères aux contenus de l'égalité du for. Pour ce faire, il convient d'aller à la source de la définition de tout motif d'intérêt général. Ces derniers sont en effet caractérisés par le but partagé de poursuivre l'idéal de justice tel que le for le définit, ce qui en droit international privé se décline dans la conception de droit international privé de la justice, ainsi que dans la conception matérielle de la justice **(A)**. Chacune de ces conceptions véhicule des intérêts dont la protection est susceptible d'amener à déroger aux exigences substantielles d'égalité du for, lorsqu'ils commandent des solutions opposées **(B)**.

A) Des dérogations liées à la conception de la justice

342. **À la source des motifs de dérogation, la poursuite du « juste ».** - Dès l'introduction de cette étude, il a été souligné que le fait même qu'un ordre juridique consacre et protège le principe d'égalité vient répondre à une certaine idée de la justice⁷⁴⁰. Néanmoins, dans certains cas, les autorités du for peuvent considérer que la poursuite de ce même idéal commande précisément de déroger à l'exigence d'égalité qu'il a définie. L'égalité n'est en effet que l'une des multiples facettes de la justice⁷⁴¹. Dès lors, il est possible de considérer que les buts permettant de déroger à l'égalité sont orientés vers la poursuite du juste, tel que l'ordre juridique le conçoit. En droit international privé, cet objectif peut être poursuivi en suivant deux logiques distinctes, à savoir celle de la justice matérielle et celle de la justice de droit international privé.

343. **Les intérêts liés à la conception matérielle de la justice.** - Nous avons pu voir dans

⁷⁴⁰ V. *supra*, § 5.

⁷⁴¹ Pour aller plus loin v. P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, op. cit.

l'introduction de la présente étude que les notions de justice matérielle et de justice de droit international privé ont été empruntées par KEGEL à la doctrine américaine⁷⁴².

L'apparition de la protection de la conception matérielle de la justice a été présentée comme une nouveauté en la matière, en ce qui concerne notamment la possibilité de prendre en compte cette conception de la justice dès le stade de l'élaboration de règles de conflit⁷⁴³. Cela n'a jamais signifié pour autant que la protection de cette idée de la justice était inconnue auparavant en droit international privé. Au contraire, la protection de la conception matérielle de la justice du for est depuis toujours au cœur de la volonté de faire obstacle à la pénétration de logiques juridiques considérées comme contraires aux valeurs essentielles du for. Plusieurs éléments viennent composer la conception matérielle de la justice. Du point de vue des ordres juridiques français et italien, il peut s'agir des droits fondamentaux, parmi lesquels figure le principe d'égalité lui-même. Le droit au respect de la vie privée et familiale et le respect de l'intérêt de l'enfant ressortent notamment en matière familiale à cet égard. Le droit à la libre circulation dans l'Union européenne en fait également partie. Enfin, le souci d'équité peut parfois amener les juges de ces pays à déroger aux contenus de l'égalité du for.

344. Les intérêts liés à la conception de droit international privé de la justice. - Des expressions de la conception de la justice de droit international privé peuvent également justifier l'admission d'entorses au respect des exigences substantielles d'égalité du for. Les intérêts en cause en la matière ont trait à l'harmonie internationale des solutions, à la cohésion interne de l'ordre juridique du for et à leurs corollaires de l'effectivité des situations et de la prévisibilité des solutions⁷⁴⁴.

⁷⁴² V. *supra*, § 4.

⁷⁴³ P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n° 2, p. 129.

⁷⁴⁴ À la lumière de la multiplicité des définitions qui ont été données des objectifs et intérêts coexistant en la matière (v. notamment les propositions de définition et de systématisation offertes par la doctrine, e.a., R. DE NOVA, « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *Rev. crit. DIP*, 1948, pp. 179-203 ; P.-G. VALLINDAS, « Le droit international privé dans le Code civil hellénique », *RIDC*, n° 1, 1949, pp. 95-104 ; W. WENGLER, « Les principes généraux du droit et leurs conflits », *S.*, 1952, pp. 595-622, *ibid.*, 1953, pp. 37-60 ; W. GOLDSCHMIDT, « Système et philosophie du droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1955, pp. 639-667, *idem*, 1956, pp. 21-41 et p. 223-244 ; H. BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *RCADI*, vol. 97, 1959, pp. 435-593 ; H. YNTEMA, « Les objectifs du droit international privé », *S.*, 1959, pp. 1-29 ; G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *op. cit.*, pp. 91-268 ; G. VAN HECKE, « Principes et méthodes du droit international privé », *RCADI*, 1969, vol. 126, pp. 399-569), le choix a été fait de nous référer au travail d'explication et de synthèse proposée par Madame NAJM. (M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, *op. cit.*, pp. 77-90). L'auteure a notamment recherché les principes directeurs du droit international privé. Elle dénomme le principe d'harmonie internationale des solutions le « principe de continuité des situations juridiques » (*ibid.* p. 77). À côté de celui-ci, Madame NAJM définit les principes de « cohérence des situations juridiques » et de la « cohésion de l'ordre juridique du for » (*ibid.*, pp. 80-83), qui sont souvent regroupés sous l'appellation unique de la cohésion de l'ordre juridique interne (V. e.a., F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, pp. 177-179 ; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 213).

Ces intérêts peuvent cependant commander des solutions divergentes relativement à une même espèce. Certains d'entre eux sont d'ailleurs toujours satisfaits par l'application de la loi étrangère ou par la reconnaissance de la décision étrangère. Tel est par exemple de la finalité de l'harmonie internationale des solutions. D'autres en revanche, et notamment le souci de la cohésion interne de l'ordre juridique, amènent l'ordre juridique à se fermer aux normes étrangères.

Lorsque la solution que commande la protection d'un contenu de l'égalité est opposée à la solution prospectée par d'autres expressions de la conception de la justice du for, une mise en balance sera nécessaire. Lorsque le législateur ou le juge considère que le souci de protéger ces autres composantes de la conception de la justice prime sur le souci de respecter une exigence substantielle d'égalité, une dérogation à cette dernière sera admise.



345. La protection de certains volets de la justice matérielle autre que l'égalité, ainsi que la protection de la justice de droit international, peut donc permettre de déroger aux contenus de l'égalité de l'ordre juridique de référence. Il convient donc de comprendre si et comment la protection de ces différents intérêts peut amener une dérogation.

B) Les motifs de dérogation

346. La protection d'intérêts liés à la conception matérielle de la justice **(1)** et à la conception de droit international privé de la justice **(2)** est susceptible de constituer un motif de dérogation aux exigences substantielles d'égalité dans les hypothèses où ils appellent des solutions opposées par rapport à ces dernières.

1) Les motifs liés à la conception matérielle de la justice

347. Parmi les motifs de justice matérielle susceptibles de conduire les juges, confrontés à des normes étrangères, à déroger à des exigences substantielles d'égalité du for, il est possible de mentionner le souci d'équité **(a)** et la nécessité de respecter d'autres droits fondamentaux que le principe d'égalité **(b)**.

a) L'équité

348. En reprenant l'analyse de l'arrêt *Vialaron*, précédemment présenté⁷⁴⁵, il convient de rappeler que la doctrine a explicité la finalité poursuivie par le législateur français lorsqu'il a introduit la possibilité de prévoir un partage inégal des biens entre les époux. Monsieur KERCKHOVE souligne à ce sujet que « l'objet de la clause du partage inégal est d'avantager le conjoint ou de corriger l'inégalité résultant de la mise en communauté d'apports de valeur différente »⁷⁴⁶. Il s'agit, autrement dit, de l'admission d'une dérogation à une exigence d'égalité du for dans un but d'équité. Nous avons à ce titre déjà pu considérer que si la différence de traitement introduite par une loi étrangère permettait d'atteindre ce but – ce qui n'était pas le cas de l'ancienne législation suisse applicable dans l'affaire *Vialaron*⁷⁴⁷ – la dérogation aux contenus de l'égalité du for aurait pu être admise.

349. L'équité constitue ainsi un but légitime permettant de déroger à la conception française de l'égalité⁷⁴⁸. Lorsque le respect des exigences substantielles d'égalité du for conduit à un traitement considéré inéquitable par les juges, ces derniers peuvent admettre une solution non conforme aux premières, mais considérée comme équitable. Cela peut notamment se produire lorsque le refus d'admettre la validité d'une situation créée à l'étranger ou d'en faire produire des effets aurait comme conséquence d'aggraver la situation de la partie discriminée. Il convient d'évoquer à ce sujet les cas des demandes de reconnaissance de la validité ou de l'admission d'effets des unions polygamiques.

350. **Le cas de la polygamie.** - Du point de vue du respect des exigences substantielles d'égalité du for, la polygamie caractérise une situation discriminatoire dans la mesure où il s'agit systématiquement de lois permettant la polygynie et non pas également la polyandrie⁷⁴⁹. Or, si l'application de la loi étrangère conduisant à valider cette union, et notamment la loi nationale des époux, devait être écartée en raison de sa contrariété au principe d'égalité, l'union ne serait pas reconnue. Dans l'optique d'un ordre juridique retenant une conception

⁷⁴⁵ V. *supra*, § 334 et s.

⁷⁴⁶ E. KERCKHOVE, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 24 février 1998, *Vialaron*, *op. cit.*, pp. 730-736, spéc. p. 735.

⁷⁴⁷ V. *supra*, § 339.

⁷⁴⁸ En ce sens, P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁴⁹ Comme le soulignent B. ANCEL, « Le droit international privé français contemporain face aux conjugalités exorbitantes », in Dossier : « Creencias religiosas y derecho », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n° 11, 2008, pp. 9-30 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 654, § 780 ; B. BAREL, S. ARMELLINO, *Diritto internazionale privato : manuale breve tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, *op. cit.*, p. 82 et s. ; M. FARGE, « L'universalité des droits de l'homme au prisme du Droit international privé des personnes et de la famille », *op. cit.*, § 42.

monogamique du mariage, la seconde épouse, déjà lésée du seul fait de ne pas être l'épouse unique d'un homme, le serait ainsi davantage. En effet, à moins que l'on puisse lui accorder le bénéfice de la putativité du mariage, le refus de reconnaître la validité de l'union empêche de lui attribuer les droits découlant du mariage⁷⁵⁰. Ainsi, si l'ordre juridique du for sanctionnait la contrariété de l'union au principe d'égalité des sexes, cela aurait pour conséquence de priver l'épouse polygame de droits qu'elle est susceptible de se voir reconnaître si l'inégalité de traitement entre les sexes est tolérée par les juges⁷⁵¹. Il est ainsi possible de considérer que des raisons d'équité ou, pour citer Monsieur FARGE, de « justice élémentaire »⁷⁵² contribuent aux décisions des juges, notamment français⁷⁵³, d'admettre la validité de ces unions célébrées à l'étranger et d'admettre qu'elles produisent des effets⁷⁵⁴.



351. Un autre motif de dérogation tenant à la conception matérielle de la justice du for mérite d'être mentionné à côté de l'équité. Il s'agit de la nécessité de protéger d'autres droits fondamentaux que les exigences substantielles d'égalité du for, là où les premiers commandent une solution opposée aux secondes.

b) Le respect d'autres principes essentiels et droits fondamentaux

352. Le respect de principes essentiels et droits fondamentaux autres que la conception de l'égalité du for peut commander des solutions opposées à celles que dicterait cette dernière. Parmi les droits fondamentaux pertinents en matière familiale, il est possible de mentionner le

⁷⁵⁰ Concernant la volonté de protéger la première épouse française dont la Cour de cassation a pu faire preuve, ainsi que le tempérament introduit par la deuxième chambre civile concernant le partage du droit à la pension de réversion entre les épouses, v. *infra*, § 967 et s.

⁷⁵¹ En ce sens, F. PASTORE, « Famiglie immigrate e diritti occidentali : il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia », *RDI*, n° 1, 1993, pp. 73-117, spéc. p. 116.

⁷⁵² M. FARGE, « L'universalité des droits de l'homme au prisme du Droit international privé des personnes et de la famille », *op. cit.*, § 42.

⁷⁵³ Il ne semble pas que les juges italiens aient été, pour l'heure, confrontés à un mariage polygynique célébré à l'étranger.

⁷⁵⁴ Faisant jouer l'effet atténué de l'ordre public, v. Cass. fr., Civ., 28 janvier 1958, *Chemouni*, *D.* 1958, p. 265, n. R. Lenoan, *JCP*, 1958, II, 10488, n. P. Louis-Lucas, *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 110, n. R. Jambu-Merlin, *JDI*, 1958, p. 776, n. A. Ponsard, *GADIP*, préc., n° 30 ; Cass. fr., Civ., 3 janvier 1980, *Beneddouch*, *GADIP*, préc. n° 61, p. 357 s., *Rev. crit.*, 1980, p. 331, n. H. Batiffol, *JDI*, 1980, p. 327, n. M. Simon-Depitre ; *D.*, 1980, p. 549, n. Poisson-Drocourt ; Cass. fr., Civ. 1^{re}, 17 février 1982, *Baaziz*, *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 275, n. Y. Lequette ; CA Paris, 8 novembre 1983, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 475, n. Y. Lequette, *JDI*, 1984, p. 881, n. M. Simon-Depitre ; Cass. fr., Civ. 2^e, 19 janvier 2006, *D.*, 2006, p. 2454, n. Bidaud-Garon. Faisant jouer la théorie des droits acquis v. TGI Lyon, 20 novembre 1975, *Rev. crit. DIP*, 1976, p. 477, n. P. Lagarde, *JDI* 1976, p. 675, n. D. Mayer ; Cass. fr., Soc., 5 mars 1992, n° 90-10575 ; CA Orléans, 3 décembre 2002, *JCP G*, 2003, IV, 2545 ; Cass. fr., Civ. 2^e, 14 février 2007, n° 05-21816, *JDI*, 2007, p. 933, n. B. Bourdelois ; *Dr. fam.*, 2007, comm. 99, note A. Devers. Cass. fr., Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418, *Dr. fam.*, 2007, comm. 182, n. A. Devers.

droit à la vie privée et familiale ou l'intérêt de l'enfant garantis par l'article 8 de la CESDH, ou encore le droit à la libre circulation des citoyens européens au sein de l'Union. Des dérogations aux exigences substantielles d'égalité peuvent être admises au nom de ces derniers. En revanche, en raison de la multitude des principes susceptibles d'être considérés comme essentiels dans un ordre juridique, nous nous limiterons à en mentionner certains. Rappelons, à titre d'exemple, que le principe de l'indisponibilité du corps humain, de l'indisponibilité de l'état des personnes et la dignité de la personne humaine sont des principes que les juges français et italiens ont pu mettre en balance avec le principe d'égalité en matière d'établissement et de reconnaissance de la filiation à la suite du recours à des mères porteuses à l'étranger⁷⁵⁵.

353. **Droit à la vie privée et familiale et libre circulation.** - Dans la dernière partie de cette étude, lorsqu'il sera question de définir les conditions auxquelles le respect d'une exigence substantielle d'égalité commande de reconnaître des situations créées à l'étranger, il sera possible de voir que l'opposition entre le droit à la vie privée et familiale ou le droit à la libre circulation et les contenus de l'égalité du for peut notamment avoir lieu lorsque le respect de ces derniers exigerait de refuser la reconnaissance de situations créées à l'étranger. Il sera en effet possible de montrer qu'à la différence des contenus de l'égalité, le respect du droit à la vie privée et familiale et du droit à la libre circulation peut uniquement commander la reconnaissance de situations créées à l'étranger⁷⁵⁶. Donnons-en quelques exemples.

354. Voici le cas d'un homme ayant répudié sa femme et s'étant remarié, ou le cas d'une femme répudiée par son ex-époux et s'étant remariée. Si la reconnaissance de la nouvelle union était demandée en France, une question préalable pourrait se poser⁷⁵⁷. Il s'agit de la reconnaissance de la répudiation. Dans un tel cas de figure, le respect de l'exigence d'égalité des époux commanderait de refuser de reconnaître la répudiation. Le respect du droit à la vie privée et familiale de l'homme ainsi que de sa nouvelle épouse, ou encore de la femme, ainsi

⁷⁵⁵ V. *supra*, § 300.

⁷⁵⁶ V. *infra*, § 1217 et s.

⁷⁵⁷ V. à ce sujet, Ph. FRANCESCAKIS, « Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité », *RabelsZ*, 1958, pp. 466-497 ; P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit. DIP*, 1960, pp. 459-484 ; W. WENGLER, « Nouvelles réflexions sur les questions préalables », *Rev. crit. DIP*, 1966, pp. 165-215 ; E. AGOSTINI, « Les questions préalables en droit international privé », in Centre culturel Calouste Gulbenkian, *Droit international et droit communautaire. Actes du Colloque de Paris des 5-6 avril 1990*, Fondation Calouste Gulbenkian, Paris, 1991, pp. 25-32 ; S. CORNELOUP, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *TCFDIP*, 2010-2012, pp. 189-229 ; U. VILLANI, « La questione preliminare », in U. VILLANI, M. DI FABIO, F. SBORDONE, *Nozioni di diritto internazionale privato – Parte generale e obbligazioni*, Esi, Naples, 2013, p. 40 et s. ; P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Jovene, Naples, 1971.

que de son nouveau conjoint, commanderait en revanche d'admettre la validité de la répudiation.

355. De même, le respect d'une exigence de différence de traitement, telle que l'interdiction de mariage opposée à un couple de même sexe, ou la prohibition de conclure un partenariat enregistré en Italie pour un couple de sexe opposé, commanderait de refuser que ces unions pénètrent dans cet ordre juridique, tandis que le respect du droit à la vie privée et familiale ou le droit à la libre circulation au sein de l'Union européenne pousseraient dans le sens de la reconnaissance des droits attachés aux statuts personnels valablement acquis à l'étranger. C'est d'ailleurs sur le premier de ces deux fondements que la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁵⁸ a sanctionné le refus d'inscrire à l'état civil un mariage entre personnes de même sexe. Sur la base du second fondement, la Cour de justice⁷⁵⁹ a en revanche exigé la reconnaissance du statut de conjoint valablement acquise à l'étranger aux fins de la garantie du droit des citoyens européens à la libre circulation.

356. **L'intérêt de l'enfant.** - Le respect de l'intérêt de l'enfant peut également conduire à déroger à un contenu de l'égalité. Le juge confronté à une loi étrangère attribuant automatiquement la garde de l'enfant à l'un des parents en raison de son sexe introduit une différence de traitement là où les ordres juridiques français et italiens prévoient désormais une identité de traitement. La loi étrangère serait donc en principe contraire à l'exigence d'égalité du for. Elle pourrait néanmoins être appliquée si, dans le cadre d'un contrôle *in concreto*, en l'espèce l'intérêt de l'enfant commandait de confier ce dernier au parent désigné par la loi étrangère discriminatoire.

357. **La mise en balance.** - Dans l'ensemble de ces cas, une mise en balance est nécessaire. Une dérogation à l'exigence substantielle d'égalité au nom d'un autre droit fondamental ou principe essentiel de l'ordre juridique du for est donc susceptible d'être admise. Tel est notamment le cas lorsque la protection de ces derniers est considérée comme prééminente par les juges.

Soulignons au passage que cette prééminence peut résulter du fait que la prise en compte d'autres intérêts, par exemple du souci de continuité du statut personnel, pousse également vers la solution opposée à celle que commanderait le respect du contenu de l'égalité.

⁷⁵⁸ CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n^{os} 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc.

⁷⁵⁹ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, préc.



358. Nous venons de voir que des dérogations aux exigences substantielles d'égalité peuvent être motivées par la protection d'autres volets que l'égalité de la conception matérielle de la justice de l'ordre juridique du for. L'équité, les droits fondamentaux et certains principes essentiels de l'ordre juridique ont pu être mentionnés à cet égard.

Un autre ordre de motifs de dérogation doit également être mentionné. Il s'agit de la protection de la justice de droit international privé.

2) Les motifs liés à la conception de droit international privé de la justice

359. La prise en compte de l'exigence de garantir la continuité des situations peut passer par la reconnaissance des situations créées à l'étranger ou par la limitation des hypothèses de création d'une situation dans l'ordre juridique du for pour éviter de créer des situations boiteuses⁷⁶⁰.

Doivent également être mentionnés d'autres intérêts qui, en fonction des espèces, peuvent commander tantôt l'ouverture tantôt la fermeture aux normes étrangères, tels que la sécurité juridique et le respect des légitimes prévisions des parties⁷⁶¹.

Par simplicité, lorsque la prise en compte des intérêts en cause dans une espèce commande de reconnaître une situation créée à l'étranger ou de limiter les hypothèses de création d'une situation dans l'ordre juridique du for, référence sera faite à la primauté donnée au souci de la continuité des situations, généralement entendue.

360. Le souci de garantir la continuité peut rentrer en conflit avec la solution commandée par le respect des exigences substantielles d'égalité du for. Deux cas doivent être distingués à cet égard. D'un côté, le respect de ces dernières peut impliquer de refuser la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger, là où le souci de la continuité des situations appellerait la

⁷⁶⁰ V. en ce sens, S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., p. 235, § 229 ; L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, op. cit., pp. 559-560, §§ 730-731 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 290, § 332 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, op. cit., pp. 117-118 ; D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », op. cit., pp. 882-898, spéc. § 14 ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, op. cit., p. 426 et s. V. également à cet égard CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, préc. et la lecture qu'en donne S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », op. cit., pp. 111-131, spéc. pp. 123, 129 et 130.

⁷⁶¹ À ce sujet v. B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, op. cit., pp. 791-804 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., p. 166 et s.

reconnaissance. D'un autre côté, les exigences d'identité de traitement peuvent commander la création d'une situation dans le for, là où le souci de continuité des situations voudrait que ces hypothèses soient limitées. Deux exemples permettront d'illustrer ces confrontations.

361. Le refus de reconnaissance au nom de contenus de l'égalité. - Aussi bien le respect d'exigences d'identité que de différence de traitement peut commander de refuser la reconnaissance de situations créées à l'étranger, contrairement à ce que la garantie de la continuité des situations prescrirait.

Les répudiations prononcées à l'étranger constituent l'exemple par excellence de l'hypothèse où le respect d'une exigence d'identité de traitement, et notamment celle des époux relativement au droit au divorce, implique de refuser la reconnaissance d'un jugement étranger⁷⁶². La prise en compte du souci de garantir la continuité des situations pousse cependant les juges français à rechercher un compromis entre ces deux intérêts discordants. Une condition de proximité avec l'ordre juridique français au déclenchement de l'exception d'ordre public a été posée dans la jurisprudence. Depuis 2004, les juges soulignent que la « répudiation unilatérale du mari [...] est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, reconnu par l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et à l'ordre public international réservé par l'article 1er d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, *dès lors que, comme en l'espèce, la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français* »⁷⁶³. La doctrine souligne que cette condition de proximité a été posée dans le but de prendre en compte la « relativité des situations internationales »⁷⁶⁴. Cela permet en effet de laisser une place au souci de la continuité des situations, notamment dans les cas où cette condition de proximité ne serait pas remplie. Ainsi, si les juges français étaient confrontés à un cas où l'épouse n'était pas domiciliée en France, il n'est pas exclu que la répudiation soit reconnue⁷⁶⁵. D'ailleurs, en Italie en 2008, la Cour d'appel

⁷⁶² Les raisons pour lesquelles les répudiations contrastent avec l'exigence d'identité de traitement des époux seront analysées par la suite. V. *infra*, § 997 et s.

⁷⁶³ La formule est ici tirée de l'arrêt Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 2004, n° 02-11618, préc. V. également, le même jour, l'arrêt n° 01-11549, (mêmes références bibliographiques) ; Cass. fr., Civ. 1^e, 10 mai 2006, n° 04-19444, préc. ; Cass. fr., Civ. 1^e, 23 octobre 2013, n° 12-21344, préc. ; Cass. fr., Civ. 1^e, 4 juillet 2018, n° 17-16102, préc.

⁷⁶⁴ P. COURBE, « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.*, n° 12, 2004, pp. 815-820, spéc. § 14 ; dans le même sens M. FARGE, « La Cour de cassation et la réception de la répudiation musulmane », *JCP G*, 2001, I, 293, p. 253.

⁷⁶⁵ En ce sens, L. GANNAGÉ, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *op. cit.*, pp. 205-241, spéc. p. 218. L'auteure prend l'exemple d'une femme marocaine, résidente au Maroc, demandant la non-reconnaissance du jugement de répudiation afin de se voir accorder une part successorale sur un immeuble situé en France. Elle considère que les juges sont susceptibles de rejeter sa demande.

de Cagliari⁷⁶⁶, confrontée à cette hypothèse, s'est prononcée en ce sens.

362. Le respect d'exigences de différence de traitement peut également commander de refuser la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger. Rappelons que là où un ordre juridique refuse à une catégorie juridique une prérogative reconnue à une autre catégorie, une exigence de différence de traitement est définie par le for⁷⁶⁷. Ainsi, en Italie, la possibilité de conclure des unions civiles a été réservée aux couples de même sexe. La reconnaissance d'une union civile conclue entre personnes de sexe opposé va ainsi à l'encontre de ce contenu de l'égalité, tandis que le souci de garantir la continuité des situations appellerait la reconnaissance. Or, il convient de souligner que par le passé, en matière familiale, la prise en compte de ce seul souci de droit international privé n'a pas toujours suffi à accepter de reconnaître des situations créées à l'étranger. Par exemple, dans l'arrêt du 8 juillet 2010⁷⁶⁸ précédemment présenté⁷⁶⁹, la Cour de cassation a reconnu la décision étrangère d'adoption qui avait pour effet de partager l'autorité parentale entre la mère de l'enfant et sa compagne, là où l'ordre juridique du for réservait ce droit aux couples mariés et donc, à l'époque, entre personnes de sexe opposé. En revanche, les juges italiens ont refusé de reconnaître la validité des mariages célébrés à l'étranger entre personnes de même sexe⁷⁷⁰ ou leurs effets⁷⁷¹, dans la mesure où seul le mariage entre personnes de sexe opposé était admis en Italie. Nous venons cependant de voir que depuis quelques années, le respect de droits fondamentaux est venu s'ajouter aux intérêts dont la prise en compte pousse vers la reconnaissance. Là où le seul souci de la continuité des situations ne suffisait pas à amener les juges nationaux à admettre une dérogation à l'exigence de différence de traitement définie en droit italien, le respect du droit à la vie privée et familiale ou du droit à la libre circulation dans l'Union européenne peut amener les juridictions à se prononcer en ce sens.

363. La création de situations potentiellement boiteuses au nom de contenus de l'égalité.

- La seconde hypothèse dans laquelle les exigences d'identité de traitement du for risquent d'aller à l'encontre du souci de la continuité des situations concerne les cas de création des situations dans l'ordre juridique du for. Il a en effet été montré que des exigences substantielles

⁷⁶⁶ CA Cagliari, 16 mai 2008, n° 198, *JDI*, p. 455, n. A. Marignani.

⁷⁶⁷ V. *supra*, §§ 223 et 224 et s.

⁷⁶⁸ Cass. fr. Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n° 08-21740, préc.

⁷⁶⁹ V. *supra*, § 286 et s.

⁷⁷⁰ Trib. Latina, 31 mai 2005, *Nuova giur. civ. e comm.*, 2006, I, 86, n. F. Bilotta, *Dir. e giust.*, 2005, p. 30, n. G. Dosi, *Dir. fam.*, 2005, 1268, n. P. Cavana, *ibid.*, 2006, I, 606, n. M. Casini e M. L. Di Pietro ; CA Rome, 13 juillet 2006, *Guida al dir.*, 2006, p. 59, n. F. Bilotta ; Cass. it., 14 février 1975, n° 569, *Giust. Civ.*, 1965, I, 993 ; 20 mai 1976, n° 1808, *Giur. it.*, 1977, I, 1378 ; 22 février 1990, n° 1304, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 726. ; 9 juin 2000, n° 7877, *Giust. civ.*, 2000, I, 2897, n. L. Lacroce.

⁷⁷¹ Cass. it., Civ. 1^e, 15 mars 2012, n° 4148, préc.

d'égalité peuvent commander la création de situations⁷⁷². Le risque existe cependant que les situations créées dans le for ne soient pas reconnues à l'étranger. Or, certaines méthodes de droit international privé permettent de se prémunir partiellement contre le risque que les situations créées ne soient pas reconnues à l'étranger, en limitant notamment les hypothèses dans lesquelles la création d'une situation dans le for est possible⁷⁷³. L'ampleur de cette limitation correspond ainsi à la mesure de l'admissibilité des dérogations aux contenus de l'égalité du for au nom de la continuité des situations.

364. L'ordre juridique qui se soucie du risque que les situations qu'il crée ne soient pas reconnues à l'étranger peut prévoir des conditions de proximité subordonnant la création de la situation dans le for. La proximité pourra, par exemple, être recherchée relativement à des ordres juridiques avec lesquels la situation présente un lien particulier, tel que la résidence ou la nationalité. L'application cumulative de plusieurs lois permet ainsi de multiplier le nombre d'ordres juridiques dans lesquels la situation est censée pouvoir être reconnue. Parallèlement, cela augmente le risque de ne pas pouvoir créer la situation dans l'ordre juridique du for. Ces refus impliqueront ainsi d'admettre des dérogations à l'exigence substantielle d'égalité du for qui aurait commandé de créer la situation, au nom de la continuité des situations.

365. Inversement, la disposition de conditions alternatives augmente les possibilités de créer une situation dans le for. Lorsqu'il s'agit d'une situation dont la création n'est pas admise dans de nombreux ordres juridiques, le risque de créer une situation boiteuse est accru. Le souci de la continuité des situations n'est donc pas prééminent dans ce cas. Un exemple en ce sens est fourni par l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil français⁷⁷⁴ relatif à la validité au fond du mariage entre personnes de même sexe. Cette disposition prévoit une série de critères de rattachement alternatifs. Si le mariage est permis par l'une des lois visées par cette disposition, il pourra être célébré en France. Or, en raison du fait que de nombreux ordres juridiques refusent ces unions, il existe le risque que ces dernières, lorsqu'elles sont célébrées en France, ne puissent pas être reconnues à l'étranger. Cette disposition montre que les dérogations à l'exigence d'identité de traitement des couples de même sexe et de sexe opposé relativement

⁷⁷² V. les explications précédentes, §§ 277-280.

⁷⁷³ Ces méthodes, et plus généralement les techniques de droit international privé dont l'emploi affecte les chances qu'une situation créée dans un ordre juridique soit reconnue dans un autre, seront analysées dans la troisième partie de cette étude. V. *infra*, § 856 et s.

⁷⁷⁴ Cet alinéa dispose que « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

au droit au mariage sont réduites⁷⁷⁵, en raison de l'importance attachée à cette réforme⁷⁷⁶.



366. En conclusion, la volonté de garantir la continuité des situations peut amener à reconnaître des situations créées à l'étranger ou à limiter la création de situations dans le for, dans des hypothèses où le respect des contenus de l'égalité commanderait le refus de reconnaissance, ou bien la création, de la situation dans un ordre juridique. Cette possibilité dépend toutefois de la mesure dans laquelle l'ordre juridique du for accepte de faire primer le souci de la continuité des situations sur l'exigence de conformité des normes étrangères aux contenus de l'égalité qu'il définit.

367. Les résultats auxquels peut conduire un contrôle de compatibilité des normes étrangères avec les concrétisations de l'égalité sont donc variables en raison, d'un côté, du fait qu'elles sont définies de manière plus ou moins autonome par chaque autorité nationale ou supranationale compétente à cet égard et, d'un autre côté, de la liberté de ces dernières dans la définition de la mesure de l'admissibilité de dérogations.

⁷⁷⁵ Elles sont néanmoins déplorées par certains. V. B. MATHIEU, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50.059, *op. cit.*, point 22. V. également la critique de S. BOLLÉE, B. HAFTEL, in D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *op. cit.*, pp. 400-412.

⁷⁷⁶ Ce qui conduit à négliger le risque que le mariage célébré soit boiteux. H. FULCHIRON, « Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur à la peine... », *JCP G*, n° 49, 2012, doct. 1317, pp. 2215-2222 ; P. PUIG, « La loi d'ordre public international », *op. cit.*, pp. 91-96, spéc. p. 91 ; A. BOICHÉ, « Aspects de droit international privé », in dossier « Mariage : la réforme ! », *AJ fam.*, n° 6, 2013, p. 362 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, *op. cit.*, pp. 546-547, § 572.

Conclusion du deuxième chapitre

368. Le premier chapitre de cette étude avait amené à comprendre que les contenus de l'égalité auxquels les normes étrangères sont susceptibles d'être confrontées ne peuvent pas être directement tirés des dispositions d'égalité. Ce que le principe d'égalité des droits, les dispositions prohibant la discrimination et le principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive posent, en revanche, est l'exigence de respecter la règle de l'égalité de traitement, dans une mesure qui varie selon le type de disposition d'égalité. Cette règle, rappelons-le, impose le traitement identique des situations comparables et le traitement différent des situations dissemblables à moins qu'une dérogation ne soit admise. Son respect implique ainsi de répondre à un double questionnement. Il impose, premièrement, de savoir si les situations analysées sont comparables ou dissemblables. Il requiert, deuxièmement, de savoir si une dérogation justifie que des situations comparables soient traitées de manière différente ou que des situations dissemblables soient traitées de manière identique.

Les contours de ces étapes ne sont cependant pas toujours discernables. Souvent, c'est en effet de la prévision d'une identité de traitement qu'il sera possible de déduire que deux situations ont été considérées comme comparables. Une différence de traitement peut en revanche, quant à elle, refléter le choix de considérer deux situations comme différentes ou bien d'admettre une dérogation à l'exigence d'identité de traitement des situations comparables.

369. Les contenus de l'égalité, déterminant que des situations données devront être traitées de manière identique, tandis que d'autres devront faire l'objet de traitements distincts, sont ainsi définis en suivant ce chemin intellectuel tracé par la règle de l'égalité de traitement sous-entendue par les dispositions d'égalité précédemment mentionnées. Or, dans la mesure où ces dispositions sont internationalement consacrées, force est de conclure que la règle de l'égalité de traitement et le double questionnement qu'elle implique sont à leur tour internationalement partagés.

Le caractère international des exigences posées par les dispositions d'égalité s'arrête cependant à ce niveau. Les réponses à ces questionnements qui, elles, amènent à concrétiser ces dernières et à définir donc des contenus de l'égalité ne découlent en revanche pas des dispositions d'égalité. Elles découlent de leur mise en œuvre par les autorités législatives et juridictionnelles, nationales et supranationales, compétentes à cet égard, relativement à chaque prérogative.

370. Cette considération nous a notamment amenée à qualifier les exigences découlant de la règle de l'égalité de traitement de « méthodologiques ». Le respect du principe d'égalité

implique de s'interroger sur la comparabilité des situations et sur l'admissibilité de dérogations, sans que ce principe ne fournisse d'indications concernant la question de savoir quelles situations sont comparables et dans quels cas l'admission d'une dérogation se justifie.

371. Si le caractère international des exigences posées par le principe d'égalité s'épuise donc au niveau méthodologique, cela signifie que chaque autorité compétente définit en principe de manière libre les contenus de l'égalité. Chaque autorité peut en effet considérer que deux situations sont comparables ou différentes, exception faite des cas où une prohibition de la discrimination en raison de critères déterminés lie l'ordre juridique en question. Chaque autorité analyse également de manière libre les dérogations possibles au respect de la règle de l'identité de traitement.

372. Il a également été possible de comprendre que la définition des exigences substantielles d'égalité est effectuée à travers la définition des catégories auxquelles une prérogative est attribuée et des catégories auxquelles cette même prérogative est refusée. Cela amène en effet à comprendre quelles catégories font l'objet d'un traitement identique et lesquelles d'un traitement différent relativement à l'attribution d'une prérogative donnée. En matière familiale, la consécration des prérogatives, et donc la définition des exigences substantielles d'égalité, a essentiellement lieu au niveau du droit national de chaque ordre juridique. Les juridictions supranationales et notamment européennes et auxquelles les États doivent se conformer. En ce qui a trait à la matière familiale en France et en Italie, il s'agit notamment de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice. Les autorités étatiques des ordres juridiques sont ainsi influencées par les décisions des juridictions européennes. Les contenus de l'égalité peuvent ainsi avoir une source aussi bien nationale que supranationale.

373. Ces considérations amènent à faire vaciller le postulat de l'équilibre qui semble exister entre le souci de garantir la continuité des situations et la protection du principe d'égalité en droit international privé. Rappelons en effet que l'internationalité du principe d'égalité pourrait laisser croire à l'uniformité des solutions adoptées au nom de ce dernier par chaque ordre juridique qui le garantit. La démonstration du fait qu'en revanche, et à la différence des exigences méthodologiques découlant de ce principe, les exigences substantielles sont librement définies par chaque autorité compétente à cet égard, amène à douter de la convergence supposée entre les solutions adoptées au nom du principe d'égalité et les solutions respectueuses de la continuité des situations.

374. Cependant, encore fallait-il s'assurer que les juges, confrontés à des normes étrangères,

doivent s'assurer de la conformité de ces dernières à l'ensemble des contenus de l'égalité définis par l'ordre juridique du for. Une recherche effectuée sur la base de données *Légifrance* a en effet montré que le principe d'égalité est rarement mentionné par les juges français. Plus précisément, la quasi-totalité des références à des dispositions d'égalité ou de non-discrimination est relative à celles qui sont inscrites dans la Convention européenne des droits de l'homme. Une certaine transnationalité des exigences substantielles d'égalité garanties en droit international privé aurait alors pu être caractérisée s'il avait été établi que seules les exigences de source européenne doivent être considérées comme étant fondamentales et étaient ainsi seules susceptibles d'être confrontées aux normes étrangères. Cette hypothèse n'a cependant pas été validée. Souvent la référence à l'ordre public international englobe la référence à des contenus de l'égalité, y compris celles qui trouvent leur source uniquement au niveau interne. L'internationalité des exigences substantielles d'égalité dont le respect s'impose en droit international privé ne peut donc pas être vérifiée. Le contrôle d'égalité est susceptible de conduire à des solutions variant d'un ordre juridique à l'autre, et ce d'autant plus que les juges peuvent admettre des dérogations à l'exigence de conformité des normes étrangères aux contenus substantiels de l'égalité du for. En effet, les cas d'admissibilité des dérogations sont à leur tour définis par chaque ordre juridique. La protection d'intérêts liés à la conception de la justice matérielle et de la justice de droit international privé du for peut notamment conduire les juges à adopter des solutions opposées à celles que le respect des contenus de l'égalité du for commanderait. La primauté donnée par les juges au souci d'équité, à des droits fondamentaux et principes essentiels de l'ordre juridique du for autres que l'égalité, ou encore au souci de la continuité des situations peut notamment conduire à déroger aux exigences substantielles d'égalité du for. Le contrôle d'égalité peut ainsi conduire à des solutions hétérogènes, notamment en raison de l'absence de caractère international des contenus de l'égalité protégés ainsi que de la définition par chaque ordre juridique de l'admissibilité d'une dérogation à ces derniers. La supposée homogénéité des solutions adoptées au nom du principe d'égalité par chaque ordre juridique qui en garantit le respect doit donc être remise en cause.

Conclusion de la première partie

375. L'un des deux fondements de la supposée conciliabilité entre la protection en droit international privé du principe d'égalité et de la continuité des situations dérive du caractère international du principe d'égalité et des différentes dispositions d'égalité qui en constituent l'expression. Les juges des pays qui garantissent ce principe ne confrontent cependant pas les normes étrangères aux dispositions d'égalité, abstraitement consacrées, mais à des exigences substantielles d'égalité, consistant en la nécessité d'un traitement identique de certaines catégories et d'un traitement différent d'autres catégories relativement à l'attribution d'une prérogative donnée. L'équilibre présumé entre la protection du principe d'égalité et la garantie de la continuité des situations implique donc que les contenus de l'égalité soient tout aussi internationaux que les dispositions d'égalité. L'analyse a cependant conduit à réfuter cette supposition.

376. Certaines dispositions d'égalité amènent à définir les exigences substantielles d'égalité puisqu'elles imposent, dans des mesures variables, le respect de la règle de l'égalité de traitement. Cette règle suppose le traitement identique des situations comparables et le traitement différent des situations dissemblables à moins que des dérogations ne soient admises. Les exigences substantielles d'égalité ne peuvent cependant pas être directement tirées de ces dispositions et de la règle de l'égalité de traitement qu'elles sous-entendent. La règle de l'égalité de traitement pose en effet uniquement des exigences méthodologiques, s'épuisant dans la question de savoir si deux situations sont comparables et si une dérogation peut être admise à leur traitement identique ou différent, selon les cas. En effet, la plupart des dispositions d'égalité ne fournissent pas d'indices concernant la question de savoir quelles situations sont comparables. Lorsqu'une prohibition de la discrimination fondée sur des critères déterminés est garantie par un ordre juridique, cela implique de considérer comme comparables les situations qu'elle couvre. Malgré cela, il a pu être observé que dans les ordres juridiques qui ont fait l'objet d'analyse, à savoir la France et l'Italie, les dérogations à ces dispositions d'égalité sont toujours admissibles en matière familiale.

377. Ainsi, seules ces exigences méthodologiques, et non pas également les exigences substantielles d'égalité que les ordres juridiques en tirent, peuvent être considérées comme étant internationalement partagées comme le sont les dispositions d'égalité qui les véhiculent.

378. En revanche, il a été démontré que les contenus de l'égalité sont définis par chaque autorité nationale ou supranationale compétente à cet égard en choisissant quelles situations doivent faire l'objet d'un traitement identique et quelles situations doivent être traitées de manières distinctes. En effet, ces contenus sont définis à travers la sélection des catégories auxquelles chaque prérogative est attribuée ou refusée. En France et en Italie, ce travail aura lieu de manière libre dans la limite de la conformité aux contenus de l'égalité supranationaux ponctuellement définis, notamment, par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice.

379. Le caractère internationalement partagé des dispositions d'égalité n'est alors pas un gage de l'homogénéité des solutions adoptées par les ordres juridiques conformément à celles-ci. Deux ordres juridiques qui garantissent le respect de la même disposition d'égalité peuvent donc définir, le premier, une exigence d'identité de traitement et, le second, une exigence de différence de traitement. Ainsi, la France et l'Italie, garantissant le respect du principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive, et engagées, entre autres, à respecter les dispositions d'égalité contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme, définissent, relativement au droit de se marier, le premier, une exigence d'identité de traitement et, le second, une exigence de différence de traitement des couples de même sexe et de sexe opposé.

Cela signifie qu'une situation créée dans un ordre juridique et considérée comme conforme au principe d'égalité est susceptible de ne pas être reconnue dans un autre ordre juridique, lui aussi garantissant ce principe, lorsque l'un et l'autre ne définissent pas le même contenu de l'égalité au sujet d'une même prérogative. La pertinence de la distinction des solutions de droit international privé selon que les ordres juridiques en cause garantissent ou non le principe d'égalité semble ainsi devoir être rejetée. Un ordre juridique qui garantit ce principe est en effet susceptible de définir une exigence de différence de traitement pour deux situations, de même qu'un ordre juridique qui ne le garantit pas. Une différence de traitement peut en effet être considérée comme conforme au principe d'égalité en considérant que les situations en cause sont différentes, ou qu'une dérogation au respect de la règle d'identité de traitement est admise.

380. La démonstration que nous pensons avoir apportée introduit donc une différence essentielle entre, d'un côté, le principe internationalement reconnu d'égalité et, d'un autre côté, les exigences substantielles d'égalité. Ces dernières n'ont pas de caractère international dans la mesure où elles sont définies par chaque autorité nationale et supranationale compétente à cet égard. L'assentiment doctrinal qui entoure la limitation de la continuité des situations au nom

du principe d'égalité doit donc être questionné. Il ne saurait cependant pas être remis en cause si, dans la réalité des faits, cette variabilité potentielle des exigences substantielles d'égalité ne devait pas se vérifier. Il reste alors à voir si une similitude dans les exigences substantielles d'égalité définies par les ordres juridiques peut se constater en dépit de la non-internationalité de ces dernières. Si cela était le cas, la protection de ces dernières au prix de la discontinuité des situations pourrait être considérée comme justifiée.

PARTIE II : DES EXIGENCES SUBSTANTIELLES D'ÉGALITÉ

PARTICULARISTES

*C'est par le malentendu universel
que tout le monde s'accorde*⁷⁷⁷

381. Après le caractère international du principe d'égalité, le second fondement de la supposée conciliabilité entre la protection en droit international privé du principe d'égalité et l'objectif de continuité des situations est constitué par la vocation universelle attribuée au principe d'égalité par les ordres juridiques qui le garantissent. Cet attribut s'explique par deux raisons distinctes.

La première se situe dans la continuité du caractère international du principe qui vient d'être mis à l'épreuve. Le principe d'égalité aurait une vocation universelle puisqu'il est garanti par de très nombreux pays à travers le monde. Cet universalisme justifierait ainsi d'en imposer le respect dans les litiges impliquant des ordres juridiques qui ne garantissent pas ce principe.

La seconde a trait à l'importance subjectivement attribuée par chaque ordre juridique à l'égalité. Tout principe considéré comme essentiel par un ordre juridique est cependant voué à être mis en balance avec d'autres principes et intérêts. Comme cela sera plus amplement analysé au cours de la prochaine partie de cette étude, cela amène, par exemple, les juges français à moduler le recours à l'exception d'ordre public en le faisant jouer en son effet atténué ou en appliquant l'ordre public de proximité⁷⁷⁸. Cela amène également les juges italiens à opérer de manière stricte un contrôle *in concreto* de la contrariété à l'ordre public de la norme étrangère⁷⁷⁹. L'admissibilité de ces modulations⁷⁸⁰ ne fait cependant pas l'unanimité en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux internationalement protégés. La doctrine, les juges et les législateurs ont parfois envisagé d'appliquer ces derniers de manière immédiate dans les litiges privés internationaux en raison de leur importance⁷⁸¹.

382. La possibilité de justifier les solutions actuelles au nom de l'universalisme attribué au principe d'égalité vacille cependant à la lumière de la distinction introduite dans la première

⁷⁷⁷ Ch. BAUDELAIRE, *Mon cœur mis à nu*, éd. Ebook libres et gratuits, p. 46.

⁷⁷⁸ V. *infra*, §§ 903-906.

⁷⁷⁹ V. *infra*, § 907.

⁷⁸⁰ L'expression est empruntée à B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 288, § 330.

⁷⁸¹ V. les développements à ce sujet *infra*, § 900 et s.

partie de cette étude entre le principe d'égalité d'un côté, et les exigences substantielles d'égalité de l'autre, ces dernières ne découlant pas directement du premier. Si le principe est international, ses concrétisations sont en revanche le fruit de l'appréciation opérée par chaque autorité nationale et supranationale compétente à cet égard. Dans cette optique, l'universalisme des contenus de l'égalité s'explique malaisément, et avec elle le choix d'en imposer le respect lorsque cela a lieu au détriment de la continuité des situations. Deux objections peuvent cependant être levées à l'encontre de cette lecture et viennent nourrir la lecture universalisante du principe d'égalité.

383. La similitude des exigences substantielles d'égalité définies par les États ? -

Premièrement, le fait que des solutions opposées puissent être considérées comme conformes au principe d'égalité par deux ordres juridiques le garantissant n'exclut pas que tel soit concrètement le cas. En effet, si les États consacraient les mêmes prérogatives, opéraient les mêmes analyses de la comparabilité ou de la différence des situations, ou s'ils admettaient les mêmes dérogations à la règle de l'égalité de traitement, les mêmes exigences substantielles d'égalité seraient alors définies. Des auteurs soulignent d'ailleurs que le droit de la famille n'est pas insensible au processus de globalisation⁷⁸². Or, une proximité culturelle peut être mise en évidence entre certains pays. La France et l'Italie et, plus largement, les pays européens en font partie. Ces pays peuvent se « revendiquer d'une tradition puisée à la fois dans le christianisme et la sécularisation ultérieure de ses principes »⁷⁸³. Il serait alors possible d'imaginer que les contenus de l'égalité définis par ces ordres juridiques soient similaires. Ainsi, relativement à ces ordres juridiques, la protection du principe d'égalité n'entraverait pas, sauf exception, la continuité des situations. Cela pourrait justifier d'attribuer une vocation universelle au principe d'égalité, amenant à en imposer le respect au détriment de la continuité des situations dans les litiges extérieurs à cette communauté de valeurs.

384. Des exigences substantielles d'égalité objectivées ? - Deuxièmement, des exigences substantielles d'égalité sont définies au niveau supranational. Les ordres juridiques français et italien subissent notamment l'influence de la part des instances européennes garantes de plusieurs dispositions d'égalité. Comme cela a pu être observé dans la première partie de cette

⁷⁸² J. POUSSON-PETIT, « Morales sexuelles familiales et traditions juridiques », *op. cit.*, pp. 139-171, § 1 ; H. FULCHIRON, « La famille face à la mondialisation », *op. cit.*, p. 479.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 197, § 306. L'auteure se réfère notamment à celle qu'elle définit la « communauté de civilisations européennes ». V. également A. RIEG, « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », in W. A. STOFFEL, P. VOLKEN (dir.), *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions universitaires, Fribourg, 1990, pp. 473-499, spéc. p. 473.

étude, ces pays intègrent au niveau national des contenus de l'égalité définis, en matière familiale, notamment par la Cour européenne des droits de l'homme et par les institutions de l'Union européenne⁷⁸⁴. Cela pourrait conduire à conférer un certain degré d'objectivité à ces contenus, du fait de leur caractère supranational. En ce sens, il est possible de lire que les exigences découlant d'un système juridictionnel supranational « s'affranchit de toute contingence nationale et peut dès lors donner aux droits fondamentaux leur signification essentielle, fondée sur des critères communs, qui faciliteront le rayonnement de ces droits fondamentaux »⁷⁸⁵. Cette lecture des contenus de l'égalité mérite d'être mise à l'épreuve du caractère exclusivement méthodologique des exigences posées par les dispositions d'égalité et du caractère non international des exigences substantielles d'égalité, lesquels ont été mis en évidence dans la première partie de cette étude⁷⁸⁶. Si une objectivité peut être attribuée à ces dernières lorsqu'elles sont définies au niveau supranational européen, cela permettrait d'asseoir certaines des solutions adoptées au nom de la vocation universelle attribuée au principe d'égalité. Elle pourrait justifier notamment d'imposer le respect des exigences substantielles d'égalité définies par les instances européennes, y compris au détriment de la continuité des situations. Ces contenus de l'égalité ne présenteraient en effet pas le caractère particulariste des exigences substantielles définies par les ordres juridiques nationaux.

385. Recherche du facteur guidant la définition des contenus de l'égalité. - La vérification de ces deux hypothèses passe par un même raisonnement. Il est notamment nécessaire de comprendre quel est le facteur qui amène les ordres juridiques nationaux et supranationaux à concrétiser les dispositions d'égalité et à considérer que deux situations doivent être traitées de manière identique ou bien différente.

En effet, au niveau national, des considérations identiques conduiraient à adopter des exigences substantielles d'égalité similaires. Cette recherche sera menée relativement à la France et à l'Italie, c'est-à-dire deux pays géographiquement et culturellement proches, dans le but de savoir si cette proximité amène à définir des contenus de l'égalité similaires.

⁷⁸⁴ V. *supra*, § 240 et s.

⁷⁸⁵ P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, op. cit., p. 313. L'auteur propose cette analyse en référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle propose cependant une analyse analogue concernant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (à l'époque, Communauté européenne). Elle considère à cet égard que « [d]ans la lignée de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des communautés contribue à assurer le respect de droits fondamentaux issus des instruments internationaux ». Elle continue en considérant que « l'unité du droit communautaire a conduit à découvrir ces normes fondamentales non dans les différentes constitutions nationales, ce qui aurait entraîné le risque d'interprétations trop diversifiées, mais dans des instruments internationaux ayant à ce titre une valeur supérieure aux droits nationaux et surtout un contenu identique pour tous les ordres juridiques » (*ibid.*, p. 316).

⁷⁸⁶ V. *supra*, § 222 et s.

Au niveau supranational, des considérations objectivables conduiraient à définir des exigences substantielles d'égalité objectivées. Seront ici étudiés les ordres juridiques qui définissent des contenus de l'égalité de source supranationale dont le respect s'impose en matière familiale en France et en Italie. Cela nous conduit à exclure les interprétations de règles d'égalité données par des organismes de contrôle non juridictionnels⁷⁸⁷. Ce choix est dicté par le fait qu'en dépit de l'influence que ces organismes exercent sur les autorités nationales, ce sont ces dernières qui définissent *in fine* les exigences substantielles d'égalité. Les contenus de l'égalité ainsi définis ont donc une source nationale, et non supranationale. Notre analyse portera ainsi sur les exigences substantielles d'égalité définies par la Cour européenne des droits de l'homme et en droit de l'Union européenne.

386. Ces hypothèses ne pourront cependant pas être confirmées et, avec elles, les deux possibles justifications de l'universalisme attribué au principe d'égalité. Au niveau national, il apparaîtra que les exigences substantielles d'égalité définies en matière familiale dépendent des conceptions de la famille des ordres juridiques nationaux, lesquelles sont imprégnées des particularismes nationaux. Elles divergent donc même entre des États culturellement proches. Cela nous conduira à comprendre que le risque de discontinuité des situations n'est pas cantonné aux litiges impliquant les ordres juridiques qui ne garantissent pas le principe d'égalité et qui sont culturellement éloignés. Le particularisme des exigences substantielles d'égalité définies par les ordres juridiques nationaux ne permettrait ainsi pas de justifier d'attribuer à ces dernières une vocation universelle. Il ne sera donc pas possible de justifier sur ce fondement le choix de faire primer la protection du principe d'égalité sur la recherche de la continuité des situations. La variabilité des conceptions de la famille y compris entre des pays proches l'empêche (**Chapitre 1**). La question se pose alors de savoir si une conception de la famille, ou plus généralement des facteurs particularistes exogènes au principe d'égalité guident la définition des exigences substantielles d'égalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et en droit de l'Union européenne. Une réponse affirmative empêchera d'attribuer un caractère objectivable aux contenus de l'égalité définis par les instances européennes et amènera ainsi à réfuter ce second fondement de la vocation universelle du principe d'égalité (**Chapitre 2**).

⁷⁸⁷ Tels que les travaux du Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité des droits de l'homme, ou encore le Conseil des droits de l'homme des Nations unies.

Chapitre 1) Des exigences dépendantes de conceptions nationales de la famille

387. **Constitutionnalisation et européanisation du droit civil. La source de l'élimination des différences de traitement en matière familiale ?** - Au cours de la seconde moitié des années 1990, le droit de la famille a fait l'objet d'un mouvement de constitutionnalisation amenant à l'abandon progressif des inégalités ayant caractérisé jusque-là le droit de la famille⁷⁸⁸. L'influence européenne sur les exigences substantielles d'égalité définies au niveau national en matière familiale a débuté à la même époque⁷⁸⁹. L'Italie a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme en 1955⁷⁹⁰ et la France en 1974⁷⁹¹. Il est cependant possible de considérer que l'arrêt rendu par la Cour EDH qui a marqué le début de l'influence de celle-ci sur les exigences substantielles d'égalité en droit de la famille français et italien est l'arrêt *Marckx c. Belgique* rendu en 1979⁷⁹². Il s'agit en effet du premier arrêt dans lequel la Cour a condamné un État pour violation du droit à la vie familiale, ainsi que de l'interdiction des discriminations. Plus récente est, en revanche, l'influence du droit de l'Union européenne. C'est notamment à la suite de l'adoption du Traité d'Amsterdam⁷⁹³, à la fin des années quatre-vingt-dix, que les règlements et directives des instances européennes et les décisions de la Cour de justice ont commencé à influencer les ordres juridiques dans la définition des exigences substantielles d'égalité en matière familiale⁷⁹⁴.

Ces considérations ont laissé penser que ce qui justifiait jusque-là l'existence d'inégalités de traitement dans le droit de la famille de ces pays était l'absence de contrôle du respect du

⁷⁸⁸ F. MONTOYA, F. NAVIA, « Rapport général », *op. cit.*, p. 426 ; N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁸⁹ A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, *op. cit.*, p. 5 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La documentation française, Paris, 2001, p. 8 ; Ph. MALAURIE, « La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit civil français », *JCP G*, 2002.I.143.

⁷⁹⁰ V. loi it. n° 848 du 4 août 1955.

⁷⁹¹ V. loi fr. n° 73-1227 du 31 décembre 1973 et décret n° 74-360 du 3 mai 1974. Sur les raisons de la tardiveté dans la ratification de la Convention EDH par la France, v. A. PELLET, « La ratification par la France de la convention européenne des droits de l'homme », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, n° 5, 1974, pp. 1319-1377.

⁷⁹² CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

⁷⁹³ Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé le 2 octobre 1997, JO C 340, 10.11.1997.

⁷⁹⁴ J.-J. LEMOULAND, « Famille », *Rep. Dr. civ.*, [actualisé en décembre 2019], §§ 263-264.

principe d'égalité. L'essor du principe d'égalité en France, en Italie et au niveau constitutionnel et européen aurait donc guidé les principales mutations du droit de la famille⁷⁹⁵.

388. **Contre-arguments.** - Quatre arguments nous poussent notamment à nous dissocier de cette posture doctrinale.

389. En premier lieu, cette lecture du principe d'égalité est réductrice. Elle repose sur l'idée que le principe d'égalité se limite à exiger le traitement identique des situations comparables. Nous verrons cependant que le principe d'égalité commande aussi bien le traitement identique des situations comparables que le traitement différent des situations dissemblables. Certaines dispositions d'égalité, et notamment celles prohibant la discrimination, se limitent à dicter le traitement identique de certaines situations. Cela n'exclut pas que, lorsque le principe (général) d'égalité est garanti, il s'exprime également dans des exigences de différence de traitement⁷⁹⁶.

390. En deuxième lieu, la question de savoir quelles situations sont comparables dépend de la définition de l'élément sur lequel un législateur ou une juridiction de contrôle décide de mettre l'accent, éléments qui ne peuvent pas être dissociés de jugements de valeurs extrinsèques au principe d'égalité. À titre d'exemple, la permanence de la distinction entre les enfants nés dans et hors mariage suppose de donner une relevance au mariage des parents. Or, cet élément ne permet d'établir cette classification qu'en raison du fait qu'il est subjectivement considéré comme pertinent dans le for. Dans une société où aucune primauté n'est attribuée au mariage par rapport aux autres formes de conjugalité, cet élément ne serait pas employé dans le cadre de la classification normative des modes d'établissement de la filiation.

391. Le troisième élément qui permet de contester l'hypothèse de la subordination de la conception de la famille à des contenus substantiels propres au principe d'égalité tient ensuite à la possibilité de déroger à ce principe. Cette possibilité est par définition extrinsèque au principe, puisqu'il s'agit précisément de déterminer les cas où l'on accepte des différences de traitement des situations comparables. Dans la mesure où l'admission des dérogations dépend forcément d'autres éléments, l'on ne saurait considérer que le principe d'égalité est apte à dicter

⁷⁹⁵ V. en ce sens, O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 8 ; J.-J. LEMOULAND, « Famille », op. cit., § 261 ; J. DAMON, « L'Europe des politiques familiales : la convergence dans l'hétérogénéité », *RDSS*, n° 4, 2008, pp. 601-618, spéc. § 47.

⁷⁹⁶ La possibilité de limiter le contrôle de conformité du principe au premier de ces volets, comme cela est le cas du Conseil constitutionnel français, n'exclut pas la nécessité de traiter de manière différente les situations différentes. Cette nécessité s'exprime notamment au stade de l'élaboration normative. V. supra, §§ 201-205 et 224 et s.

la conception de la famille de l'ordre juridique. L'hypothèse contraire, celle de la subordination de la définition des contenus de l'égalité à la conception de la famille de chaque ordre juridique, s'avère pertinente à la lumière de l'analyse de la variabilité des solutions considérées comme conformes au principe d'égalité que montre la comparaison.

392. La quatrième raison de refuser de voir dans le principe le moteur de la transformation du droit de la famille français et italien est d'ordre empirique. Il s'agit de la constatation de l'insuffisance de l'exigence de respect du principe d'égalité en droit de la famille pour éliminer les différences de traitement. Pendant longtemps, la consécration de dispositions d'égalité couvrant le droit de la famille n'a pas suffi à éradiquer des différences de traitement aujourd'hui considérées comme illégitimes. Cela s'explique en rappelant les conclusions de la première partie de la présente étude. Les dispositions d'égalité ne permettent pas à elles seules de définir quelles situations doivent concrètement être traitées de manière identique et quelles situations doivent faire l'objet d'un traitement différent⁷⁹⁷. La consécration des dispositions d'égalité ne suffit ainsi pas à éliminer les différences de traitement puisque les ordres juridiques sont le plus souvent libres de considérer que deux situations sont différentes ou bien que, malgré leur comparabilité, leur traitement différent se justifie par la poursuite d'un intérêt considéré comme légitime. Nous avons en effet pu démontrer que la définition des exigences substantielles d'égalité se fait au niveau national⁷⁹⁸ et qu'en matière familiale les dérogations sont toujours admissibles⁷⁹⁹.

393. **La proximité culturelle conduisant à définir des exigences substantielles d'égalité similaires ?** - Néanmoins, la France et l'Italie sont des ordres juridiques juridiquement et culturellement proches. Le droit de ces pays est issu de la même tradition juridique. Leur histoire a été influencée par la morale judéo-chrétienne. Cela pourrait ainsi impliquer que ces ordres juridiques définissent des exigences substantielles d'égalité semblables. La similarité des solutions considérées comme conformes au principe d'égalité dans l'un et l'autre de ces pays impliquerait ainsi une convergence entre les solutions commandées par ce dernier et par la continuité des situations. Cette similarité justifierait notamment d'attribuer une vocation universelle au principe d'égalité conduisant à en imposer le respect dans les litiges impliquant des ordres juridiques culturellement plus éloignés.

394. **La subordination des contenus de l'égalité à la conception de la famille du for.** - Il

⁷⁹⁷ V. *supra*, § 63 et s.

⁷⁹⁸ V. *supra*, § 223 et s.

⁷⁹⁹ V. *supra*, § 123 et s.

est donc nécessaire de déterminer si cette similitude des exigences substantielles d'égalité existe dans les pays appartenant à une même communauté de valeurs et de culture. Le choix a été opéré de passer par la recherche du facteur guidant les ordres juridiques nationaux dans la définition des contenus de l'égalité en matière familiale. Si ce facteur amenait des considérations univoques, il en découlerait des exigences substantielles d'égalité similaires. Des auteurs ont mis en exergue que les concrétisations du principe d'égalité dans les ordres juridiques qui le garantissent reflètent les « conceptions morales fondamentales [...] d'une société donnée »⁸⁰⁰ et témoignent, la plupart du temps, de l'évolution des mœurs de la société⁸⁰¹. Or, en droit de la famille, les conceptions morales de la société se reflètent dans la conception de la famille. Cette idée est confortée par le fait que, lorsque la famille dite « légitime » et improprement mais communément définie de « traditionnelle »⁸⁰², était érigée en modèle, cette conception de la famille était protégée et promue à travers la prévision d'inégalités de traitement venant défavoriser des catégories juridiques données. Cela nous amène à émettre l'hypothèse que, tout comme les inégalités de traitement étaient fonctionnelles à la construction et à la protection de la conception de la famille, il en va de même pour le remplacement de ces inégalités par des identités de traitement. Les mutations du droit de la famille n'ont à notre avis pas suivi l'abandon progressif de nombreuses différences de traitement en matière familial. Au contraire, ce dernier a été, à notre avis, une *conséquence* de la modification préalable de la conception de la famille. En ce sens, l'évolution des exigences d'identité et de différence de traitement suit l'évolution de la conception de la famille de l'ordre juridique du for.

395. Or, l'évolution des conceptions française et italienne de la famille a eu lieu à deux niveaux. D'un côté, la France et l'Italie ont progressivement abandonné la volonté de protéger

⁸⁰⁰ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., pp. 197-198, § 158.

⁸⁰¹ J.-J. LEMOULAND, « Famille », op. cit., § 44. V. également D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, pp. 487-528 ; J. POUSSON-PETIT, « Morales sexuelles familiales et traditions juridiques », op. cit., pp. 139-171. Nombreux sont d'ailleurs les auteurs qui ramènent la concrétisation du principe d'égalité aux valeurs de l'ordre juridique en cause. V. en ce sens, N. BOBBIO, « Eguaglianza e egualitarismo », op. cit., p. 329, § 7 ; Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, op. cit., p. 39 ; G. CALVÈS, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in L. POTVIN-SOLIS, *Septièmes journées d'étude du pôle européen Jean Monnet, 27, 28 et 29 novembre 2006, Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre personnes de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 48 ; O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », op. cit., pp. 138-139 ; G.-M. UBERTAZZI, « Règles de non-discrimination et droit international privé », op. cit., p. 369 (ce dernier auteur fait référence au sentiment commun).

⁸⁰² Ce modèle n'a en effet correspondu à la réalité sociologique française qu'entre 1945 et 1960. Madame Théry explique que même avant cette période les couples non mariés ont toujours été numériquement supérieurs (v. I. THÉRY, « Peut-on parler d'une crise de la famille ? Un point de vue sociologique », *Revue de neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 2001, n° 49, p. 495). Les couples non mariés étaient cependant ignorés par le droit. On a d'ailleurs prêté à Napoléon la formule « [l]es concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux » depuis l'époque de la rédaction du Code civil de 1804. Ainsi, si cette forme familiale ne constituait pas le modèle social, elle a été imposée en tant que telle par le droit.

et de promouvoir la conception traditionnelle de la famille, c'est-à-dire la famille légitime, fondée sur le mariage. D'un autre côté, ce détachement s'est accompagné de l'ouverture au pluralisme familial, ainsi qu'aux nouvelles figures familiales que l'évolution de la technologie médicale a vues surgir. Cette subordination de la définition des exigences substantielles d'égalité à la conception de la famille empêche de considérer que celle-ci soit similaire dans des ordres juridiques culturellement proches. Le détachement de la conception traditionnelle de la famille n'a en effet pas lieu de la même manière dans les différents ordres juridiques. Il en va de même pour l'ouverture au pluralisme familial et aux nouvelles figures familiales. L'étude du droit français et italien de la famille permettra de l'illustrer.

396. L'insuffisance de l'influence européenne pour uniformiser les conceptions nationales de la famille. - À ce sujet, il convient d'anticiper que la définition de certains contenus de l'égalité au niveau supranational ne permet pas de résorber la différence des conceptions substantielles d'égalité. Rappelons que la conception de la famille d'un ordre juridique résulte de la somme des formes familiales consacrées par un ordre juridique, de la définition des différents statuts familiaux, ainsi que des droits attachés à ces statuts⁸⁰³. Cela explique qu'au cours des pages suivantes nous n'insisterons pas sur les exigences substantielles d'égalité de source supranationale.

397. Conséquences du caractère national des conceptions de la famille. - En revanche, le fait que chaque ordre juridique définisse sa propre conception de la famille nous amènera à comprendre que l'appartenance au même mouvement d'abandon progressif de la conception traditionnelle de la famille n'est pas un gage de la similitude des exigences substantielles d'égalité définies par les ordres juridiques. *A fortiori*, l'appartenance à une même communauté de valeurs n'exclut pas que la protection du principe d'égalité conduise les ordres juridiques à adopter des solutions inconciliables, et donc, à la discontinuité des situations. L'universalisme attribué au principe d'égalité ne peut donc pas justifier d'attribuer une vocation universelle aux contenus de l'égalité. La définition des exigences substantielles d'égalité dépend en effet de la distance que les ordres juridiques français et italien ont pris par rapport à la conception de la famille traditionnelle, fondée sur le mariage (**Section 1**) et de la mesure de l'ouverture au pluralisme familial et aux nouvelles figures familiales (**Section 2**).

⁸⁰³ V. *supra*, § 182.

Section 1) Des exigences substantielles d'égalité à la lumière de la conception traditionnelle de la famille

398. L'analyse du droit de la famille français et italien amène à comprendre que la définition des exigences substantielles d'identité et de différence de traitement en matière familiale dépend de la conception de la famille du for. En effet, la conception française de la famille converge ou diverge de la conception italienne selon les époques et en fonction des nouveaux volets de cette dernière apparus avec le temps. Ces mouvements montrent que les identités de traitement, et encore davantage, les différences de traitement, constituent le crayon dessinant la conception de la famille telle que l'ordre juridique du for l'envisage. En effet, un même modèle familial, celui fondé sur le mariage et caractérisé par la hiérarchisation des rôles familiaux, était auparavant protégé et promu aussi bien en France qu'en Italie, ce qui donnait lieu à des différences de traitement similaires dans les deux ordres juridiques (§1). L'abandon progressif de ce modèle familial a amené ces pays à remplacer la plupart de ces inégalités de traitement par des identités de traitement. La différence du rythme avec lequel cette évolution a eu lieu dans les deux pays trahit cependant la subordination de la définition des exigences substantielles d'égalité à la conception de la famille. De cette subordination découle la variabilité des contenus de l'égalité définie par les ordres juridiques indépendamment de leur proximité juridique et culturelle, y compris lorsque les conceptions de la famille respectives évoluent dans la même direction (§2).

§1) Les inégalités anciennes de traitement au service de la protection de la conception traditionnelle de la famille en France et en Italie

399. Monsieur SÉGUR souligne qu'à la fin du XVIII^e siècle « [l]'idée d'égalité [...] n'est encore qu'une égalité juridique et une égalité de citoyens »⁸⁰⁴. Le Code Napoléon instituait ainsi la famille « hiérarchique, inégalitaire, autoritaire, fondée sur la prééminence de l'homme sur la femme, du père sur l'enfant, donc une famille qui est vécue comme une exception aux valeurs de la démocratie »⁸⁰⁵. Pendant des siècles, la famille a été considérée comme la cellule de base de la société, la structure élémentaire sur laquelle cette dernière reposait. Cette famille est néanmoins prise comme modèle par les législateurs français et italien jusqu'aux années

⁸⁰⁴ P. SÉGUR, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 21^e éd., Dalloz, Paris, 2015, p. 15.

⁸⁰⁵ I. THÉRY, « Peut-on parler d'une crise de la famille ? Un point de vue sociologique », *op. cit.*, p. 496.

soixante. Elle peut être définie comme l'union dans le mariage civil⁸⁰⁶ d'un homme et d'une femme n'ayant pas de liens familiaux entre eux, dont des enfants peuvent naître. Elle est caractérisée par la hiérarchisation des rôles familiaux et par le partage des missions conférées à chacun des époux. Les inégalités de traitement étaient prévues afin que la famille fondée sur le mariage constitue le modèle social et qu'elle puisse accomplir les fonctions sociétales que l'État lui attribuait **(I)**. Dans ce cadre, la protection des intérêts individuels était possible uniquement dans la mesure où celle-ci n'était pas incompatible avec la promotion de ce modèle familial **(II)**.

I) Des inégalités de traitement servant la conception traditionnelle de la famille

400. Les États français et italiens érigeant la famille fondée sur le mariage en modèle car elle constituait l'unité de base de la société. Cela impliquait de défavoriser la création de situations familiales en dehors de celui-ci et donc de différencier le traitement de la famille fondée sur le mariage et de la famille hors mariage **(A)**. La famille en tant que base structurelle de la société nécessitait également la hiérarchisation des membres de la famille légitime, afin d'en garantir la stabilité et de lui permettre d'atteindre les buts qui lui étaient assignés **(B)**. Les exigences substantielles d'égalité de traitement – ou, plus précisément, de différences de traitement – en matière familiale étaient alors définies en fonction de ce qui était nécessaire pour que la famille ait l'importance et l'organisation indispensables pour lui permettre de remplir sa fonction structurante.

A) Le traitement différent des familles hors mariage

401. La volonté de favoriser la création de familles fondées sur le mariage a poussé les législateurs italien et français à limiter la reconnaissance juridique des situations familiales hors mariage **(1)**, et à sanctionner toute forme familiale contrevenant aux principes directeurs du mariage, susceptibles de léser les droits des membres de la famille légitime **(2)**.

⁸⁰⁶ Y compris en Italie. Le mariage concordataire consiste en effet à reconnaître les effets du mariage civil au mariage célébré par des officiers du culte catholique. Ces derniers sont chargés de donner lecture des dispositions du Code civil italien pertinentes. Art. 8, *Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana che apporta modificazioni al concordato lateranense* (Accord entre le Saint-Siège et la République italienne apportant des modifications au concordat de Latran, *T.d.A.*). V. *infra*, § 509.

1) Les familles ignorées

402. L'analyse des inégalités de traitement dont les formations familiales hors mariage faisaient l'objet par rapport à la famille fondée sur le mariage montre que cette union était considérée comme l'élément essentiel sur lequel reposaient les différenciations juridiques. Cela suppose de donner au mariage et à la famille qui en découle une considération particulière permettant de motiver le traitement distinct des situations familiales créées en dehors de ce cadre. La subordination de la définition de différences de traitement à la conception de la famille de l'ordre juridique du for se manifestait avant tout par le fait que les droits accordés aux enfants, aux parents et aux couples en dehors du mariage étaient inférieurs par rapport aux droits accordés aux membres de la famille fondée sur le mariage.

403. **La famille fondée sur le mariage érigée en modèle.** - Le couple marié a été pris en tant que modèle par les législateurs français et italien. Le mariage a été jusqu'au XIX^e siècle, la seule forme de conjugalité juridiquement reconnue par les droits français⁸⁰⁷ et italien⁸⁰⁸, d'autant plus que le concubinage était une forme familiale principalement développée dans les couches prolétaires de la société⁸⁰⁹, lesquelles ne réclamaient pas de droits car ils avaient « peu de facilités pour plaider et créer des jurisprudences »⁸¹⁰. Le Code civil de 1804 a ignoré le concubinage jusqu'à ce que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant pousse le législateur en 1912 à appréhender le concubinage notoire pour en faire un cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité⁸¹¹. Même le droit sous la Révolution, qui se voulait pourtant libéral, n'avait pas remis en cause le mariage comme seul fondement de la famille. Le concubinage continuait de faire l'objet d'une « réprobation tempérée »⁸¹² qui avait poussé à interdire les donations entre concubins dans le projet de l'an VIII⁸¹³. Si le Code civil italien passait le concubinage sous silence, le Code pénal italien faisait référence à la « concubine » pour désigner la maîtresse du mari adultère, afin de sanctionner la cohabitation dans la maison familiale de l'épouse et de la maîtresse. C'est la Cour constitutionnelle italienne qui, dans les années soixante, a introduit la notion de cohabitation *more uxorio*, c'est-à-dire la cohabitation

⁸⁰⁷ Jusqu'à l'adoption de la loi fr. 15 novembre 1999, n° 99-944 *relative au pacte civil de solidarité*, préc.

⁸⁰⁸ Jusqu'à l'adoption de la loi it. 20 mai 2016 n° 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, préc.

⁸⁰⁹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996, p. 200.

⁸¹⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 330.

⁸¹¹ *Idem*.

⁸¹² *Idem*.

⁸¹³ *Idem* ; art. 197 anc. Cod. civ. fr.

hors mariage⁸¹⁴.

404. De même, la naissance hors mariage n'était pas un phénomène social rare. Malgré cela, la filiation appelée « illégitime » en droit italien jusqu'en 1975⁸¹⁵, puis dite, comme en droit français, « naturelle », a été régie par des règles nettement distinctes et moins favorables que celles relatives à la filiation légitime jusqu'à la fin du XX^e siècle. Le fait de considérer ces situations comme différentes était en effet fonctionnel à l'élévation de la famille légitime au rang de modèle.

405. **La famille légitime, élément structurel de la société.** - Cette faveur dont bénéficiait la famille fondée sur le mariage avait trouvé ses sources dans l'influence que la religion, notamment catholique, héritée du droit romain⁸¹⁶, exerçait en France et en Italie⁸¹⁷. Avec le temps, cependant, la centralité du rôle de la famille fondée sur le mariage avait fini par se dédoubler. D'un côté, le mariage était une institution ayant une importance sacramentale. D'un autre côté, à travers le mariage le couple créait la cellule de base de la structure étatique⁸¹⁸. La construction familiale reflétait la structure étatique, articulée autour du principe d'autorité. « Le chef de famille – nous renseigne Madame RENAUT – impose son autorité car on pense qu'une forte constitution de la famille ne peut que renforcer l'autorité de l'État qui met à la disposition du chef de famille des moyens répressifs »⁸¹⁹. C'est pour cette raison que, comme Madame LEFEBVRE-TEILLARD l'explique, même « [l]a sécularisation du mariage, l'histoire mouvementée de ce dernier pendant et après la Révolution [et] les premières idées libertaires »⁸²⁰ n'ont pas su toucher véritablement le lien entre famille et mariage. Au contraire, à la suite de la Révolution de 1789, « l'ordre civique – pense-t-on – ne peut renaître que du rétablissement d'un ordre familial appuyé sur la seule famille légitime »⁸²¹. En droit italien, d'ailleurs, l'indissociabilité entre ces deux notions apparaît dans la Constitution qui, en son article 29, dispose que « [l]a République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage ». Protéger la famille hors mariage aurait signifié dévaluer le mariage et

⁸¹⁴ C. Const. it., 16 décembre 1969, n° 126 ; C. Const. it., 27 novembre 1969, n° 147. Pour aller plus loin v. S. TALASSI, *La convivenza more uxorio*, dactyl, Université de Trento, a.a. 1998-1999, p. 4 et s.

⁸¹⁵ Loi it. 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia* (Réforme du droit de la famille).

⁸¹⁶ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 104.

⁸¹⁷ Ce thème sera plus amplement développé *infra*, § 505 et s.

⁸¹⁸ J.-J. LEMOULAND, « Famille », op. cit., § 6.

⁸¹⁹ M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, Paris, 2012, pp. 10 et 12. Dans le même sens A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., pp. 173, 190 et 218 ; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, op. cit., p. 253.

⁸²⁰ A. LEFEBVRE-TEILLARD, v. « Famille », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 700.

⁸²¹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 339.

donc la famille légitime⁸²², ce qui explique la faiblesse de la protection des formes familiales se créant en dehors du mariage jusqu'à la fin du XX^e siècle.

406. Les inégalités dont les membres des familles naturelles, et plus précisément les couples non mariés et les enfants nés hors mariage, faisaient l'objet ne dépendaient alors pas de considérations objectives, ni de la réalité sociologique. La différence des situations résultait du choix de donner au mariage une place prééminente en matière familiale. Le sacrifice des intérêts de ces individus n'était pas dicté non plus par un pur choix éthique, mais était rendu nécessaire dans l'objectif d'avoir une famille structurant la société toute entière⁸²³.

407. **Inégalités dans la filiation dictées par l'élévation de la famille légitime au rang de modèle.** - Ces considérations permettent d'expliquer pourquoi les règles françaises et italiennes régissant la filiation naturelle défavorisaient les naissances hors mariage. Le but de défavoriser la création de formes familiales hors mariage se manifestait, entre autres, par la prévision de plus amples possibilités de contestation des filiations paternelles hors mariage que dans le mariage. Celles-ci ont perduré après la réforme française de la filiation de 1972⁸²⁴ et la réforme italienne du droit de la famille de 1975⁸²⁵. La filiation naturelle était donc caractérisée par une plus grande fragilité par rapport à la filiation légitime⁸²⁶.

408. De même, l'établissement de la filiation maternelle dans la législation française n'a pas été soumis aux mêmes conditions pour les enfants nés dans et hors mariage jusqu'en 2005⁸²⁷, et en Italie jusqu'en 2012⁸²⁸. En droit français, pour établir la filiation maternelle dans une famille fondée sur le mariage, la désignation de la mère dans l'acte de naissance suffisait à établir ce lien⁸²⁹. La filiation maternelle naturelle était en revanche plus contraignante car elle exigeait que la mère naturelle, en plus de se déclarer en tant que telle dans l'acte de naissance,

⁸²² G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, op. cit., p. 253.

⁸²³ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 7^e éd., CEDAM, Wolters Kluwer, Milan, 2016, p. 241 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 497.

⁸²⁴ Loi fr. 3 janvier 1972, n° 72-3 sur la filiation, préc. V. à ce sujet P. RAYNAUD, « L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence ? », *D.*, 1980. chron. 1.

⁸²⁵ Loi it. 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*, préc.

⁸²⁶ Pour de plus amples développements v. J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 447.

⁸²⁷ Ord. fr. 4 juillet 2005, n° 2005-759, préc. Cf. Cass. fr., Civ. 1^e, 14 février 2006, n° 05-13006, *Dr. fam.*, 2006, comm. 107, n. P. Murat, *JCP G*, 2006.I.157, n. M. Luby, S. Poillot-Peruzzetto, *JCP G*, 2006.I.199, n. Y. Favier, *D.*, 2006, p. 1029, n. I. Gallmeister, n. G. Kesslet, p. 1140, n. F. Granet-Labrechts, *AJF*, 2006, p. 162, n. F. Chénédé, *RLDC*, 2006, n° 29, p. 41, n. M.-C. Meyzeaud-Garaud, *RJPF*, 2006, p. 25, n. T. Garé, *RTD Civ.*, 2006, p. 294, n. J. Hauser.

⁸²⁸ V. loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, préc. et D.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219* (Révision des dispositions en vigueur en matière de filiation en vertu de l'article 2 de la loi 10 décembre 2012, n° 219), préc.

⁸²⁹ Art. 319 anc. Cod. civ. fr.

reconnaisse l'enfant⁸³⁰. Encore à la fin du XX^e siècle, on soutenait que le maintien de cette différence de traitement permettait que le nombre d'enfants pouvant être déclarés comme adoptables ne diminue pas⁸³¹ en considérant qu'« une déclaration de naissance ne fait pas un foyer »⁸³². De plus, avant 1982⁸³³ la possession d'état ne permettait pas de conforter la preuve d'une filiation naturelle. Il en allait de même en droit italien jusqu'à l'adoption du décret d'application de la loi n° 219/2012 reformant le régime de la filiation⁸³⁴. Cela nous permet ainsi de considérer que le mariage de la mère de l'enfant était plus déterminant que la réalité biologique ou sociale dans le but d'établir la maternité⁸³⁵.

409. Par ailleurs, les législateurs français et italien considéraient que la famille ne se créait que par le mariage du couple, ce qui avait des conséquences sur les effets de la filiation. Les enfants naturels n'entraient pas dans les familles de leurs auteurs⁸³⁶, situation qui a perduré jusqu'en 1972⁸³⁷ en droit français et jusqu'à la réforme de la filiation en droit italien de 2012⁸³⁸. Cette exclusion⁸³⁹ allait de pair avec la diminution ou l'exclusion des droits successoraux des enfants nés hors mariage, même en l'absence de concurrence avec des enfants légitimes⁸⁴⁰. Cela dérivait du lien étroit qui a existé depuis le droit romain entre patrimoine et famille. À ce propos, Madame LEFEBVRE-TEILLARD soulignait qu'« être héritier, c'est être reconnu comme

⁸³⁰ Art. 335 anc. Cod. civ. fr.

⁸³¹ O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 214, § 481 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 462.

⁸³² *Idem*.

⁸³³ Loi fr. n° 82-536 du 25 juin 1982 relative à l'établissement de la filiation naturelle.

⁸³⁴ D.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012*, n. 219, préc.

⁸³⁵ De cet avis, également, A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, op. cit., p. 595 et s., spéc. §§ 636 et 637.

⁸³⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 443.

⁸³⁷ Loi fr. 3 janvier 1972, n° 72-3 sur la filiation, préc.

⁸³⁸ Loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, préc.

⁸³⁹ Sur la conformité à la Constitution italienne sur laquelle la Cour constitutionnelle s'est prononcée à maintes reprises. V. C. const. it., 15 juin 1979, n° 55/1979, préc. ; C. const. it., 12 avril 1990, n° 184/1990, préc. ; C. const. it., 7 novembre 1994, n° 377/1994, préc. ; C. const. it., 23 novembre 2000, n° 532/2000, préc. V. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, op. cit., 2015, p. 254.

⁸⁴⁰ En l'absence de concurrence dans la succession avec des membres de la famille légitime du défunt, les droits de l'enfant naturel simple s'élevaient au tiers des droits garantis aux enfants légitimes jusqu'en 1896 en droit français, lorsque la loi du 25 mars 1896 fut adoptée, et jusqu'en 1975 en droit italien (pour plus de détails v. Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, op. cit., p. 164 ; V. BARBA, « La successione mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali" », *Famiglia, Persone e Successioni*, n° 10, 2012, pp. 645-667). En droit français, ils s'élevèrent à la moitié entre 1896 et 1972 (art. 758 anc. Cod. civ. fr. ; v. J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 450), pour être enfin égalisés par la loi du 3 janvier 1972 (art. 757 anc. Cod. civ. fr.).

membre à part entière de la famille »⁸⁴¹. Ouvrir la famille aux couples et aux enfants non mariés aurait donc signifié ébranler un pilier de la société tout entière.



410. Il découle de ce qui précède que, comme Monsieur SESTA l'affirme, « l'objectif de la loi n'était pas tant de discriminer des catégories d'enfant sur la base d'opinions éthiques, mais de conférer une dignité à la famille légitime et, donc, de la renforcer »⁸⁴² pour que cette dernière puisse remplir son rôle au sein de la société. Le traitement différent des situations hors mariage dérivait ainsi de la nécessité pour le législateur de ne pas dévaluer la famille légitime. Dans cette même optique, les droits des membres de la famille fondée sur le mariage ne pouvaient pas être limités par l'attribution de droits aux membres des formations familiales hors mariage. Par ailleurs, les comportements en violation de la loi et de la conception de la famille que cette dernière favorisait devaient être sanctionnés, ce que nous allons voir à présent.

2) Les familles prohibées

411. Favoriser la famille fondée sur le mariage impliquait de la protéger. Cela expliquait que les situations familiales créées en contradiction avec les principes directeurs du mariage, et notamment les relations adultérines et incestueuses, soient sanctionnées par la prévision de traitements encore plus défavorables que le traitement prévu pour les familles hors mariage **(a)**. Cette volonté protectrice impliquait également que les membres des formations familiales hors mariage se voyaient attribuer des droits uniquement si cela ne lésait pas les droits des membres de la famille fondée sur le mariage **(b)**.

a) La sanction de l'adultère et de l'inceste

412. L'étude des législations française et italienne montre que par le passé il existait une volonté, non seulement de favoriser la famille légitime, mais également de protéger la paix de ces familles. Cette volonté se manifestait à travers des règles prévoyant un traitement pour les situations se développant en violation des principes du mariage qui était encore moins favorable que celui qui était accordé à la famille naturelle. Les enfants nés de l'adultère ou de l'inceste étaient ainsi soumis à un traitement qui était, et qui est longtemps resté, défavorable par rapport

⁸⁴¹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, v. « Famille », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 699.

⁸⁴² M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 241, T.d.A.

à celui de l'enfant naturel simple. La reconnaissance volontaire de maternité et de paternité, qui était possible envers les enfants naturels simples, était interdite à l'égard des enfants nés de l'adultère ou de l'inceste. Cela est resté le cas jusqu'à l'adoption de la loi française du 3 janvier 1972⁸⁴³, et jusqu'à l'adoption de la loi italienne du 19 mai 1975⁸⁴⁴, dates auxquelles l'interdiction de reconnaître les enfants nés de l'adultère fut éliminée et auxquelles l'interdiction pesant sur les enfants nés de l'inceste a été allégée dans les deux pays⁸⁴⁵.

413. L'action en recherche de maternité et de paternité leur était pareillement interdite dans les deux pays⁸⁴⁶. Cette interdiction a été levée en 1972 en droit français⁸⁴⁷. En droit italien, en revanche, elle a perduré jusqu'en 2002 relativement aux enfants nés de l'inceste, lorsque l'article 278 alinéa 1^{er} du Code civil italien a été déclaré contraire à la Constitution⁸⁴⁸.

414. Ces décalages temporels dans les évolutions normatives dans les deux pays mettent en lumière une différence dans le degré d'acceptation du sacrifice de l'intérêt de l'enfant, dans le but de sanctionner les comportements faisant l'objet de réprobation. Monsieur SESTA souligne à ce propos que « l'interdiction de reconnaissance sanctionnait un comportement conscient des parents, contraire à la morale et au droit. L'intérêt de l'enfant à acquérir le statut d'enfant reconnu n'était pris en compte que de manière subordonnée, c'est-à-dire là où le comportement des parents de bonne foi n'était pas sanctionnable »⁸⁴⁹. Cette lenteur par rapport à la France laisse transparaître la réticence du législateur italien à renoncer à protéger la conception de la famille de l'époque au nom de l'intérêt de l'enfant. La même réticence sera observée plus tard,

⁸⁴³ Loi fr. 3 janvier 1972 n° 72-3 sur la filiation, préc. V. art. 335 anc. Cod. civ. fr.

⁸⁴⁴ V. art. 252 anc. Cod. civ. it. abrogé par la loi it. n° 151/1975, et art. 269 Cod. civ. introduit par cette loi.

⁸⁴⁵ Avant même la réforme française de la filiation de 1972, cette interdiction avait cependant fait l'objet d'une interprétation souple par les juges français. Les enfants adultérins pouvaient établir le lien de filiation avec le parent qui n'avait pas commis d'adultère. Les enfants nés de l'inceste pouvaient établir leur lien de filiation avec un parent. La seconde reconnaissance, « celle par laquelle venait le scandale », était, et est encore, interdite en France (J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 491 ; v. les développements *infra*, § 583). En droit italien en revanche l'interdiction a été absolue jusqu'à ce qu'elle soit enlevée par la réforme de 1975 (art. 250 al. 1^{er} anc. et 251 anc. Cod. civ. it.). Avant cette date, si les deux parents étaient connus, ce qui dévoilait l'inceste, l'enfant était enlevé à la mère et déclaré en état d'abandon (G. E. VACCARO, « Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le nuove unioni affettive », *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n° 2, 2015, p. 759 et s., spéc. point 4).

⁸⁴⁶ Art. 342 anc. Cod. civ. fr. ; sur ce thème v. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « L'égalité juridique », op. cit., p. 73 ; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 341. Il convient cependant de remarquer que depuis 1984 en France, en ce qui concerne l'enfant adultérin, si la mère déclarait son nom et le nom de son mari dans l'acte de naissance, l'action en désaveu de paternité n'effaçait pas la filiation maternelle (J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., pp. 458 et 491 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 383).

⁸⁴⁷ Cf. art. 340 anc., 340-1 anc. et 341 anc. Cod. civ. fr.

⁸⁴⁸ C. const. it., 20 novembre 2002, n° 494/2002, préc.

⁸⁴⁹ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 340, T.d.A.

lorsque de nombreux pays européens dont la France ont entrepris les réformes conduisant à égaliser le traitement des enfants nés dans le mariage et hors mariage⁸⁵⁰.



415. Ces différences des traitements entre enfants étaient ainsi dictées par la volonté de sanctionner la violation des principes du mariage, ici l'interdit de l'inceste et le devoir de fidélité. Ces inégalités étaient le fruit d'une volonté qui allait au-delà de celle de ne pas dévaluer la famille fondée sur le mariage, mais qui visait à la protéger. Le même souci de protection était observé dans l'octroi de droits aux membres des familles hors mariage. Tout droit pouvant léser les droits des membres de la famille légitime était, en effet, limité.

b) Le refus de léser les droits des membres de la famille légitime

416. La volonté de favoriser et de protéger la famille légitime explique que les droits de ses membres ne pouvaient pas être lésés par l'attribution de droits aux enfants nés en dehors ou en violation des principes du mariage.

En cas de concurrence avec des enfants légitimes, les droits successoraux des enfants nés hors mariage étaient diminués davantage que dans le cas d'absence de concurrence, et ce aussi bien en droit français⁸⁵¹ qu'en droit italien⁸⁵². CARBONNIER écrivait à ce propos que « le foyer légitime s'étant fondé dans la confiance que chacun des époux était libre d'attache antérieure, cette confiance ne devait pas, par la suite, être trompée »⁸⁵³. Dans la même optique, jusqu'à 1972⁸⁵⁴ en droit français, les donations et legs consentis par le parent au profit de l'enfant naturel étaient interdits⁸⁵⁵.



417. Les enfants nés hors mariage payaient donc le prix de la protection de la famille légitime. Cette volonté ne suffit cependant pas pour expliquer pourquoi des inégalités existaient entre les

⁸⁵⁰ La réforme du régime des filiations achevée en droit français avec l'ordonnance du 4 juillet 2005 (et la loi de ratification du 16 janvier 2009, n° 2009-61), n'a eu lieu qu'avec l'adoption de la loi n° 219/2012 en droit italien. V. *infra*, § 515 et s.

⁸⁵¹ Art. 334, al. 3 anc. Cod. civ. fr. Pour aller plus loin v. J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 495.

⁸⁵² Art. 574 anc. Cod. civ. it. Pour aller plus loin v. V. BARBA, « La successione *mortis causa* dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali” », *op. cit.*, p. 647.

⁸⁵³ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, pp. 443-444.

⁸⁵⁴ Loi fr. 3 janvier 1972, n° 72-3 *sur la filiation*, préc.

⁸⁵⁵ Art. 908 anc. Cod. civ. fr.

membres au sein même de la famille légitime. Nous allons voir que ces différences de traitement étaient dictées par l'assignation de certaines fonctions à la famille. À travers les inégalités de traitement, les législateurs lui donnaient la structure permettant d'atteindre ces buts.

B) Le traitement différent des membres de la famille légitime

418. Les membres de la famille légitime faisaient l'objet de différences de traitement entre eux. Les rôles familiaux étaient hiérarchisés et trouvaient en l'homme, dans son rôle d'époux et de père, la figure prééminente au sein de la famille. En effet, tant l'épouse que les enfants étaient soumis à la « puissance » maritale ou paternelle, lui conférant des pouvoirs absolus de direction de la famille. Une telle hiérarchisation des membres de la famille impliquait, comme le soulignait BUCH « une inégalité voulue par la société, du maître et de l'esclave, du père et de l'enfant, de l'époux et de l'épouse. Inégalité à laquelle il ne s'[agissait] en aucun cas de mettre fin, mais bien au contraire de maintenir puisqu'elle [était] le support même de toute construction sociale »⁸⁵⁶.

419. Trois différences de traitement ont existé entre les membres de la famille avant la moitié du XX^e siècle, à savoir, l'infériorité de l'épouse par rapport à l'époux, la soumission des enfants au père et la préférence que le droit accordait anciennement aux enfants mâles et, parmi eux, à l'aîné. Les inégalités de traitement dérivait ici d'un choix relatif à l'organisation de la famille permettant d'en garantir la stabilité (1) et permettant, à des époques plus éloignées, d'éviter la fragmentation du patrimoine familial (2).

1) Les inégalités garantissant la stabilité de l'union

420. Les législateurs français et italien ont, pendant longtemps, assigné à la famille fondée sur le mariage l'objectif de structurer la société. La famille devait notamment représenter la cellule de base de l'ordonnement social, raison pour laquelle sa stabilité était primordiale⁸⁵⁷.

421. **Les raisons de la hiérarchisation des rôles familiaux.** - Pour que la famille symbolise l'État, il était nécessaire que les intérêts de l'institution priment sur les intérêts des individus la composant⁸⁵⁸. Mieux encore, la famille légitime constituait le cadre de la protection de ces

⁸⁵⁶ H. BUCH, « La notion d'égalité dans les principes généraux du droit », *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 25, n° 97 (3), *L'égalité*, 1971, p. 365.

⁸⁵⁷ V. les développements *supra*, § 405, y compris les références citées en notes.

⁸⁵⁸ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 8.

derniers⁸⁵⁹. Les États organisaient ainsi la famille de sorte à en assurer la stabilité. Cela explique la similarité des modèles familiaux ainsi construits par les droits français et italien et restés quasiment inchangés jusqu'à la deuxième moitié du XX^e siècle. Même l'indissolubilité du lien conjugal ayant perduré jusqu'en 1970⁸⁶⁰ en droit italien, et ayant fait l'objet de législations fluctuant entre ouverture et interdiction jusqu'en 1884⁸⁶¹ en droit français, n'aurait en effet pas suffi à donner de la stabilité à une famille en conflit. C'est pourquoi la famille a été organisée selon un modèle hiérarchique, reflétant les mœurs aussi bien françaises qu'italiennes⁸⁶². Une figure a été élue au sein de la famille conjugale, celle de l'homme dans son rôle de chef de famille, entre les mains duquel tous les pouvoirs étaient concentrés⁸⁶³.

422. Cette prééminence du masculin sur le féminin procédait de la prétendue faiblesse et de la frivolité des femmes⁸⁶⁴. Il convient cependant de relater l'avis contraire de Madame LEFEBVRE-TEILLARD à ce propos. L'auteure considère en effet que « c'est moins une inaptitude de la femme à gérer ses affaires, les veuves sont là pour démontrer le contraire (et elles sont souvent redoutables !), qu'une unité de direction du ménage jugée nécessaire et revenant "naturellement" au mari »⁸⁶⁵. Ainsi « la "faiblesse congénitale" de la femme sert plus de prétexte que de raison à un système qui favorise les créanciers du mari ». La conception romane de la famille a également influencé la hiérarchisation des rôles. Madame LEFEBVRE-TEILLARD, retraçant les traits caractéristiques du mariage en droit romain, met en évidence la subordination de la femme au père et à l'époux⁸⁶⁶, laquelle sera reprise au Moyen-Âge et ensuite inscrite dans les droits français et italien lorsqu'ils définiront le mariage civil⁸⁶⁷.

423. L'unité des pouvoirs servait le but de stabilité⁸⁶⁸ dans la mesure où il permettait d'éviter les conflits dans le cadre de la prise de décision au sein de la famille⁸⁶⁹. Les inégalités entre membres de la famille légitime, et plus précisément la soumission de l'épouse et des enfants à

⁸⁵⁹ M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 12 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 220.

⁸⁶⁰ Le législateur italien a introduit le divorce par la loi it. 1^{er} décembre 1970, n° 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (Réglementation des cas de dissolution du mariage, T.d.A.), et les modifications successives.

⁸⁶¹ Année d'adoption de la loi Naquet (loi fr. 27 juillet 1884, *Loi qui rétablit le Divorce*).

⁸⁶² A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 200 ; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 8.

⁸⁶³ Sur la prééminence de l'homme sur la femme v. également D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 61.

⁸⁶⁴ P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, op. cit., p. 81.

⁸⁶⁵ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 198.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 107.

⁸⁶⁷ *Idem.*, p. 189 et s. V. également la version de 1865 du Code civil italien.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 198.

⁸⁶⁹ Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, 14^e éd., op. cit., pp. 114-115.

la puissance du mari et père, servaient ainsi la construction de la conception de la famille de l'époque. Ce sont ces considérations qui ont, non seulement justifié, mais exigé l'incapacité juridique de la femme, laquelle passait de l'autorité de son père à celle de son conjoint⁸⁷⁰, la concentration des pouvoirs de direction de la famille entre les mains du mari, le déséquilibre dans les droits et devoirs des conjoints qui faisait que le mari devait respecter sa femme, tandis que cette dernière devait obéissance à son mari en droit français⁸⁷¹ et qu'en droit italien le mari avait le devoir de protéger son épouse⁸⁷².

424. La distinction des rôles familiaux servait cette même finalité de stabilité puisqu'elle clarifiait la position de chacun au sein de la famille, et permettait de contourner les difficultés pouvant naître du partage des tâches. Le mari était alors chargé de représenter la famille en dehors du foyer et de pourvoir aux besoins matériels de la famille aussi bien en droit français qu'en droit italien⁸⁷³.

425. **Un contrôle de constitutionnalité inapte à éliminer les différences de traitement.** - Il serait possible de penser de prime abord qu'un tel sacrifice des intérêts individuels dérivait, notamment en France de l'absence de contrôle de conformité des règles de droit au principe d'égalité. Si cela avait effectivement été le cas, l'introduction du contrôle aurait contribué à éliminer les différences de traitement en droit de la famille. Un regard transalpin permet cependant de démentir cette hypothèse et de poser une première pierre dans la démonstration que l'identité de traitement ne peut être prévue que là où la protection de la conception de la famille de l'ordre juridique n'exige pas de prévoir une différence de traitement. La Cour constitutionnelle italienne était appelée, même avant la réforme de 1975⁸⁷⁴, à se prononcer sur la conformité au principe d'égalité des règles de droit de la famille, et en particulier à l'article 29 alinéa 2 de la Constitution italienne qui dispose que « le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites fixées par la loi pour garantir l'unité de la famille »⁸⁷⁵. Monsieur SESTA rappelle à ce propos que les travaux préparatoires montrent que le constituant italien cherchait à énoncer une formule d'égalité que l'auteur définit de « programmatique, destinée à être corrigée, ou même neutralisée, par la prévision des limites

⁸⁷⁰ O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 63, § 145. Pour une explication des implications concrètes de la puissance maritale v. J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., pp. 117 et 125. V. également art. 131 à 137 Cod. civ. du Royaume d'Italie (1865).

⁸⁷¹ Art. 213 Code Napoléon.

⁸⁷² Art. 131 Code civil du Royaume d'Italie (1865).

⁸⁷³ Art. 214 Code Napoléon et art. 132 Code du Royaume d'Italie (1865).

⁸⁷⁴ Loi it. 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*, préc.

⁸⁷⁵ Traduction Digithèque, Jean-Pierre Maury.

garantissant l'unité familiale »⁸⁷⁶. Il est en effet possible de lire dans les travaux préparatoires que par la prévision des « limites » à l'égalité des époux « on a voulu souligner expressément la nécessité d'une hiérarchie dans l'ordonnancement familial, pour laquelle le mari doit être considéré, par rapport à sa femme, comme *primus inter pares* »⁸⁷⁷. La consécration de l'égalité des époux visait ainsi l'abrogation définitive de l'incapacité juridique de la femme et à « affirmer la valeur de la mère dans la famille, considérée comme le centre de l'unité »⁸⁷⁸. Le rapporteur CORSANEGO expliquait que l'intention des constituants était d'« adopter par la voie législative des normes qui ne bouleversent pas la hiérarchie naturelle de la famille »⁸⁷⁹.

426. Ceci confirme d'ailleurs ce qui a fait l'objet d'analyse au cours de la première partie de cette étude : la consécration de l'égalité n'impliquait pas l'élimination des différences de traitement⁸⁸⁰, du moins celles qui étaient nécessaires pour que la conception de la famille de l'État ne soit pas ébranlée.

427. **La femme, pilier de l'unité familiale.** - La promotion de la centralité de la femme dans l'architecture unitaire de la famille passait d'ailleurs par la prévision d'autres inégalités de traitement. La loi punissait plus sévèrement l'adultère de l'épouse que l'infidélité de l'époux, et ce, aussi bien en droit français qu'en droit italien⁸⁸¹. Les décisions de la Cour constitutionnelle italienne relatives à la répression pénale de l'adultère de l'épouse, anciennement inscrite à l'article 599 du Code civil italien, sont marquantes à cet égard. La disposition d'égalité consacrée à l'article 29 alinéa 2 de la Constitution italienne ne pouvait en effet pas être détachée du souci de protection de l'unité familiale, entendue en tant que stabilité. En effet, comme la Cour l'affirmait dans l'arrêt n° 64 de 1961⁸⁸², la conduite fautive de la femme était considérée comme ayant un pouvoir corrosif plus important que celle de l'homme. La Cour soulignait qu'une telle gravité dérivait de la diminution de la réputation sociale de la famille qu'un tel comportement engendrait⁸⁸³. Elle procédait également des conséquences négatives que l'idée de la mère dans les bras d'un étranger provoquait sur l'éducation et sur la discipline morale des jeunes enfants⁸⁸⁴. Elle découlait, enfin, du danger de l'introduction dans

⁸⁷⁶ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia, op. cit.*, p. 11, T.d.A.

⁸⁷⁷ *La Costituzione della Repubblica, illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del segretariato generale della camera dei deputati*, Colombo, Roma, 1948, p. 68, T.d.A.

⁸⁷⁸ *Idem.*

⁸⁷⁹ *Idem.*

⁸⁸⁰ V. *supra*, § 63.

⁸⁸¹ Art. 599 anc. Cod. pén. it., abrogé par la C. const. it., 23 novembre 1961, n° 6161 ; art. 337 Cod. pén. fr. resté en vigueur jusqu'à l'adoption de la loi fr. n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce. Cf. *infra* § 427.

⁸⁸² C. const. it., 23 novembre 1961, n° 64/1961, préc.

⁸⁸³ *Idem.*

⁸⁸⁴ *Idem.*

la famille d'enfants n'ayant pas été engendrés par le mari⁸⁸⁵. CARBONNIER expliquait à ce titre que « l'adultère de la femme est, pour la famille et pour la société, plus dangereux que celui de l'homme : il risque de perturber la vérité des filiations »⁸⁸⁶. La Cour constitutionnelle italienne conclut pour ces raisons dans le sens de la conformité à l'ancien article 599 du Code pénal italien au principe d'égalité. C'était donc le maintien de l'unité de la famille elle-même, unité dont l'épouse incarnait le symbole, qui poussait à introduire des normes inégalitaires, sanctionnant plus lourdement celle dont les comportements auraient eu le plus d'impact sur la stabilité de la famille. Les règles relatives à la transmission du nom de famille et de la nationalité s'inscrivaient dans la même logique de protection de l'unité de la famille. La famille gravitait autour de la figure du mari et perpétuant un héritage du droit coutumier⁸⁸⁷, l'épouse pouvait adopter le nom de famille de son conjoint à titre de nom d'usage, tandis que l'inverse n'était pas possible⁸⁸⁸. La transmission du nom de la mère aux enfants n'était, de même, pas envisagée en droit français comme en droit italien⁸⁸⁹, règle qui s'étendait aux familles naturelles dans lesquelles les deux parents avaient simultanément reconnu l'enfant⁸⁹⁰. Les règles relatives à la transmission de la nationalité suivaient la même logique centralisatrice. L'épouse adoptait en effet la nationalité de son conjoint sans que l'inverse ne soit possible, aussi bien en droit français qu'en droit italien⁸⁹¹.

428. La relation entre le père et les enfants était également hiérarchisée, ces derniers étant historiquement soumis à la puissance paternelle, règle reprise par le Code Napoléon⁸⁹². Ce concept trouvait ses origines en droit romain, époque à laquelle la société reposait sur des familles soumises à l'autorité des pères de famille, dont la puissance n'était pas limitée dans le temps⁸⁹³. Bien que l'influence chrétienne ait estompé l'absolutisme d'un tel pouvoir⁸⁹⁴, il a

⁸⁸⁵ *Idem*.

⁸⁸⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 111 ; v. également A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 198.

⁸⁸⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Droit des personnes et de la famille de 1804 au Pacs (et au-delà...) », *Pouvoirs*, n° 4, 2003, p. 40, § 12 ; F. LE DOUJET-THOMAS, « Nom de famille et nom d'usage : le système onomastique a-t-il un genre ? », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, *op. cit.*, pp. 67-84, et spéc. pp. 68 et 71.

⁸⁸⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 125.

⁸⁸⁹ Cette règle n'a pas été mentionnée dans le Code civil français jusqu'à l'adoption de la loi fr. n° 2002-304 du 4 mars 2002 *relative au nom de famille*, introduisant l'art. 311-21 Cod. civ. fr., ni même par le Code civil italien. V. les évolutions ultérieures sur le sujet, *infra*, § 484 et s.

⁸⁹⁰ Art. 443-1 anc. Cod. civ. fr. ; art. 262 Cod. civ. it. Pour aller plus loin v. F. LE DOUJET-THOMAS, « Nom de famille et nom d'usage : le système onomastique a-t-il un genre ? », *op. cit.*, p. 68 et s.

⁸⁹¹ Jusqu'à l'adoption de la loi fr. 9 janvier 1973 n°73-42 et de la loi it. 21 avril 1983, n° 123.

⁸⁹² O. ROY, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 353, § 809.

⁸⁹³ A. LEFEBVRE-TEILLARD, v. « Famille », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 701.

⁸⁹⁴ *Idem*. V. également les développements *infra*, § 515 et s.

perduré tant que l'effet structurant de la soumission des enfants aux pères a été considéré comme nécessaire afin d'assurer la stabilité familiale. L'intérêt de l'enfant n'était pas, ici comme ailleurs, au centre du raisonnement juridique. Son intérêt était en effet subordonné aux intérêts de la famille, portés par le père. L'ancien article 319 du Code civil italien est marquant à cet égard, puisqu'il imposait aux parents – comme Monsieur SESTA le rappelle – « de conformer la personnalité de l'enfant à un modèle moral objectif et socialement accepté »⁸⁹⁵.



429. Les rôles familiaux étaient ainsi définis et hiérarchisés par le droit français et italien selon un modèle favorisant la stabilité de la famille fondée sur le mariage. Cette stabilité participait à l'architecture qui faisait de la famille le miroir de l'État. Par ailleurs, dans des temps passés, la volonté de poursuivre le but de l'unité patrimoniale de la famille a conduit à réduire la protection de l'intérêt de l'enfant à peau de chagrin. Ce but exigeait en effet de prévoir des différences de traitement même entre enfants légitimes.

2) Les inégalités garantissant l'unité patrimoniale de la famille

430. Dans le temps, la famille était considérée comme l'unité de production élémentaire de la société⁸⁹⁶, ce qui justifiait la protection de son unité patrimoniale. Ces considérations dictaient les inégalités touchant les enfants légitimes. Il s'agissait plus particulièrement du droit d'aînesse et du privilège de masculinité qui permettaient de léguer au premier enfant mâle la plus grande portion d'héritage familial.

431. Le droit d'aînesse et le privilège de masculinité dans la succession ont disparu à la fin du XVIII^e siècle en droit français⁸⁹⁷ et avec l'adoption du Code du Royaume d'Italie en 1865 en Italie⁸⁹⁸. L'élimination des différences de traitement des frères et sœurs légitimes n'était cependant pas nettement liée à une volonté d'égaliser le traitement réservé aux enfants afin de les protéger, mais plutôt le reflet de la volonté révolutionnaire d'abolir les privilèges ayant existé sous l'Ancien Droit et permettant la pérennisation de dynasties familiales. Par la suite, avec l'avènement de l'Ère industrielle à la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècle, la famille

⁸⁹⁵ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 249. V. également G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, op. cit., p. 249.

⁸⁹⁶ J.-J. LEMOULAND, « Famille », op. cit., § 5.

⁸⁹⁷ R. MARTIN, « L'Homme des droits », *RTD civ.*, n° 2, 2000, pp. 283-289, spéc. § 2.

⁸⁹⁸ « Diritto di maggiorasco » en italien. V. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, 3^e éd. CEDAM, Wolters Kluwer, Padoue, 2014, p. 846.

a commencé à se transformer d'unité de production en unité de consommation⁸⁹⁹. Cet élément fit sensiblement diminuer l'intérêt porté à l'unité patrimoniale de la famille, et, par-là, l'intérêt à réinstaurer les privilèges successoraux. La disparition de l'inégalité de traitement qui accompagnait l'existence d'un tel privilège fut ainsi dictée par un premier changement dans les buts assignés à la famille légitime.



432. Il ressort de ce qui précède que le fait que la famille fondée sur le mariage constitue la cellule de base de la société amenait les institutions étatiques italiennes et françaises à défavoriser les formations familiales hors mariage et, parallèlement, à garantir la stabilité de la première à travers la hiérarchisation des rôles de ses membres. PERELMAN rappelait un arrêt significatif rendu en 1889 par la Cour de cassation de Belgique. L'auteur relate que les juges affirmaient que la consécration du principe d'égalité « n'entame en rien des inégalités que l'on trouve conformes à la nature des choses, parce que de pratique courante [...] telle que la situation faite aux femmes dans la vie politique, leur subordination au mari dans le mariage, ou l'inégalité de traitement réservé aux enfants naturels par rapport aux enfants légitimes »⁹⁰⁰. Ces inégalités de traitement étaient fonctionnelles à la protection et à la promotion de la conception de la famille de l'époque.

France et Italie définissaient des inégalités similaires car les vues sur ce que la famille devait être l'étaient, ce que le caractère limité de la notion de « famille » aidait. Face au choix d'un unique modèle familial, les cas de divergences dans la définition des exigences substantielles de différence de traitement étaient donc réduits.

433. Les traitements défavorables de certaines catégories par rapport à d'autres trouvaient cependant également leur limite dans ce que la promotion du modèle familial imposait. Ainsi les différences de traitement pouvaient être moindres ou compensées là où cela n'entravait pas la promotion de la famille fondée sur le mariage.

⁸⁹⁹ *Idem.*

⁹⁰⁰ Cass. belge, 11 novembre 1889, cité par Ch. PERELMAN, « Égalité et valeurs », *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 25, n° 97 (3), *L'égalité*, 1971, p. 384.

II) La protection des intérêts individuels compatibles avec la promotion de la famille légitime

434. La protection de l'intérêt de l'enfant n'était pas un objectif étranger aux droits français et italien, bien qu'il ait été conçu conformément à la conception de la famille de l'époque. De même, la position de faiblesse dans laquelle les droits français et italien figeaient la femme n'était pas ignorée⁹⁰¹. Le but premier des législateurs français et italien était toutefois de favoriser et de protéger la famille fondée sur le mariage. La protection de l'individu avait ainsi avant tout lieu à travers son insertion dans la famille légitime⁹⁰². Dès lors, les droits de l'épouse **(A)** et des enfants nés hors mariage **(B)** n'étaient garantis que dans la mesure où ils n'entravaient pas la promotion de la famille légitime ni la sanction des situations familiales constituées en violation du droit de la famille.

A) La prise en compte de l'intérêt de l'épouse

435. Le système italien rééquilibrait les prérogatives attribuées à l'époux à travers la prévision d'autres inégalités, venant ici favoriser la femme. Les pouvoirs du mari, et notamment sa puissance maritale, trouvaient une contrepartie dans l'imposition à celui-ci d'un devoir d'entretien de son épouse en cas de séparation des corps, dès lorsqu'une faute pouvait lui être attribuée. En revanche, l'épouse fautive était tenue d'entretenir son conjoint uniquement à la condition que ce dernier n'ait pas eu des moyens de subsistance suffisants⁹⁰³. En 1967, la Cour constitutionnelle italienne considérait d'ailleurs que cette norme était conforme au principe d'égalité. Elle affirmait qu'« [i]l apparaît clairement que dans le système du Code civil les devoirs imposés au mari [...] doivent être appréciés à la lumière de l'avantage qui lui est conféré [par le droit]. Aucune diminution de ses obligations ne peut, dès lors, être prévue, car cela romprait l'équilibre qu'on a voulu former dans les rapports entre époux »⁹⁰⁴.



436. Les traitements défavorables prévus pour l'épouse et qui servaient à structurer la famille, telle que l'État la concevait, étaient ainsi compensés, notamment en droit italien, par d'autres

⁹⁰¹ L'individualisme croissant en droit de la famille, notamment à la suite de la Révolution française est mis en évidence par M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., pp. 11-12.

⁹⁰² *Idem.*

⁹⁰³ Art. 145 anc. Cod. civ. it., par la suite déclaré contraire à la Constitution par l'arrêt C. const. it., 24 juin 1970, n° 133.

⁹⁰⁴ C. const. it., 12 décembre 1967, n° 144/1967, préc., point 1 des *Considérant en droit*, T.d.A.

inégalités de traitement défavorisant l'époux à l'avantage de l'épouse. L'intérêt de l'enfant était également pris en compte par la compensation de certaines inégalités de traitement touchant l'enfant né hors mariage. La définition de cet intérêt était néanmoins à son tour redevable de la conception de la famille érigeant la famille légitime en modèle.

B) La prise en compte de l'intérêt de l'enfant

437. La protection de l'intérêt de l'enfant n'était pas non plus un but étranger au droit de la famille française et italienne à l'époque où la famille légitime était érigée en modèle. La conception même de l'intérêt de l'enfant était redevable de la conception de la famille de ces pays (1). Par ailleurs, si la protection de cette dernière imposait des inégalités de traitement, d'autres droits étaient garantis afin d'assurer la plus large protection possible dans l'ancien système (2).

1) Les inégalités des sexes commandées par l'intérêt de l'enfant

438. **L'inégalité des sexes au service de la conception de l'intérêt de l'enfant de l'époque.**

- L'analyse du droit français et italien de l'époque permet de mettre en lumière une correspondance entre l'unité de direction de la famille et la conception de l'intérêt de l'enfant. Relativement à la protection des enfants légitimes, l'ancien article 340 du Code civil italien prévoyait que la veuve s'étant remariée pouvait se voir retirer par voie juridictionnelle ses pouvoirs d'administration des biens des enfants⁹⁰⁵, mesure qui n'était pas envisagée pour le veuf. La Cour constitutionnelle, interrogée sur la conformité au principe d'égalité de cette disposition, donna une réponse positive. « Le législateur – affirme la Cour – a été indubitablement guidé par le souhait de protéger les intérêts des enfants nés du premier lit : [...] il a considéré que la mère ayant créé une nouvelle famille et étant distraite par les soins exigés par celle-ci, risque de donner à l'enfant moins d'attention ou d'être moins apte à la bonne administration de ses biens »⁹⁰⁶. Cela justifiait l'absence de caractère arbitraire de la norme et amenait la Cour à la déclarer conforme aux articles 3 et 29 de la Constitution italienne car « une déclaration d'illégitimité constitutionnelle permettrait d'assimiler la veuve au veuf, mais soustrairait à l'enfant la protection que la norme lui offre aujourd'hui »⁹⁰⁷. La veuve remariée

⁹⁰⁵ Qui étaient alors attribués à la personne désignée par le tribunal.

⁹⁰⁶ C. const. it., 4 mai 1966, n° 49, § unique, préc.

⁹⁰⁷ *Idem*.

était en effet censée reprendre son rôle au sein de la nouvelle famille, rôle, rappelons-le, qui participait au maintien de la stabilité de la famille, et ici donc, de la nouvelle famille de la veuve.

439. Ce qui est mis en exergue, ce n'est alors pas une inaptitude générale des femmes à la gestion des biens, mais plutôt une supposée incapacité de prendre correctement en charge toutes les tâches lui incombant si l'administration des biens venait s'ajouter au soin du foyer et des enfants. La loi, en permettant à la femme de continuer à exercer ses fonctions familiales dans de bonnes conditions, permettait ainsi la protection de l'intérêt de l'enfant. C'est donc ce dernier qui justifiait la différence de traitement. Dans l'optique de l'époque, l'intérêt de l'enfant était alors respecté à travers l'attribution des pouvoirs dans la famille légitime à l'homme, jugé plus apte à la bonne administration des biens, dès lors que la femme était déjà chargée du soin du foyer.

440. Le même souci de protection de l'intérêt de l'enfant, tel qu'il était conçu à l'époque, apparaissait dans le Code Napoléon relativement au partage de la garde des enfants entre parents divorcés. Le rôle de la mère étant de prendre soin des enfants en bas d'âge, elle en avait la garde jusqu'à 7 ans. Après cet âge, les filles restaient avec la mère, tandis que les garçons étaient confiés au père⁹⁰⁸, de sorte que chaque enfant était instruit convenablement selon les tâches qui allaient lui revenir par la suite.

441. **Différentes conceptions de l'intérêt de l'enfant en France et en Italie.** - La distinction des pouvoirs des parents sur les enfants selon le sexe des premiers correspondait, à la conception de l'époque de l'intérêt de l'enfant, même né en dehors de la famille fondée sur le mariage. La protection de l'intérêt de l'enfant à travers la concentration des pouvoirs ne se concrétisait toutefois pas selon les mêmes modalités en droit français et en droit italien. Ceci est particulièrement visible dans l'analyse des règles régissant l'exercice de la puissance paternelle de l'époque et dévoile finalement deux conceptions distinctes de l'intérêt de l'enfant en France et en Italie.

442. À partir de 1907⁹⁰⁹ le droit français attribuait l'autorité parentale au père en cas de reconnaissance concomitante par les deux parents cohabitants. Cependant, lorsque les parents ne vivaient pas ensemble, l'autorité était confiée à la mère. C'était elle, en effet, qui était vouée à s'occuper des enfants. La conception de l'intérêt de l'enfant en droit français était donc

⁹⁰⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 273.

⁹⁰⁹ O. ROY, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 354 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Paris, p. 225.

influencée par le principe de la répartition des rôles familiaux selon le sexe. Ce principe dictait notamment qu'en l'absence d'intérêts familiaux à protéger, la mère détienne l'autorité sur les enfants.

443. La conception italienne de l'intérêt de l'enfant de l'époque était en revanche différente et commandait des inégalités de traitement opposées à celles établies par le droit français. C'est ce que nous montre un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle italienne en 1966 relatif à la conformité à l'article 29 de la Constitution de la règle conférant uniquement au père les pouvoirs sur l'enfant naturel reconnu par ses deux parents non cohabitants. « Le législateur – soulignait la Cour – a souhaité éviter que les dissensions des parents puissent compromettre l'éducation ou l'administration des biens des enfants. [...] [Et puisque] l'exercice collégial de la puissance paternelle est considéré comme dangereux là où l'unité familiale n'existe pas, il ne pouvait qu'être attribué à un seul des parents [...] »⁹¹⁰. Par cet arrêt, la Cour italienne montre que le système hiérarchique donnant prééminence au père permettait la protection de l'intérêt de l'enfant dans la conception de l'époque même au sein des situations familiales hors mariage. La notion de puissance paternelle était toutefois beaucoup plus forte en droit italien qu'en droit français, comme en atteste le fait que la notion de puissance parentale n'ait été abandonnée que par le décret législatif de 2013⁹¹¹ par le législateur italien, date à laquelle il l'a remplacée par la notion de responsabilité parentale. Bien qu'en principe l'autorité parentale soit exercée de manière conjointe depuis l'adoption de la loi du 4 juin 1970⁹¹² par le législateur français et de la loi n° 151/1975⁹¹³ par le législateur italien, la prééminence du père sur la mère a laissé des traces jusqu'en 2013. C'est en effet le même décret législatif qui a éliminé l'ancien alinéa 4 de l'article 316 du Code civil italien qui disposait qu'en cas de danger actuel de préjudice grave pour l'enfant, le pouvoir d'adopter les mesures urgentes revenait au père.



444. Il ressort de ce qui précède que, bien que le même modèle familial traditionnel était mis en avant en France et en Italie, les conceptions de la famille respectives présentaient des différences. L'intérêt de l'enfant n'était notamment pas interprété de la même manière, ce qui donnait lieu à la définition d'exigences de différences de traitement distinctes dans les deux pays. Ces divergences laissent ainsi entrevoir que la subordination des contenus de l'égalité à

⁹¹⁰ C. const. it., 14 juin 1966, n° 71, § unique *T.d.A.*

⁹¹¹ D.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, préc., entré en vigueur le 7 février 2014.

⁹¹² Loi fr. n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale*.

⁹¹³ Loi it. 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*, préc.

la conception de la famille empêche de considérer que ces dernières sont similaires, y compris entre pays proches. Même lorsque le modèle familial protégé et promu par deux pays est partagé, des différences peuvent exister dans les conceptions de la famille. Cela laisse présager que la diversification de formes familiales acceptées par les États accroît le risque de divergence dans les exigences substantielles d'égalité que ces derniers définissent.

445. En France comme en Italie, néanmoins, à l'époque où la famille légitime était encore le modèle, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant passait par l'emploi de mécanismes divers venant compenser – au moins en partie – le statut défavorable des enfants nés en dehors du mariage.

2) Les avantages offerts aux enfants naturels

446. Relativement à la protection offerte aux enfants ne pouvant pas établir leur filiation paternelle, la jurisprudence française avait recours aux instruments du droit commun afin d'obliger le « pouvant-être père »⁹¹⁴ à entretenir l'enfant ou afin d'accorder la réparation du préjudice subi, notamment, par la mère dolosivement séduite⁹¹⁵. Par la suite, l'introduction de l'action à fins de subsides dans les deux pays⁹¹⁶ vint consacrer les droits alimentaires des enfants nés hors mariage⁹¹⁷.

447. Les législateurs français et italien faisaient également en sorte de donner le statut d'enfant légitime au plus grand nombre d'enfants. À cette fin, des mécanismes étaient prévus. Premièrement, la présomption de paternité permettait, et permet, d'attribuer aux enfants nés dans le mariage le statut le mieux protégé par la loi, celui d'enfant légitime, sans besoin de

⁹¹⁴ Expression empruntée à J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 341.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 339.

⁹¹⁶ Anciennement appelée action à fin d'aliments en droit français. Art. 342 anc. Cod. civ. fr., introduit par la loi du 15 juillet 1955 sur la *reconnaissance des enfants naturels*, aujourd'hui repris par les art. 342 à 342-8 du même Code. L'action a été remplacée par l'action à fins de subsides par la loi du 3 janvier 1972. Cf. *Ibid.*, p. 340. L'action qui vise le « mantenimento », c'est-à-dire l'entretien, en droit italien, est consacrée par l'art. 279 Cod. civ. it. Elle était déjà envisagée par le Code civil du Royaume d'Italie de 1865 à l'art. 193 à des conditions permettant de considérer que le débiteur d'aliments était effectivement le parent de l'enfant. Sur le droit aux aliments dans le droit italien antérieur v. P. VACCARI, *Corso di storia del diritto italiano. Parte speciale – Il diritto di famiglia nei codici italiani del XIX secolo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milan, 1975, p. 64 et s.

⁹¹⁷ Encore fallait-il, jusqu'en 1972, en droit français, que la filiation eût été certaine ou vraisemblable. Cette loi abandonna la condition de la certitude ou de la vraisemblance de la filiation, pour y substituer la simple possibilité de la filiation. Cette condition demeure encore aujourd'hui en droit italien. Elle a néanmoins une portée résiduelle puisque les cas d'impossibilité d'établissement de la filiation ont été sensiblement réduits par la réforme du 10 décembre 2012. Pour l'énumération des cas d'impossibilité d'établir les liens de filiation en droit italien encore en vigueur v. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 381 et s.

prouver la paternité⁹¹⁸. La présomption jouait d'ailleurs de manière très large en droit français, y compris dans des cas d'absence prolongée du mari au domicile conjugal pendant la période légale de conception⁹¹⁹. Il en allait de même en droit italien, où les cas de contestation de la présomption de paternité étaient fortement encadrés⁹²⁰. En ce sens, dans « ce système [...] l'intérêt de l'"ordre" prévaut, tout en coïncidant dans la majeure partie des cas avec celui de l'enfant que l'on cherche à préserver »⁹²¹. La légitimation⁹²² permettait également aux enfants nés en dehors du mariage et reconnus par ses parents naturels d'acquérir le statut d'enfant légitimé si les parents s'étaient mariés par la suite ou avaient abstraitement pu se marier⁹²³. La possibilité d'adopter son propre enfant né en dehors du mariage était parfois admise⁹²⁴.



448. En conclusion, tant que l'État a voulu promouvoir et protéger la famille fondée sur le mariage et s'assurer que cette famille remplissait les fonctions qui lui étaient assignées, la définition des inégalités de traitement était fonctionnelle à la poursuite de ces buts. Les intérêts individuels entrant en conflit avec ceux de la famille légitime étaient protégés uniquement dans la mesure où cela n'empêchait pas la promotion de cette dernière. À l'époque, ces intérêts ne trouvaient pas de protection à travers l'égalité de traitement, mais par l'attribution de droits autres que ceux qui étaient garantis aux membres de la famille légitime, favorisés par le droit, et par la prévision d'autres inégalités de traitement venant compenser les premières.

449. Cela montre que la définition des inégalités de traitement dépendait strictement de la conception de la famille. Les traitements différents entre hommes et femmes étaient prévus en fonction de l'image que l'on avait de leurs aptitudes respectives, en fonction de ce que l'on considérait être la nature et le tempérament de la femme, mais encore de l'honorabilité qui devait s'attacher à la personne de cette dernière. Les traitements des parents étaient également prévus en fonction de ce que commandait à l'époque l'intérêt de l'enfant, en sachant que la

⁹¹⁸ Art. 231 Cod. civ. it. ; art. 312 Cod. civ. fr. Pour aller plus loin v. A. LEFEBVRE-TEILLARD, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 69, 1991, pp. 331-341.

⁹¹⁹ V. les exemples offerts par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., pp. 344-335. L'auteur souligne que, plus que la paix des familles, la déclaration de paternité servait l'intérêt de l'enfant (p. 335).

⁹²⁰ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, op. cit., p. 770.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 340.

⁹²² Art. 280 anc. Cod. civ. it. ; art. 329 anc. Cod. civ. fr.

⁹²³ Dans ce dernier cas, la légitimation se faisait par autorisation de justice dans les deux pays.

⁹²⁴ Ce qui avait l'avantage de créer un lien de filiation moins fragile que la filiation naturelle et qui permettait aux enfants adultérins de gagner les mêmes droits successoraux que les enfants légitimes et, à partir de 1972, que les enfants naturels simples. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 542.

famille fondée sur le mariage était le cadre au sein duquel sa protection était assurée. Il ressort d'ailleurs de ce qui précède que la notion d'intérêt de l'enfant faisait l'objet de lectures différentes dans des ordres juridiques qui, comme la France et l'Italie, définissaient un seul et unique modèle familial. Cette divergence fournit un premier indice de la variabilité des conceptions de la famille, et donc, des exigences substantielles d'égalité, entre États géographiquement et culturellement proches, et y compris lorsque le modèle familial choisi par ces ordres juridiques est le même. L'universalisme qui leur est attribué en raison de leur supposée similarité dans ces ordres juridiques en ressort ainsi entaché. Les analyses à suivre nous conduiront à le réfuter totalement par stratifications successives. La couche suivante porte sur la constatation du fait que l'abandon de ces inégalités de traitement n'a pas eu lieu avec le même rythme en France et en Italie. La lenteur italienne à mettre en place les réformes éliminant certaines différences de traitement par rapport à la France est significative puisqu'elle permet de confirmer que la définition des exigences substantielles d'égalité dépend de, et ne guide pas, l'évolution de la conception de la famille.

§2) Les exigences substantielles d'égalité, reflet de l'abandon de la conception traditionnelle de la famille

450. Le XX^e siècle a vu le regard sur la famille changer, amenant la France et l'Italie à se détacher de la conception traditionnelle de la famille. L'évolution des contenus de l'égalité a suivi ce mouvement. Plus exactement, deux facteurs peuvent être mis en évidence comme guidant la définition de ces exigences substantielles d'égalité. Ces dernières sont notamment asservies aux buts que le législateur assigne à la famille **(I)** et dépendent de l'influence que la religion exerce sur le droit de la famille de l'ordre juridique en cause **(II)**. Par ailleurs, leur modification ne se manifeste pas uniquement au niveau de l'élaboration des normes de droit interne, mais également des règles de conflit **(III)**.

I) Les exigences substantielles d'égalité à la lumière de la mission assignée à la famille

451. La première guerre mondiale a amené à la mutation du but assigné à la famille par l'État⁹²⁵, à une époque dans laquelle la notion d'égalité n'avait pas encore fait son entrée en scène. Ce qui avait changé était en revanche la place des intérêts individuels en matière familiale. L'analyse de cette évolution permettra de montrer que l'évolution du but assigné à la famille était le préalable nécessaire de l'élimination des anciennes inégalités de traitement. La famille a en effet cessé d'être un instrument des intérêts collectifs pour devenir un instrument des intérêts individuels **(A)**. C'est donc l'essor de ces derniers qui a conduit à multiplier les outils de leur protection, parmi lesquels est apparu le principe d'égalité **(B)**.

A) L'évolution des finalités de la famille

452. Avec le temps, les ordres juridiques français et italien se sont distanciés de la famille miroir de l'État, pour se diriger, dans des mesures variables, vers une conception de la famille intéressée au « bonheur » des individus **(1)**. De la famille cellule de base de la société, caractérisée par sa stabilité, les ordres juridiques français et italien sont passés à la famille caractérisée par son unité **(2)**.

⁹²⁵ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 220 ; J.-Y. CHEVALIER, *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français*, LGDJ, Paris, 1967, p. 2.

1) De la famille fondée pour la société à la famille fondée pour l'individu

453. En 1967 Monsieur CHEVALIER ouvrait son ouvrage consacré à la filiation naturelle simple et à la filiation alimentaire en droit international privé français par le propos suivant :

« La filiation naturelle simple et la filiation adultérine ou incestueuse constituent en Droit international privé français une double question d'actualité. Les troubles consécutifs aux guerres, l'occupation par les troupes étrangères de nombreux territoires ont eu pour effet d'entraîner la naissance de nombreux enfants. La plupart du temps, il s'agit d'enfants illégitimes souvent abandonnés par leur père. Lorsque celui-ci a quitté le territoire où est élevé l'enfant, il est difficile, sinon impossible pour ce dernier, ou pour ceux qui s'en occupent, de lui obtenir les subsides nécessaires. Le caractère souvent occulte des naissances hors mariage soulève des difficultés de preuve. Ces difficultés sont accrues par la fréquence croissante des unions de fait par rapport aux unions régulières entre personnes de nationalités différentes. Outre le désordre des mœurs consécutif aux périodes de guerre, les perturbations apportées à l'équilibre social par les bouleversements politiques susceptibles d'entraîner d'étranges mouvements de population atteignent souvent la solidité et la stabilité de la famille légitime. Il est une règle de droit naturel qui, par son humanité profonde, a pénétré notre Droit interne ainsi que de nombreux Droits étrangers. Elle s'énonce communément sous la forme du vieil adage coutumier "Qui fait l'enfant doit le nourrir" »⁹²⁶.

454. La pensée de l'auteur nous conduit à remarquer qu'à la fin des années soixante il n'était pas encore question d'égalité des enfants. La prise de conscience de la nécessité de protéger ces derniers était en revanche à l'œuvre. La transformation des mœurs assouplissait le regard porté sur les relations familiales hors mariage. La première grande guerre a en effet eu un impact essentiel sur l'évolution de la conception française et italienne de la famille. Elle a marqué le début de l'affaiblissement de l'importance donnée à la famille fondée sur le mariage et l'accroissement corrélatif de la prise en compte des intérêts individuels⁹²⁷. L'élimination des

⁹²⁶ J.-Y. CHEVALIER, *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français*, op. cit., 1967, p. 2.

⁹²⁷ *Idem.* ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 220.

anciennes inégalités de traitement découlera de la synergie de ces deux éléments.

455. Cette analyse est confirmée par l'analyse de l'histoire du droit de la famille. Deux extraits de l'*Introduction historique du droit de la famille* de Madame LEFEBVRE-TEILLARD méritent d'être reportés à cet égard. L'auteure explique quel était le climat qui conduira plus tard à éliminer la plupart des anciennes inégalités, et permet de comprendre que ce changement profond du panorama familial a été le préalable sans lequel le principe d'égalité n'aurait pas acquis d'autre utilité que celle de garantir la généralité de la loi⁹²⁸. L'auteure réfère que :

« L'État désormais s'intéresse moins à la famille qu'aux individus qui la composent. [...] Les préoccupations populationnistes remontent haut, mais elles ont pris sous la III^e République une place prépondérante dans la défense de la famille légitime, essentiellement considérée ici dans sa fonction protectrice. [...] L'État est donc dans ce but, porté à favoriser le mariage »⁹²⁹.

456. Cela permet de saisir pourquoi l'avènement de la protection des intérêts individuels en matière familiale n'a pas radicalement conduit à la privatisation du droit de la famille. La France et l'Italie ont en effet cessé de voir en la famille la reproduction à petite échelle de l'État. Cependant, en s'intéressant à la protection des individus, le mariage a dans un premier temps été considéré comme étant la voie même permettant d'aboutir à cette protection. Telle est la raison pour laquelle, par ailleurs, les formalités du mariage ont été allégées en droit français au cours des premières décennies du XX^e siècle⁹³⁰. Un second changement dérive cependant de la volonté de recentrer le droit de la famille autour de l'individu :

« [L]e couple devient une fin en soi et non un moyen en vue d'une fin qui lui est supérieure. Ce changement est bien perçu dès les premières années du XX^e siècle par un juriste comme Ambroise Colin qui oppose à l'ancienne idée du devoir "qui dominait naguère l'institution du mariage" l'idée du "bonheur" qui tend à s'y substituer. Le thème de l'amour conjugal [...] a favorisé cette évolution qui est avant tout celle des mœurs. L'industrialisation par les changements profonds qu'elle entraîne, notamment l'essor du travail salarié, facilite cette évolution.

⁹²⁸ V. *supra*, § 64.

⁹²⁹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 220.

⁹³⁰ *Idem*.

L'indépendance qu'elle procure [...] aux enfants, même si elle reste pour les filles très relative, est une réalité avec laquelle l'autorité parentale est obligée de composer. Le mariage tend à devenir une affaire personnelle, se « privatise » au moment même où par ailleurs l'État s'immisce de plus en plus dans la vie familiale, une vie familiale qu'il veut saisir dans toutes ses formes et non plus seulement au travers du mariage »⁹³¹.

457. C'est là que la possibilité de protéger les intérêts individuels y compris en dehors de la famille fondée sur le mariage voit le jour. L'égalité était absente dans cette évolution. Elle n'interviendra en effet que dans un second temps. Cela dévoile que l'égalité est un outil parmi d'autres de la protection des intérêts individuels, employé ou non selon les besoins de la conception de la famille que l'État souhaite définir.



458. Des changements dans la conception de la famille sont intervenus avant que l'égalité ne fasse son entrée en scène et ont été un préalable nécessaire à celle-ci. Il s'agit de l'exigence pressante d'offrir une protection à la famille hors mariage, et notamment aux enfants. Il s'agit également du passage d'une famille fondée sur le mariage dont la formation servait l'État, à une famille fondée sur le mariage, plus accessible, servant l'intérêt de ses membres. Ces évolutions ont notamment amené à abandonner l'exigence de stabilité de la famille pour mettre l'accent sur son unité.

2) De la stabilité à l'unité de la famille fondée sur le mariage

459. Le changement de la vision de la femme en dehors de la famille est venu s'ajouter au déclin naissant de la famille fondée sur le mariage **(a)**. Ce changement a notamment conduit à l'abandon de l'impératif de l'union de la famille, entendue au sens de sa stabilité, et au passage à une idée de l'unité familiale axée autour de la notion de solidarité entre époux **(b)**.

a) La mutation de la conception de la femme

460. Les années soixante ont été marquées par une évolution des mœurs⁹³². Les auteurs font remarquer l'impact que la Deuxième Guerre mondiale a eu sur la vision de la famille, le modèle

⁹³¹ *Ibid.*, p. 221.

⁹³² J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 162.

familial traditionnel ayant été remis en cause à la suite de celle-ci. « L'État désormais s'intéresse moins à la famille qu'aux individus qui la composent »⁹³³, souligne Madame LEFEBVRE-TEILLARD. Ce changement a notamment porté à modifier la vision de la femme dans la société. Les sociologues n'ont pas manqué de remarquer qu'après une phase marquée par la baisse drastique du travail féminin concomitant à l'urbanisation de la société⁹³⁴, lors de la première Grande Guerre les femmes se sont retrouvées à représenter la famille dans la sphère publique⁹³⁵. Le mouvement féministe a commencé à prendre de l'ampleur à ce moment-là⁹³⁶ et ce changement de regard sur la femme s'est manifesté par l'adoption, entre les deux guerres, des lois françaises éliminant l'incapacité juridique de la femme et l'interdiction d'exercer une activité professionnelle sans l'autorisation de son mari⁹³⁷. À la suite des grandes guerres, malgré les hésitations tant sociales que politiques⁹³⁸, il n'était plus possible de continuer à considérer la femme comme inapte à pourvoir aux besoins de la famille⁹³⁹. En clair, « il était difficile, après cela, alors qu'elles étaient de plus en plus nombreuses à travailler, de leur refuser l'égalité »⁹⁴⁰. Ainsi, « les mentalités qui ont bien évolué [ont cessé d'être] un obstacle insurmontable »⁹⁴¹. Monsieur SESTA souligne que la figure du chef de famille est notamment sortie affaiblie de ces évolutions. L'homme n'exerçait plus son pouvoir de manière aussi stricte que la loi le prévoyait à l'égard de son épouse car cette dernière avait gagné en responsabilité et en assurance en dehors de la famille⁹⁴².



461. La guerre a ainsi amené à remettre en cause le modèle familial traditionnel et notamment l'importance de l'individu et, par là, la place de la femme, au sein de celle-ci. La « libre

⁹³³ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 220.

⁹³⁴ V. I. THÉRY, « Peut-on parler d'une crise de la famille ? Un point de vue sociologique », op. cit., 2001, n° 49, p. 495.

⁹³⁵ De cet avis A. ATTI, « L'eguaglianza tra i sessi nel diritto di famiglia », in F. RESCIGNO (dir.), *Percorsi di eguaglianza*, Giappichelli, 2016, p. 34 et s.

⁹³⁶ O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 8.

⁹³⁷ Loi it. 17 juillet 1919, n° 1176, *Norme circa la capacità giuridica della donna*. ; loi fr. 18 février 1938 portant modification des textes du code civil relatifs à la capacité de la femme mariée et loi fr. 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux. V. les développements qu'offre A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., pp. 223-226.

⁹³⁸ CARBONNIER cite notamment « le renouveau familialiste, l'idéologie autoritaire, les idées de communauté et de hiérarchie » qui ont conduit en 1942 à introduire la notion de chef de la famille, ainsi que la persistance du stéréotype féminin y compris chez les femmes, notamment âgées. J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 124.

⁹³⁹ *Idem*.

⁹⁴⁰ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 225.

⁹⁴¹ *Ibid*.

⁹⁴² M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 18.

recherche du bonheur »⁹⁴³ à travers la formation de la famille a ensuite commencé à remplacer la recherche de stabilité. Cet ancien impératif a ainsi commencé à contraster avec l'individualisme naissant en droit de la famille et l'unité-stabilité a fini par céder la place à l'unité-solidarité. Long a donc été le chemin qu'il a fallu parcourir avant de commencer à considérer que les inégalités de traitement permettant la hiérarchisation des époux⁹⁴⁴ perdaient leur raison d'être. Cela permet de comprendre que l'élimination des anciennes inégalités est la conséquence de l'évolution de la conception de la famille.

b) L'influence sur la notion d'unité familiale en droit italien

462. L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle italienne relative à la notion d'unité de la famille montre bien la mutation de la position de la femme dans la société et au sein de la famille. La notion d'unité de la famille inscrite à l'article 29 alinéa 2 de la Constitution italienne a, comme on l'a vu⁹⁴⁵, pendant longtemps été entendue comme une exigence de stabilité. À partir des années soixante, on a assisté à une transformation du sens attribué à l'unité de la famille témoignant ainsi de l'abandon des fonctions institutionnelles jusqu'alors attribuées à celle-ci. « La stabilité de la famille – nous dit Monsieur SESTA – est entre les mains des conjoints ou des partenaires et le droit ne pose plus de règles pour l'assurer »⁹⁴⁶. C'est donc la solidarité entre les époux qui prend le relais de l'ancienne unité-stabilité de la famille.

463. Le 16 décembre 1968, la Cour constitutionnelle italienne fut, une nouvelle fois⁹⁴⁷, amenée à se prononcer sur la conformité au principe d'égalité à l'article 599 du Code pénal qui sanctionnait pénalement l'adultère de la femme. La Cour relevait que l'article 599 du Code pénal « relève des temps passés lorsque la femme, considérée comme juridiquement incapable, [...] était assujettie à la puissance maritale. Depuis, beaucoup de changements ont eu lieu dans la vie sociale : la femme a acquis la plénitude des droits et sa participation à la vie économique et sociale de la famille et de la collectivité tout entière est devenue beaucoup plus intense »⁹⁴⁸. Il ressort des termes de l'arrêt que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 599 alinéas 1^{er} et 2 du Code civil italien n'était pas motivée par une prise en compte accrue de l'égalité des deux sexes en tant que telle, mais de la mutation du regard porté sur les atteintes à l'unité familiale. C'est la nouvelle conception de l'unité de la famille, ne passant plus par la

⁹⁴³ L. CADIET (dir.), v. « Famille », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p. 511.

⁹⁴⁴ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 199.

⁹⁴⁵ V. *supra*, § 420 et s.

⁹⁴⁶ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 26, T.d.A.

⁹⁴⁷ V. *supra*, § 427.

⁹⁴⁸ C. const. it., 16 décembre 1968, n° 126, point 4 des *Considérant en droit*, T.d.A.

stabilité de celle-ci, mais par la solidarité entre époux, qui exigeait l'identité de traitement des époux. Il est possible de lire dans l'arrêt que l'inégalité a été sanctionnée car la différence de traitement de la femme avait des « conséquences psychologiques » sur les époux. La Cour considère en effet que l'épouse en sortait « lésée dans sa dignité », ce qui faisait courir à l'unité familiale un danger aux « proportions plus graves » par rapport à l'égale sanction de l'adultère pour les deux époux.

464. Considérons que si cette décision avait été rendue quelques décennies après, elle aurait probablement été fondée sur le principe d'égalité. Cela permet ainsi de comprendre que ce principe est l'un des possibles instruments de protection des intérêts individuels. En ce sens, nous nous inscrivons dans la pensée de Monsieur MAZIÈRE qui ne voit pas en l'égalité un principe mais une technique du droit privé⁹⁴⁹. Pour que l'inégalité soit éliminée, il est en effet nécessaire que cette protection soit considérée comme souhaitable, ou du moins que l'ancienne inégalité soit devenue superflue. Un changement dans la conception de la famille est donc le préalable nécessaire à toute élimination des anciennes différences de traitement.

465. **L'égalité servant l'unité familiale en droit italien.** - À partir de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne datant du 16 décembre 1968, l'égal traitement de l'époux et de l'épouse a finalement été considéré comme un élément actif du maintien de l'unité familiale en Italie, ce qui amena progressivement la Cour à sanctionner les différences de traitement inscrites dans la loi. Le fondement est devenu, certes, l'égalité des époux. Cela était cependant rendu possible uniquement par le changement de lecture donné à l'unité familiale. Cette nouvelle conception fut d'ailleurs explicitée par la Cour dans le célèbre arrêt n° 133 de 1970, dans lequel elle précisa que « c'est précisément l'égalité qui garantit l'unité [familiale] et, au contraire, c'est l'inégalité qui la met en danger »⁹⁵⁰, puisque l'unité « se renforce dans la mesure où la relation entre les époux est gouvernée par la solidarité et l'égalité »⁹⁵¹. L'égalité des époux a donc été l'instrument mis au service de l'adaptation du droit de la famille italien à la nouvelle conception du couple marié. L'unité de la famille ayant cessé de correspondre à sa stabilité, la soumission de l'épouse à l'autorité de son mari put disparaître, de même que l'indissolubilité de l'union elle-même. C'est en effet dans ce cadre que s'inscrit l'introduction du divorce par le législateur italien en 1970⁹⁵² et l'extension des cas de divorce par le législateur français en 1975⁹⁵³. Comme

⁹⁴⁹ P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, op. cit., spéc. la deuxième partie de la thèse.

⁹⁵⁰ C. const. it., 24 juin 1970, n° 133, préc., point 4 des *Considérant en droit*, T.d.A.

⁹⁵¹ *Idem*.

⁹⁵² Loi it. 1^{er} décembre 1970, n° 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, préc.

⁹⁵³ Loi fr. 11 juillet 1975 n° 75-617 *portant réforme du divorce*, préc.

Monsieur VACCARO le souligne, « la stabilité juridique de la famille cédait [...] le pas à la protection des exigences individuelles des membres qui avaient voulu la créer »⁹⁵⁴. On comprend alors que c'est l'abandon en droit italien de l'exigence de stabilité de la famille qui a conduit à l'égalisation des statuts des époux.



466. Le changement du regard que la société portait sur la femme a été l'élément menant au renouveau de la conception de la famille. La société a cessé de relayer la femme à une fonction domestique. Ainsi, l'unité-stabilité de la famille, assurée par la prééminence du mari sur son épouse, a été remplacée par l'unité-solidarité entre époux, à laquelle les deux conjoints sont appelés à travailler.

467. Le changement du regard porté sur la femme en dehors de la famille est donc l'élément qui a conduit à modifier la conception de la famille, dans le but de faire de la place à la prise en compte des intérêts individuels, et notamment à ceux de la femme mariée et à ceux de l'enfant né hors mariage, ce qui passera, entre autres, par l'élimination de nombreuses différences de traitement.

B) L'essor encadré des intérêts individuels

468. Lorsque les législateurs français et italien ont cessé de voir en la famille la cellule de base de la société, les anciennes inégalités de traitement assurant la stabilité de la famille et posant la famille fondée sur le mariage en modèle ont pu être abandonnées. Toutefois, bien que de larges similitudes dans les exigences substantielles d'égalité définies en droit de la famille français et italien puissent être trouvées, des divergences existent également. Des traces de l'ancienne érection de la famille légitime en modèle perdurent en droit français et en droit italien mais ne touchent pas nécessairement les mêmes aspects. Relativement à ces derniers, des contenus de l'égalité différents sont définis en droit français et en droit italien. Le fait que ces mutations aient avant tout lieu au niveau national explique la diversité des conceptions de la famille des ordres juridiques indépendamment de leur proximité géographique et culturelle et, *a fortiori*, le risque que les solutions adoptées au nom de la même disposition d'égalité ne soient pas conciliables. L'universalisme des exigences substantielles d'égalité ne pourra donc pas être

⁹⁵⁴ G. E. VACCARO, « Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le nuove unioni affettive », *op. cit.*, p. 759 et s., spéc. point 1. *T.d.A.*

fondé sur leur supposée similitude à travers les ordres juridiques appartenant à la même communauté de valeurs et issue de la même tradition. Il ne permettra donc pas de justifier de renoncer à la continuité des situations au nom du principe d'égalité dans les litiges impliquant des ordres juridiques n'appartenant pas à la même communauté de valeurs.

469. Ces différences dans les exigences substantielles d'égalité définies par la France et par l'Italie ressortaient cependant dans le cadre d'un mouvement partagé en France et en Italie. En effet, dans les deux pays la plupart des inégalités entre les époux ont été éliminées **(1)** et la protection de l'intérêt de l'enfant a pu être accrue **(2)**, ce qui permet de montrer que les conceptions de la famille varient d'un ordre juridique à l'autre même lorsque la dynamique dans laquelle ces derniers s'inscrivent est la même.

1) L'égalité des rôles familiaux

470. La diminution de l'importance du mariage, couplé au changement du regard que la société portait sur la femme, a conduit à l'accroissement de la prise en compte des intérêts individuels ce qui est, entre autres, passé par l'égalisation des traitements réservés à certaines situations familiales. Cette mutation de la conception de la famille a notamment conduit les législateurs français à partir de 1965⁹⁵⁵, et italien à partir de 1975⁹⁵⁶, à envisager la famille comme « une communauté de sujets égaux et responsables vis-à-vis des enfants, indépendamment de la qualification juridique de la relation de procréation »⁹⁵⁷. Si un travail d'élimination des anciennes inégalités des sexes a ainsi eu lieu en matière familiale **(a)**, la subordination de la définition des exigences substantielles d'égalité à la conception de la famille de l'ordre juridique à chaque époque implique cependant que l'égalisation trouve sa limite dans la mesure de ce changement **(b)**.

a) L'indifférenciation des rôles familiaux

471. **L'égalisation du statut des époux.** - Pour ne donner qu'une esquisse des égalisations ayant eu lieu, nous nous bornerons à rappeler que la distanciation de la conception traditionnelle a amené à remettre en cause l'unicité de la direction morale et matérielle de la famille. La réforme a eu lieu, en France, avec la loi du 4 juin 1970⁹⁵⁸ modifiant, notamment, l'article 213

⁹⁵⁵ Loi fr. 13 juillet 1965, n° 65-570 portant réforme des régimes matrimoniaux.

⁹⁵⁶ Loi it. 19 mai 1975, n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*, préc.

⁹⁵⁷ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 16.

⁹⁵⁸ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, préc.

du Code civil et, en Italie, avec la loi n° 151/1975⁹⁵⁹ modifiant l'article 143 du Code civil et égalisant, de manière générale, les règles patrimoniales entre époux. Dans la législation française en revanche, si beaucoup d'inégalités dans les règles régissant les rapports patrimoniaux entre époux furent éliminées par la loi de 1965⁹⁶⁰, le mari demeura le chef de la communauté⁹⁶¹ jusqu'en 1986⁹⁶² puisque, jusqu'alors, il avait seul le pouvoir d'administrer les biens communs. À cette date, des pouvoirs concurrents ou conjoints furent donnés à chaque époux pour l'administration des biens communs dans le cadre de la communauté réduite aux acquêts⁹⁶³. Des dispositions du droit des régimes matrimoniaux ont également été insérées en droit français et en droit italien afin d'égaliser les pouvoirs des époux⁹⁶⁴.

472. L'égalisation des rôles parentaux. - L'abandon de l'exigence de stabilité de la famille a également amené la modification du sens donné à l'intérêt de l'enfant tel qu'il a été précédemment exposé⁹⁶⁵, ce qui a amené l'élimination d'autres différences de traitement fondée sur le sexe. La notion de puissance paternelle a notamment été abandonnée au profit de l'autorité parentale.

L'évolution des règles relatives à l'attribution de l'autorité parentale a vu le jour face aux abus et aux négligences dans l'exercice du pouvoir paternel, excès dont la prise en compte au nom de l'intérêt de l'enfant a précisément été rendue possible par l'abandon de l'impératif de stabilité de la famille. Rappelons qu'en droit français la mère détenait en principe déjà l'autorité parentale lorsqu'elle n'était pas mariée et ne cohabitait pas avec le père de l'enfant⁹⁶⁶, car la sexuation des rôles amenait à considérer que le rôle d'éduquer les enfants lui revenait⁹⁶⁷. Le passage de l'unité-stabilité de la famille à l'unité-solidarité poussa ainsi vers le partage de l'autorité parentale, cette idée étant confortée par l'obtention progressive des droits civils par la femme. C'est ainsi que la loi française du 4 juin 1970 élimina la notion de puissance paternelle, pour y substituer la notion d'autorité parentale, exercée par les deux parents⁹⁶⁸.

En droit international privé aussi, les lois étrangères introduisant une différence en raison du

⁹⁵⁹ Loi it. 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*, préc.

⁹⁶⁰ Loi fr. 13 juillet 1965, n° 65-570 *portant réforme des régimes matrimoniaux*, préc.

⁹⁶¹ Expression empruntée à O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 63, § 145.

⁹⁶² Lors de l'entrée en vigueur de la loi fr. du 23 décembre 1985 *relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs*.

⁹⁶³ Art. 1421 Cod. civ. fr.

⁹⁶⁴ Pour aller plus loin v. J. REVEL, *Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., Dalloz, 2014, p. 34 et s. ; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, op. cit., p. 714 et s.

⁹⁶⁵ V. *supra*, 438 et s.

⁹⁶⁶ Art. 374 anc. Cod. civ. fr. en vigueur jusqu'à la loi fr. du 4 mars 2002, préc.

⁹⁶⁷ CARBONNIER citait à cet égard la « féminisation croissante des fonctions d'enseignement » (*Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 274).

⁹⁶⁸ Art. 372 relatif aux parents mariés.

sexe dans l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde de l'enfant étaient écartées non pas au nom du principe d'égalité mais de l'intérêt de l'enfant⁹⁶⁹.

473. Rappelons en revanche qu'en droit italien le législateur a longtemps considéré que l'intérêt de l'enfant commandait de conférer au père l'autorité sur l'enfant, y compris lorsque les parents ne cohabitaient pas⁹⁷⁰. Si la notion de « puissance » (*potestà*) ne fut éliminée que par la réforme de 2012⁹⁷¹ en Italie, la loi n° 151/1975⁹⁷² partagea néanmoins l'exercice de ce pouvoir entre les parents mariés. Avec l'adoption de cette loi, l'on assista à une mutation de la conception de l'intérêt de l'enfant par le législateur italien, qui vint s'aligner à la vision française et qui eut pour effet d'éliminer la différence de traitement entre les parents concernant l'attribution de la responsabilité parentale. En revanche, en cas de divorce, les juges ont eu tendance à conférer à la mère la garde des enfants jusqu'en 1987 en France⁹⁷³ et jusqu'en 2006 en Italie⁹⁷⁴. Cela montre une dissociation entre l'attribution de la responsabilité sur l'enfant et la définition du rôle éducatif de la mère. Ce dernier a été bien plus persistant en Italie qu'en France. Le fait que cette différence ait été éliminée aussi tard en Italie par rapport à la France fournit d'ailleurs l'exemple d'une divergence dans l'exigence substantielle d'égalité définie par ces deux ordres juridiques et ayant perduré pendant deux décennies.



474. Au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle, la France et l'Italie ont cessé de vouloir assurer la stabilité de la famille et sont passées à la recherche de l'unité familiale à travers la solidarité entre époux. L'égalité a été l'un des instruments employés à cette fin puisqu'elle permettait de responsabiliser chaque époux. Ceux-ci cessaient d'être unis par un lien hiérarchique et devenaient solidaires l'un envers l'autre ainsi qu'envers l'enfant. Comme

⁹⁶⁹ Cass., Civ. 1^e, 30 janvier 1979, *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 629, n. Y. Lequette ; CA Paris, 1^{er} juillet 1974, *JDI*, 1975, pp. 525-534, n. Y. Lequette ; CA Poitiers, 24 juillet 1980, *JDI*, 1981, p. 567, n. C. Labrusse ; CA Paris, 13 juillet 1951, *JDI*, 1952, p. 612, n. J.-B. Sialelli.

⁹⁷⁰ V. *supra*, § 443.

⁹⁷¹ V. loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, préc. et d.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012*, n. 219, préc.

⁹⁷² Loi it. 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*, préc.

⁹⁷³ Loi fr. 22 juillet 1987 n° 87-570 sur l'exercice de l'autorité parentale ; J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 274 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (entretien avec), « Droit de garde des enfants : "La loi actuelle est assez équilibrée" », *Le Monde*, 18 février 2013. Au sujet de l'inégalité introduite par la loi du 4 juin 1970 qui attribuait l'autorité parentale sur l'enfant naturel à la mère, y compris lorsque les deux liens de filiations paternelle et maternelle étaient simultanément établis, v. A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, *op. cit.*, pp. 485-502, spéc. p. 487.

⁹⁷⁴ Loi it. 8 février 2006, n° 54, qui a introduit le principe de la *garde partagée* des enfants.

CARBONNIER l'écrivait, « [l]e sens des réformes n'a pas été [...] de dissoudre le ménage. Ce qui a changé, c'est que l'unité qui auparavant était exclusivement attendue de la prééminence d'un chef, l'est aujourd'hui, en général, d'un équilibre de pouvoirs entre deux associés. Mais le ménage continue à s'affirmer, au-dehors aussi bien qu'au-dedans »⁹⁷⁵.

475. Ces égalisations reflétant le changement de la finalité de la famille, elles restèrent limitées par la mesure de celui-ci. L'égalité étant un instrument et non un moteur, le fait que des réformes aient été effectuées au nom de l'égalité ne signifiait pas que toute différence de traitement devait être éradiquée en matière familiale, ni que les mêmes exigences substantielles d'égalité allaient être définies.

b) La limite de l'égalisation

476. Le caractère limité du travail d'élimination des anciennes différences de traitement en raison du sexe opéré en matière familiale confirme le caractère instrumental du principe d'égalité et notamment la subordination de la définition des exigences substantielles d'égalité à la conception de la famille. Ainsi, les inégalités étaient conservées là où cela permettait de conserver la sexuation des rôles souhaitée, à savoir le rôle familial de la femme **(i)** et la prééminence de la figure paternelle par rapport à la mère **(ii)**.

i) Le maintien du rôle familial de la femme

477. Tant que le stéréotype de la figure ou du rôle féminin dans la famille a persisté, les inégalités de traitement des époux ont demeuré, et ce, indépendamment des égalisations des statuts des époux qui avaient parallèlement eu lieu en droit français et italien. Encore une fois, les contenus substantiels de l'égalité ont été le reflet de la conception de la famille. Cela explique notamment que des différences de traitement ont perduré longtemps en Italie, là où celles-ci ont été éliminées beaucoup plus tôt en France.

478. **Inégalités des missions des époux.** - Les différences de traitement qui ont été premièrement éliminées sont celles qui excluaient la femme de l'accomplissement des tâches anciennement réservées au mari, telles que la subvention aux besoins matériels de la famille par le travail et la représentation de la famille en société. L'ancien rôle de l'homme a ainsi été étendu aux deux époux en France et en Italie. Le rôle de l'épouse n'a cependant pas subi le même sort dans ce dernier pays pendant encore des décennies. La jurisprudence

⁹⁷⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 115.

constitutionnelle italienne permet de comprendre que la protection du rôle familial traditionnel de la femme perdurait encore à la fin des années quatre-vingt. Par l'arrêt n° 246/1987⁹⁷⁶, la Cour considéra que la question de la compatibilité avec l'article 37 alinéa 1^{er} de la Constitution italienne de l'interdiction de travail nocturne imposé aux femmes n'était pas fondée. La disposition constitutionnelle elle-même permet en effet d'introduire des différences de traitement réservé aux femmes afin de leur permettre d'accomplir « leur fonction familiale qui est essentielle »⁹⁷⁷. Cette vision du rôle de la femme, notamment dans son rôle concernant l'éducation des enfants, a également existé en droit français. Nous avons déjà vu⁹⁷⁸ en effet qu'à partir de la réintroduction du divorce en 1975 et jusqu'à l'adoption de la loi *Malhuret*⁹⁷⁹, la pratique judiciaire consistait à confier la garde des enfants à la mère⁹⁸⁰. Cela montre ainsi que même après l'égalisation des droits civils des époux et l'abandon du monopole de la direction de la famille de la part du mari, le rôle appartenant à la femme n'a pas été à son tour partagé entre les deux époux. Rappelons que si cela a été le cas jusqu'à la fin des années quatre-vingt en France, en droit italien il a fallu attendre l'adoption de la loi n° 54/2006 qui a introduit le principe de la garde partagée des enfants, permettant de mettre un terme à la même pratique judiciaire⁹⁸¹.

479. Par ailleurs, en droit français, bien que ces considérations puissent être également étendues au droit italien, Madame DIONISI-PEYRUSSE et Monsieur PICHARD font remarquer que la pluralité des modes d'établissement non contentieux de la filiation concerne essentiellement la paternité⁹⁸², tandis qu'« on assiste à une assimilation entre accouchement d'un enfant par une femme et établissement d'un lien de filiation entre cet enfant et cette femme. [...] Les règles applicables à la filiation [...] se déduisent [...] d'une donnée sur laquelle les individus n'ont pas de prise : le sexe. On [part] du principe que [...] toutes les femmes vont [vouloir se rattacher juridiquement son enfant] »⁹⁸³. Les auteurs mettent ainsi en lumière une

⁹⁷⁶ C. const. it., 6 juillet 1987, n° 246, *Foro it.*, 1987, I, 2605, *Impresa*, p. 1987, 1946, *Lavoro e prev. oggi*, 1987, p. 1896, *Cons. Stato*, 1987, II, p. 1130, *Giust. pen.*, 1987, I, p. 367, *Mass. giur. lav.*, 1987, p. 447, *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 653 ; v. F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, *op. cit.*, p. 263.

⁹⁷⁷ Art. 37 al. 1^{er} Const. it.

⁹⁷⁸ V. *supra*, § 473.

⁹⁷⁹ Loi fr. 22 juillet 1987 n° 87-570 sur l'exercice de l'autorité parentale, préc.

⁹⁸⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 263.

⁹⁸¹ En 2015, 89% des séparations ont conduit à la garde partagée des enfants, contre le 8,9% de garde exclusive de la mère. Statistiques officielles ISTAT (correspondant à l'INSEE en France) disponible sur le site <https://www.istat.it/it/files//2016/11/matrimoni-separazioni-divorzi-2015.pdf> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

⁹⁸² A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », *op. cit.*, pp. 57-58.

⁹⁸³ *Ibid.*, p. 58.

différenciation de la paternité et de la maternité reflétant une distinction dans les rôles parentaux.

480. Parallèlement à cela, en droit français une différence demeure relativement à la réclamation de subsides par l'enfant ou son représentant légal. Si l'enfant veut réclamer des subsides à sa mère, il peut le faire uniquement en conséquence de l'établissement de sa filiation maternelle. En effet, l'article 342 du Code civil français prévoit la possibilité d'introduire une action à fins de subsides mais uniquement contre le « pouvant être père », indépendamment de l'établissement de la filiation. Cette situation a, par ailleurs, été aggravée par l'introduction de la possibilité d'accoucher sous X⁹⁸⁴ en 1972⁹⁸⁵ en droit français. Les termes employés par Monsieur PICHARD et Madame DIONISI-PEYRUSSE sont parlants. Les auteurs soulignent que

« la dissymétrie fondamentale de la paternité et de la maternité peut s'expliquer par les fonctions sociales implicitement différentes attribuées aux pères et aux mères. La mère est nécessairement celle qui a donné naissance à l'enfant. Le lien biologique qui s'est noué pendant la grossesse semble devoir impérativement se traduire au-delà de la grossesse. La maternité renvoie à une essence. Tout au contraire, si les hommes, en tant que pères, peuvent être ou ne pas être les géniteurs et semblent, dans une certaine mesure, interchangeables, c'est que la paternité semble moins liée à une essence qu'à une fonction : entretenir l'enfant »⁹⁸⁶.

481. Un autre indice en ce sens est décelable dans la différence des régimes de l'établissement de filiations mensongères. Le droit français permet en effet au ministère public d'agir plus facilement en annulation de la reconnaissance opérée par la mère que par le père⁹⁸⁷. On trouve alors ici un résidu de la sexuation des rôles qui était encore bien présente au XX^e siècle et qui

⁹⁸⁴ Concernant l'inégalité de traitement que cette possibilité introduit entre les hommes et les femmes du point de vue du parallélisme du droit à la recherche de la maternité et de la paternité, v. A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Homme et femme il les créa », *op. cit.*, pp. 1216-1223, point 15, qui souligne que « l'accouchement sous X permet à une femme de ne pas assumer sa maternité. Cette faculté n'est pas offerte à l'homme ».

⁹⁸⁵ Loi fr. 3 janvier 1972, n° 72-3 *sur la filiation*, préc.

⁹⁸⁶ A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, *op. cit.*, pp. 49-66, spéc. p. 65.

⁹⁸⁷ En effet, l'article 336 autorise cette action en justice lorsque la filiation est invraisemblable ou en cas de fraude à la loi. Or, la première de ces conditions sera, le plus souvent remplie uniquement en cas de contestation de la filiation maternelle. Il sera alors nécessaire de prouver la fraude à la loi pour annuler la filiation paternelle. En ce sens, S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN, « Introduction », *op. cit.*, pp. 1-26, spéc. pp. 15-16.

continue de dicter une inégalité de traitement⁹⁸⁸. L'exigence substantielle d'égalité définie en droit italien diverge à cet égard du droit français. L'article 279 du Code civil italien permet en effet de diriger l'action à fins de subsides vers l'un ou l'autre des parents en l'absence d'un lien de filiation.

482. Enfin, malgré la neutralité des textes, la tendance à fixer la résidence des enfants chez la mère en cas de séparation des parents perdure. Cela ancre ainsi cette dernière dans son rôle éducatif, tandis que le père est figé dans son rôle de pourvoyeur d'aliments, son lien avec l'enfant s'affaiblissant à cause de la distance⁹⁸⁹.



483. Des décennies ont séparé la France et l'Italie concernant les réformes conduisant à abandonner le rôle familial de la femme. Pendant ces longs laps de temps, les contenus de l'égalité définis dans chacun de ces ordres juridiques ont ainsi été distincts, car la France prévoyait des exigences d'identité de traitement là où l'Italie continuait de définir des exigences de différence de traitement. Ces divergences ont perduré jusqu'à ce que l'évolution italienne suive l'évolution française de la conception de la famille dans le sens de l'abandon de la sexuation des rôles. Inversement, le droit français connaît toujours une différence de traitement inconnue au droit italien, puisqu'il réserve au père une fonction alimentaire, sorte d'évolution de l'ancienne obligation faite au mari de pourvoir à l'entretien de la famille et notamment des enfants. Cela confirme ainsi la subordination de l'élimination des anciennes différences de traitement au détachement de la conception traditionnelle de la famille.

D'autres inégalités de traitement portent en revanche les traces d'un autre volet de cette conception, à savoir la prééminence de l'homme par rapport à la femme.

⁹⁸⁸ V. par ailleurs, les inégalités de fait relativement aux rapports patrimoniaux entre époux mises en évidence par M. PICHARD, lesquelles ne sont pas éliminées par l'élaboration de dispositions *gender blind* propres au droit positif français (M. PICHARD, « Genre et rapports patrimoniaux entre époux », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, op. cit., pp. 339-355, spéc. pp. 347-349).

⁹⁸⁹ A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », op. cit., pp. 485-502, spéc. p. 495-496.

ii) La persistance de la prééminence masculine : la transmission du nom de famille aux enfants

484. La résistance au changement de la coutume relative à la transmission du nom de famille du père à l'enfant fournit un bon exemple des résidus de promotion de l'ancienne conception de la famille, et notamment du primat conféré à l'homme sur la femme dans le cadre familial⁹⁹⁰. La réforme de la législation relative au nom de famille a tardé à arriver aussi bien en droit français qu'en droit italien. En droit français la réforme date, en effet, de 2002⁹⁹¹. À cette occasion, la notion de « patronyme » a été supprimée et la possibilité de transmettre le nom de famille de la mère ou les noms des deux parents accolés a été insérée. À défaut de choix, néanmoins, le nom de famille transmis demeure celui du père⁹⁹². Cela est surprenant dans la mesure où, en 2013⁹⁹³, le législateur a précisé qu'en cas de désaccord, les deux noms de famille seront transmis dans l'ordre alphabétique. Si une règle sexuellement neutre a été prévue, la réintroduction d'une règle sexuée à défaut de choix montre davantage l'attachement à la règle traditionnelle, d'autant plus que la plupart des individus ignorent la possibilité de choisir le nom de famille. Cet attachement été confirmé en dépit de l'extension, par la loi de 2013, de la possibilité d'adopter aux couples mariés de même sexe. Les articles 357 alinéa 4 et 363 alinéa 3 du Code civil français, relatifs à la dévolution du nom de famille dans l'adoption plénière et simple, ont été modifiés et ont prévu la transmission des noms de famille selon l'ordre alphabétique aussi bien en cas de désaccord qu'à défaut de choix. Le refus de prévoir la même règle dans la filiation non adoptive montre ainsi que l'élaboration d'une règle sexuellement neutre a été guidée uniquement par la nécessité d'adapter les dispositions à l'adoption par un couple de même sexe, et non de renoncer à l'attachement de la transmission du nom de famille du père⁹⁹⁴.

485. En Italie la réticence est encore plus manifeste. Malgré les propositions de loi⁹⁹⁵, pour l'heure, le législateur ne s'est pas prononcé sur la question de la transmission du nom de famille,

⁹⁹⁰ Sur ce sujet v. F. LE DOUJET-THOMAS, « Nom de famille et nom d'usage : le système onomastique a-t-il un genre ? », *op. cit.*, pp. 67-84.

⁹⁹¹ Loi fr. n° 2002-304 du 4 mars 2002, préc.

⁹⁹² Article 311-21 al. 1^{er} Cod. civ. fr.

⁹⁹³ Loi fr. n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, préc.

⁹⁹⁴ En ce sens F. LE DOUJET-THOMAS, « Nom de famille et nom d'usage : le système onomastique a-t-il un genre ? », *op. cit.*, pp. 70-71.

⁹⁹⁵ V. par exemple les projets inachevés de réforme, DdL S.1628 (proposé le 20 mars 2013), *Disposizioni sul cognome dei figli* (« Dispositions sur le nom de famille des enfants ») ; PdL n° 106 du 23 mars 2018, *Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli* (« Modifications au Code civil et autres dispositions en matière d'attribution du nom de famille aux enfants »).

bien que l'ancienne règle se déduisait⁹⁹⁶ des articles 237⁹⁹⁷, 262⁹⁹⁸, et 299⁹⁹⁹ du Code civil italien, ainsi que des articles 33¹⁰⁰⁰ et 34¹⁰⁰¹ du décret du Président de la République n° 396/2000¹⁰⁰². Aucune disposition ne permet en effet de transmettre le nom de famille de la mère à l'enfant né dans le mariage¹⁰⁰³. La coutume de la transmission automatique du patronyme¹⁰⁰⁴ a ainsi continué d'être suivie¹⁰⁰⁵, et ce jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle italienne se prononce sur la contrariété à la Constitution de la norme par un arrêt datant du 8 novembre 2016¹⁰⁰⁶.

486. Il convient à ce propos de remarquer que la Cour constitutionnelle avait déjà été appelée à se prononcer sur la conformité à la Constitution de telle norme. L'évolution de la position de la Cour est marquante à ce propos. Par les ordonnances n° 176 de 1988¹⁰⁰⁷ et n° 586 de 1988¹⁰⁰⁸ la Cour avait déclaré la question de l'attribution à l'enfant des noms des deux parents et la question de l'impossibilité pour la mère de transmettre son nom de famille à l'enfant comme inadmissible, en considérant qu'elle relevait de la compétence du législateur. La Cour précisa dans les deux cas que cette différence de traitement des époux n'était pas contraire à l'article 29 de la Constitution italienne puisque la règle est « enracinée dans la coutume sociale » et est apte à « protéger l'unité de la famille fondée sur le mariage ». Elle considérait toutefois qu'il aurait été possible de remplacer la règle par un critère permettant de mieux concilier les

⁹⁹⁶ Cf. C. const. it., 8 novembre 2016, n° 286/2016, préc.

⁹⁹⁷ Relatif à la possession d'état.

⁹⁹⁸ Relatif à l'attribution du nom de famille de l'enfant né hors mariage.

⁹⁹⁹ Relatif au nom de famille de l'enfant adopté.

¹⁰⁰⁰ Concernant le nom de famille de l'enfant légitimé.

¹⁰⁰¹ Reprenant les limitations de l'art. 72 al. 1^{er} du décret royal précité à appliquer à l'attribution du nom de famille à l'enfant légitimé.

¹⁰⁰² D.P.R. it. 3 novembre 2000, n° 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile* (Règlement pour la révision et la simplification du système de l'état civil).

¹⁰⁰³ La même règle s'applique en cas de reconnaissance simultanée par les deux parents de l'enfant né hors mariage, ainsi qu'en cas d'adoption par un couple marié. Cf. art. 262 al. 1^{er} Cod. civ. it. ; art. 299 al. 3 Cod. civ. it. ; art. 27, loi it. 4 mai 1983, n° 184.

¹⁰⁰⁴ Reconnue par la Cour de cassation italienne dans les arrêts Cass. it., Civ. 1^e, 17 juillet 2004, n° 13298, *Fam. dir.*, 2004, p. 457, n. V. Carbone, *Guida al dir.*, 2004, fasc. 31, p. 32, n. M. Finocchiaro, *Arch. civ.*, 2004, p. 1271, *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 32, p. 27, n. E. Boghetich ; Cass. it., Civ. 1^e, 22 septembre 2008, n° 23934, *Foro it.*, 2008, I, p. 3097, *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 881, n. F.R. Fantetti, *Guida al dir.*, 2008, fasc. 40, p. 16, n. S. Pascasi, *Famiglia e minori*, 2008, fasc. 10, p. 44, n. T. Marvasi, *Fam. dir.*, 2008, p. 1093, n. M.N. Bugetti, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 2009, p. 152, *Corriere giur.*, 2009, p. 489, n. P. Stanzione, R. Conti e G. Autorino, *Giur. it.*, 2009, p. 1391, *Dir. fam.*, 2008, p. 1931, *Nuova giur. civ.*, 2009, I, p. 11, n. R. Villani, *Dir. fam.*, 2009, p. 1074, n. M. Alcuri.

¹⁰⁰⁵ Voir M. TRIMARCHI, « Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma », *Fam. e dir.*, n° 3, 2013, p. 243 et s., qui souligne que la réforme de la filiation de 2012-2013 aurait été l'occasion d'éliminer cette différence de traitement.

¹⁰⁰⁶ C. const. it., 8 novembre 2016, n° 286/2016, préc.

¹⁰⁰⁷ C. const. it., 28 janvier 1988, n° 176, *Foro it.*, 1988, I, p. 1811, n. E. Caruso, *Dir. fam.*, 1988, p. 670, n. F. Dall'Ongaro.

¹⁰⁰⁸ C. const. it., 11 mai 1988, n° 586, *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1649.

principes de l'article 29 de la Constitution, à savoir, la protection de l'unité familiale et l'égalité des époux. Dix-huit ans plus tard, par l'arrêt n° 61 de 2006, la Cour constitutionnelle souligna que « le système actuel d'attribution du nom de famille est le carcan d'une conception patriarcale de la famille, qui trouve ses racines dans le droit romain, et d'une puissance maritale dépassée, non plus cohérente avec le principe de l'ordre juridique et avec la valeur constitutionnelle de l'égalité entre homme et femme »¹⁰⁰⁹. La Cour rappelait également les engagements internationaux ainsi que la position des institutions européennes visant l'élimination des discriminations à l'égard des femmes y compris, de manière spécifique, relativement à la transmission du nom de famille. La question fut cependant considérée comme inadmissible. Cette décision avait été notamment justifiée par la gravité des conséquences que le vide juridique provoqué par l'annulation de la norme aurait engendrée¹⁰¹⁰.

487. Le dernier arrêt de la Cour constitutionnelle arrive presque trois ans après la condamnation de l'Italie de la part de la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion de l'affaire *Cusan et Fazzo c. Italie*¹⁰¹¹, devant laquelle le législateur italien est resté immobile. La Cour, reprenant des considérations formulées à partir des années soixante-dix¹⁰¹², affirme relativement au souci de conciliation des deux principes posés à l'article 29 alinéa 2 de la Constitution que « c'est précisément l'égalité qui garantit l'unité [de la famille] et c'est l'inégalité qui la menace puisque l'unité se renforce dans la mesure où la relation entre les conjoints est gouvernée par la solidarité et par la parité ».

488. Une circulaire a finalement été adoptée par le ministère de l'Intérieur en 2017¹⁰¹³ prévoyant la possibilité de transmettre le double nom de famille à l'enfant, à condition cependant que le nom maternel suive le nom paternel. La possibilité de transmettre uniquement le nom maternel reste d'ailleurs exclue¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁹ C. const. it, 6 février 2006, n° 61, § 2.2 des considérant en droit, *T.d.A.*

¹⁰¹⁰ Il convient en effet de remarquer qu'à la différence du Conseil constitutionnel français, la pratique de la Cour italienne n'envisage pas la possibilité de reporter l'annulation de la loi à une date ultérieure. V. à ce sujet G. SILVESTRI, « La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale », 16 avril 2013, p. 7 disponible sur le site de la Cour constitutionnelle à l'adresse https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Parigi201304_Silvestri.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].

¹⁰¹¹ CEDH, 7 janvier 2014, *Cusan et Fazzo c. Italie*, req. n° 77/07, *D.*, 2014, p. 1171, n. F. Granet-Lambrechts, *JCP G*, 2014, p. 108, n. H. Surrel, *JCP G*, 2014, p. 832, n. F. Sudre, *RTD Civ.*, 2014, p. 305, n. J.-P. Marguenaud, *RTD Civ.*, 2014, p. 332, n. J. Hauser, *AJ fam.*, 2014, p. 126, n. C. Doublein, *RJPF*, 2014-3/6, n. I. Corpart.

¹⁰¹² La Cour cite l'arrêt du 24 juin 1970 n° 133, préc.

¹⁰¹³ Circulaire ministérielle it., 19 janvier 2017 n° 1.

¹⁰¹⁴ Concernant la persistance du silence du législateur italien à ce sujet, v. J. LONG, « Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della convenzione europea dei diritti dell'uomo », *Eur. dir. priv.*, n° 4, 2016, p. 1059, point 3.3.a.



489. La doctrine affirme souvent que « l’abolition de toute prépondérance maritale était la conséquence logique du principe d’égalité des sexes proclamé aujourd’hui par la plupart des constitutions »¹⁰¹⁵. Cependant, deux nuances s’imposent à cette affirmation à la lumière de ce qui précède. Premièrement, il convient de considérer que ce fut l’abandon des buts anciennement attribués à la famille qui a amené à l’abandon de l’unicité du rôle de chef de famille. Tels sont les éléments ayant permis aux revendications féministes visant l’égalité des rôles familiaux des deux sexes de se frayer un chemin¹⁰¹⁶. Deuxièmement, la volonté de préserver le ménage, et par là, la famille, expliquait la survie de différences de traitement. Celles issues du droit italien visaient, sinon la sexuation des rôles familiaux, au moins le maintien du rôle de la femme, chargée de veiller sur le bon fonctionnement du ménage et sur les enfants. Les inégalités de traitement inscrites dans le droit français trahissent en revanche une vision du père comme étant la figure dont le rôle primaire est celui d’entretenir l’enfant. Parallèlement, le refus des législateurs français et italien d’adopter des règles complètement neutres de dévolution du nom de famille ne peut pas dissimuler le refus d’abandonner la prééminence maritale que ces règles amènent.

490. Malgré de telles survies de l’ancienne vision, à la suite de l’abandon de la volonté de l’État de voir en la famille fondée sur le mariage la cellule de base de la société, le refus de reconnaître d’autres formes familiales a perdu sa raison d’être. Cela a notamment conduit à la diminution de la promotion de la famille fondée sur le mariage à travers la prévision de traitements défavorables pour les enfants nés hors mariage. La place faite à l’intérêt de l’enfant a notamment été élargie, ce qui a amené à offrir une reconnaissance juridique aux familles axées sur la filiation, à côté des familles fondées sur le mariage.

2) L’accroissement de la prise en compte de l’intérêt de l’enfant né hors mariage

491. **Le déclin de la prééminence de la famille fondée sur le mariage.** - Pendant que la famille fondée sur le mariage perdait sa prééminence en tant que forme de conjugalité par

¹⁰¹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, pp. 124-125.

¹⁰¹⁶ Concernant le recours au *droit à* en tant qu’instrument rhétorique, dans le but de contester les distinctions opérées par le droit, v. M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, *Economica*, *op. cit.*, p. 134 et s. V. également D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexions sur l’universalité de la règle de droit », *op. cit.*, pp. 39-41, s’interrogeant sur la manière de définir des règles indistinctement applicables, là où un archétype dominant existe.

excellence, la prise en compte des intérêts individuels s'est frayé un chemin. Monsieur PINEAU fait remarquer à ce propos qu'à la suite de l'abandon des anciens buts de la famille légitime et le conséquent assouplissement des caractères d'indissolubilité et de stabilité, il a été nécessaire de trouver des « valeurs de rechange ou des valeurs refuge »¹⁰¹⁷. Or, nous avons vu que certains intérêts, et notamment celui de l'enfant, n'étaient pas ignorés à l'époque où la seule famille juridiquement reconnue était celle fondée sur le mariage. Cependant, la prééminence du but de protection de cette famille amenait à sacrifier sa prise en compte. L'intérêt de l'enfant était alors protégé uniquement dans la mesure où la totale promotion de la famille fondée sur le mariage n'en était pas entravée¹⁰¹⁸. L'abandon de la considération de la famille en tant que pilier de l'organisation sociale a alors permis d'élargir la prise en compte de l'intérêt de l'enfant¹⁰¹⁹.

492. L'élargissement de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant peut cependant passer par plusieurs voies, comprenant aussi bien les inégalités que les identités de traitement. Dans un premier temps, il continuait à se manifester par la compensation des inégalités **(a)**. Ensuite, et progressivement, sa protection a commencé à passer par l'élimination de certaines différences de traitement. L'élimination des anciennes inégalités de traitement a cependant été possible uniquement dans la mesure où l'État a accepté de renoncer à considérer la famille fondée sur le mariage comme la forme familiale par excellence **(b)**.

a) La compensation des inégalités

493. Nous avons déjà évoqué la présomption de paternité et la légitimation parmi les mécanismes que les droits français et italien mettaient en place pour compenser la lésion de l'intérêt de l'enfant sans diminuer la promotion de la famille fondée sur le mariage à l'époque où ce type de famille était le seul reconnu et érigé en modèle¹⁰²⁰.

494. **L'intérêt du divorce.** - De nouveaux mécanismes furent introduits dans les années soixante-dix, visant la possibilité de faire acquérir ou conserver le statut d'enfant légitime à celui qui n'aurait pas pu, ou qui aurait dû le perdre. CARBONNIER soulignait à cet égard l'intérêt du divorce par consentement mutuel. La rupture de la vie commune ouvrait en effet la

¹⁰¹⁷ J. PINEAU, « L'ordre public dans les relations de famille », *Les cahiers du droit*, vol. 40, n° 2, 1999, pp. 323-344, spéc. p. 344.

¹⁰¹⁸ V. *supra*, § 446 et s.

¹⁰¹⁹ En ce sens, M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 16 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 382 ; C. SCAPEL, Que reste-t-il de la « paix des familles » après la réforme du droit de la filiation ?, *JCP*, 1976.I.2757.

¹⁰²⁰ V. *supra*, § 434 et s.

porte à « la possibilité d'un remariage, qui permettra de régulariser une union libre, de légitimer des enfants adultérins »¹⁰²¹. Ainsi encore à cette époque, plutôt que d'égaliser le traitement des enfants naturels, on préférait accepter de dissoudre une union afin de faire rentrer dans le schéma classique des alliances créées parallèlement au mariage.

495. **La légitimité malgré l'annulation du mariage.** - Nous trouvons un autre exemple d'instrument de protection de l'intérêt de l'enfant, autre que l'égalité, dans les effets de la nullité du mariage à l'égard de ce dernier. Avant 1972 l'annulation d'un mariage pour bigamie ou pour inceste¹⁰²² impliquait la requalification des enfants nés de l'union. L'intérêt de l'enfant n'était alors pas pris en compte, la validité du mariage étant à l'époque la seule donnée considérée. Seule la bonne foi de l'un des parents permettait aux enfants de garder leur statut d'enfants légitimes. En 1972 le législateur permit aux enfants nés d'un mariage annulé par la suite de garder leur qualité d'enfants légitimes ou légitimés indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi de leurs parents¹⁰²³. Ici encore, le but était de protéger son intérêt, ce qui pouvait passer par d'autres voies que l'égalisation des traitements. De plus, cette protection devait être mise en balance avec la faveur que le législateur continuait de témoigner pour le mariage et pour la famille légitime.



496. On voit alors à quel point le mariage conservait de l'importance dans les années soixante-dix. L'intérêt de l'enfant était ainsi encore pris en compte uniquement dans la mesure où la primauté encore donnée au mariage des parents le permettait, à travers l'emploi d'instruments lui permettant d'accéder à la catégorie des enfants légitimes ou légitimés. Le principe d'égalité s'est inséré en tant qu'instrument alternatif de protection, là où la faveur pour la conception traditionnelle de la famille dans cette époque de transition n'exigeait pas de prévoir une différence de traitement. Il n'empêche que, déjà dans les années soixante-dix, France et Italie ont procédé à l'élimination partielle des inégalités de traitement, de manière proportionnelle au détachement respectif à la conception traditionnelle de la famille.

¹⁰²¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 195.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 284.

¹⁰²³ Art. 202 anc. Cod. civ. fr. tel que modifié par la loi du 3 janvier 1972, préc.

b) L'élimination partielle du traitement distinct des enfants nés dans et hors mariage

497. La partielle égalisation des droits des enfants¹⁰²⁴ encore qualifiés de « naturels » et de « légitimes » a été l'un des instruments de l'essor de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, à côté des instruments de compensation qui viennent d'être exposés.

498. Parmi les principales avancées dans le sens de l'identité de traitement en droit français et en droit italien intervenues dans les années soixante-dix nous pouvons citer l'égalisation des droits successoraux des enfants naturels simples et légitimes et l'amélioration des droits successoraux des enfants nés de l'inceste ou de l'adultère. La terminologie marqua une avancée en droit italien, puisque la loi de 1975¹⁰²⁵ remplaça le qualificatif d'« illégitime » par celui de « naturel ». En France en revanche la réforme toucha la terminologie relative aux enfants « incestueux » et « adultérins », termes qui furent remplacés par des paraphrases dans les textes. En droit français les enfants naturels reconnus entraient, à partir de 1972¹⁰²⁶, dans la famille de leur auteur, ce qui ouvra leurs droits successoraux vis-à-vis de la famille du parent, tandis qu'en droit italien une telle évolution n'interviendra qu'entre 2012 et 2013¹⁰²⁷.

499. En revanche, avec la réforme de 1975, le législateur italien commençait à donner une prééminence à la création de liens familiaux axés sur la vérité biologique. Non seulement les conditions de l'introduction de l'action en recherche de paternité furent éliminées, mais de telles actions furent, par la même occasion, déclarées imprescriptibles vis-à-vis de l'enfant.

Ces limitations furent en revanche seulement diminuées en droit français par la loi de 1972. Il est important de souligner que la liste des cas d'ouverture de cette action en France laissait transparaître la conception de la filiation de l'époque. On décelait, en effet, déjà l'importance qui allait définitivement être donnée à la famille sociologique en droit français par l'introduction des règles relatives à la possession d'état et avec la prévision de limitations, notamment temporelles, à l'introduction de l'action en contestation de la filiation¹⁰²⁸. Les cas

¹⁰²⁴ Sur laquelle, v. U. MAJELLO, « Diritti dei figli nati fuori del matrimonio e principio di eguaglianza », *Giur. it.*, 1975.IV.101.

¹⁰²⁵ Loi it. 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*, préc.

¹⁰²⁶ Loi fr. 3 janvier 1972, n° 72-3 sur la filiation, préc.

¹⁰²⁷ V. loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali* (Dispositions en matière de reconnaissance des enfants naturels), préc. et D.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012*, n. 219, préc. Pour aller plus loin sur ce point v. A. MENDOLA, *L'unitarietà dello statuto successorio tra favor legitimitatis e verità biologica*, dactyl., Université de Salerne, a.a. 2014/2015.

¹⁰²⁸ A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », *op. cit.*, pp. 49-66, spéc. pp. 58-59.

d'ouverture du viol, de l'enlèvement et de la séduction dolosive reflétaient un but essentiellement sanctionnateur des comportements du prétendu père. Les autres cas en revanche, - le concubinage entre le prétendu père et la mère pendant la période légale de conception, l'existence d'un écrit non équivoque émanant du père, propre à établir une paternité et, enfin, la participation à l'entretien de l'enfant reflétaient des comportements traduisant une intention familiale¹⁰²⁹. L'importance de cet élément par rapport à la seule recherche de la vérité biologique ressort, par ailleurs, de l'absence d'ouverture de l'action dans le cas de relations occasionnelles. Dans cette hypothèse, seule l'action à fins de subsides était ouverte, laquelle n'aboutissait pas à l'établissement de liens de filiation.

500. Les interdictions de reconnaître les enfants nés de l'inceste furent assouplies dans les deux pays, ceux-ci pouvant désormais être reconnus par l'un des deux parents¹⁰³⁰. Les mêmes interdictions relatives à la reconnaissance des enfants adultérins furent éliminées. La loi française du 3 janvier 1972¹⁰³¹ a même inséré dans le Code civil une ébauche de disposition d'égalité des enfants. Le premier alinéa de l'ancien article 334 du Code civil français a notamment disposé, jusqu'à son abrogation par la loi du 4 mars 2002¹⁰³², que « [l]'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère ». Cette disposition laissait comprendre qu'il ne s'agissait pas de prévoir le même traitement pour des situations identiques, mais que l'on décidait dans quelle mesure certains droits devaient être accordés à tous les enfants, naturels et légitimes, et quels droits il convenait, en revanche, d'accorder de manière différente aux deux catégories. L'égalisation a notamment été considérée comme opportune en droit international privé.

501. Du versant italien, l'article 30 alinéa 2 de la Constitution – disposant que « la loi assure aux enfants nés hors mariage toute la protection juridique et sociale compatible avec les droits des membres de la famille légitime » – permettait de légitimer de telles différences de traitement. Seule une assimilation du traitement des enfants était évoquée par le Code civil italien relativement aux droits et devoirs du parent naturel¹⁰³³.

502. On comprend de ces consécutions que la centralité du mariage en tant que fondement de

¹⁰²⁹ Rapp. J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 476 qui identifiait une racine matrimoniale dans les comportements d'enlèvement et de séduction dolosive.

¹⁰³⁰ Art. 334-10 anc. Cod. civ. fr. La limitation est demeurée inchangée en droit français (art. 310-2 Cod. civ. fr.), tandis qu'elle a été éliminée en droit italien par la loi it. n° 219/2012, préc. Cf. Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 164.

¹⁰³¹ Loi fr. 3 janvier 1972, n° 72-3 sur la filiation, préc.

¹⁰³² Loi fr. 4 mars 2002, n° 2002-305, relative à l'autorité parentale, préc.

¹⁰³³ Cf. art. 261 anc. Cod. civ. it. À ce propos v. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, 2015, p. 254.

la famille persistait dans l'esprit des législateurs français et italien encore dans les années soixante-dix. La considération du mariage comme pilier de la famille permettait de continuer d'accepter que les enfants nés en dehors du mariage demeurent soumis à un traitement moins favorable que ce qui est prévu pour les enfants nés dans le mariage¹⁰³⁴. Comme l'écrivait CARBONNIER, « l'égalité des enfants ne saurait signifier l'assimilation des filiations. Pour une telle assimilation, il manquera toujours à la filiation naturelle quelque chose d'essentiel : le mariage des parents, l'acte public à quoi accrocher immédiatement une présomption de paternité »¹⁰³⁵. Les inégalités de traitement étaient ainsi nécessaires afin d'éviter l'ébranlement du système familial de référence. Il apparaît alors que cette première consécration française de l'égalité des enfants témoignait essentiellement d'une prise en compte accrue de l'intérêt de l'enfant, et non de la renonciation à considérer le mariage comme un élément pertinent pour distinguer les catégories d'enfants. Les solutions normatives s'appliquant aux enfants naturels et légitimes étaient ainsi le fruit d'une mise en balance entre ces intérêts contradictoires, ce qui permet de comprendre pourquoi des inégalités de traitement pouvaient perdurer.

503. À partir de la fin du XX^e siècle, la quasi-totalité des différences de traitement des enfants nés dans et hors mariage a été éliminée en France. Cela a donc attesté du net recul de la volonté de favoriser les naissances dans le mariage et de la corrélative ouverture au pluralisme familial. Il convient de souligner que l'égalisation des droits des enfants a eu lieu progressivement en droit français, et notamment par l'adoption de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993¹⁰³⁶, de la loi du 4 mars 2002¹⁰³⁷ et de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005¹⁰³⁸. Cette réforme a en revanche tardé en Italie. Pour en comprendre les raisons, un autre facteur influençant la définition des exigences substantielles d'égalité doit être pris en compte, ce que nous examinerons ci-après.



504. Il ressort de ce qui précède que l'élimination des anciennes inégalités touchant les enfants nés hors mariage a été la conséquence du déclin de la famille fondée sur cette institution, ce qui a permis un élargissement de la prise en compte de leurs intérêts. Madame MEULDERS-

¹⁰³⁴ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 3^e éd., LGDJ, Paris, 2014, p. 332.

¹⁰³⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 358.

¹⁰³⁶ Loi fr. 8 janvier 1993 n° 93-22, *modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, préc.

¹⁰³⁷ Loi fr. 4 mars 2002, n° 2002-305, préc.

¹⁰³⁸ Ordonnance *portant réforme de la filiation*.

KLEIN rappelle à cet égard que l'objectif de l'ouverture au pluralisme familial « n'était certainement pas de consacrer la famille hors mariage comme alternative », mais celui de protéger les enfants¹⁰³⁹. Ce mouvement a en effet amené à faire perdre à la famille naturelle la connotation négative qui lui était attribuée¹⁰⁴⁰ et à placer la filiation au centre de la notion de famille hors mariage. Celle-ci est ainsi venue se juxtaposer à la famille fondée sur le mariage¹⁰⁴¹. L'égalisation du traitement des enfants s'est donc réalisée de manière proportionnelle à la diminution de l'importance du mariage aux yeux des législateurs français et italiens. Dans les années soixante-dix, ce travail a été entamé en France et en Italie. Nous avons annoncé que le premier de ces pays continuera dans la voie de l'égalisation progressive des enfants nés dans et hors mariage. L'Italie s'est en revanche arrêtée jusqu'en 2012. La conception de la famille devait en effet changer en Italie sur un plan autre que celui des missions attribuées à cette dernière. En France, la faveur pour les naissances dans le mariage résultait en effet essentiellement de l'érection de la famille fondée sur le mariage en modèle dans le but de symboliser la stabilité de l'État. En Italie, en revanche, cette faveur dérivait également d'un second élément, plus ancré et donc plus difficile à abandonner. Elle résultait de l'influence de la religion catholique sur le droit de la famille italien, influence qui s'était déjà amplement affaiblie en France. Cette influence a également longtemps dicté l'absence du couple de même sexe du panorama juridique français et italien, le mariage d'inspiration catholique étant constitué par l'union d'un homme et d'une femme. C'est donc à l'influence de la religion sur la définition des exigences substantielles d'égalité qu'il convient à présent de s'intéresser afin de compléter l'analyse des effets sur la définition de ces contenus d'égalité de l'abandon progressif de la conception traditionnelle de la famille.

II) Les exigences substantielles d'égalité à la lumière de la religion catholique

505. La diversité du degré d'influence exercée par la religion catholique sur le droit de la famille français et italien **(A)** affecte la définition des exigences substantielles d'égalité relatives au mariage et à la filiation dans ces ordres juridiques **(B)**.

¹⁰³⁹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », *Brigham Young University Law Review*, 1993, n° 2, p. 656.

¹⁰⁴⁰ G. E. VACCARO, « Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le nuove unioni affettive », *op. cit.*, p. 759 et s., spéc. point 2.

¹⁰⁴¹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, v. « Famille », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 700.

A) La distance française et italienne à l'égard de la tradition judéo-chrétienne

506. L'élévation de la famille fondée sur le mariage en modèle familial traditionnel de la part de l'État ne peut pas être détachée de l'influence que la religion catholique a historiquement exercée sur le droit de la famille français et italien¹⁰⁴². Le droit canonique a longtemps été applicable au mariage aussi bien en France qu'en Italie, jusqu'à ce que le mariage ne soit sécularisé¹⁰⁴³. Cependant, même à ce moment-là le mariage civil inscrit dans les codes civils français et italien a repris l'essentiel des conditions de formation du droit canonique. Tel était le cas en ce qui concerne notamment les aspects liés au mariage du couple, à l'hétérosexualité des membres, ainsi qu'au but de procréation du mariage et de la condamnation de la naissance d'enfants en dehors du mariage. Cela s'explique sûrement en raison du fait que la sécularisation du droit n'a pas effacé la tradition culturelle catholique de ces pays. Cette influence s'est manifestée avec une force particulière dans le Code Napoléon¹⁰⁴⁴ et dans le Code civil italien de 1865 inspiré de ce dernier. Les deux législations favorisaient le modèle familial traditionnel. Seule la position des législateurs relativement au divorce divergeait entre les deux pays. La législation française a en effet hésité entre son admission et son refus jusqu'en 1884¹⁰⁴⁵, tandis qu'en Italie le divorce est demeuré interdit jusqu'en 1970¹⁰⁴⁶.

507. Madame POUSSON-PETIT mentionne l'avènement du pluralisme éthique et des droits fondamentaux, et notamment le principe d'égalité, parmi les éléments ayant conduit à abandonner la morale chrétienne¹⁰⁴⁷. Concernant ce dernier principe, nous avons cependant déjà eu l'occasion de montrer son inaptitude à imposer l'élimination des différences de traitement¹⁰⁴⁸. L'abandon de la promotion des naissances dans le mariage et de la condition de

¹⁰⁴² Sur le lien unissant la religion et le droit de la famille v. Ph. DURNERIN, S. SCHINDLER-VIGUIÉ, « La famille et la foi. La foi dans les rapports entre époux et dans les rapports père-mère-enfant », *LPA*, 1987, n° 97.

¹⁰⁴³ M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 11 ; J. POUSSON-PETIT, « Morales sexuelles familiales et traditions juridiques », op. cit., pp. 139-171, § 31 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 132 ; L. ROUSSEL, « La famille en Europe occidentale : divergences et convergences », *Population*, vol. 47, n° 1, 1992, p. 144 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 122.

¹⁰⁴⁴ J.-J. LEMOULAND, « Famille », op. cit., § 41 ; J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, op. cit., pp. 323-346, spéc. p. 325.

¹⁰⁴⁵ Année d'adoption de la loi Naquet (loi fr. 27 juillet 1884, *Loi qui rétablit le Divorce*).

¹⁰⁴⁶ Le législateur italien a introduit le divorce par la loi it. 1^{er} décembre 1970, n° 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (Réglementation des cas de dissolution du mariage, *T.d.A.*), et les modifications successives.

¹⁰⁴⁷ J. POUSSON-PETIT, « Morales sexuelles familiales et traditions juridiques », op. cit., pp. 139-171, §§ 3 et 4.

¹⁰⁴⁸ V. *supra*, § 63 et s.

l'altérité des sexes n'aurait pas été possible sans la volonté française ou la nécessité italienne – notamment sous l'influence supranationale – de se détacher de la morale chrétienne. Cela ressort clairement du droit italien. Son attachement à cette morale a conduit à laisser la réforme de la filiation en suspend jusqu'en 2012 et à continuer de refuser la définition hétérosexuée du mariage. Les droits fondamentaux ne suffisent pas à mener un changement de la conception de la famille tant que celle-ci n'a pas évolué. Or, celle-ci dépend de l'évolution des mœurs, lesquelles trouvent parfois leur source dans la religion.

508. Une confirmation de l'influence sur la définition des exigences substantielles d'égalité exercée par l'éloignement d'une conception religieuse du droit de la famille vient du fait que cette évolution n'a pas été la même en France et en Italie.

509. **Divergences dans la séparation de l'Église et de l'État.** - En France, un tel détachement a eu lieu il y a longtemps. Depuis 1905, l'Église et l'État ont été séparés¹⁰⁴⁹.

En revanche, l'État italien ne s'est pas encore complètement dissocié de l'Église. La laïcité¹⁰⁵⁰ confessionnelle¹⁰⁵¹ italienne « n'a pas conduit à ignorer les caractéristiques socio-culturelles du peuple italien, parmi lesquelles figure son empreinte chrétienne catholique »¹⁰⁵². Dans ce pays, la laïcité ne doit donc pas s'entendre dans le sens de l'a-confessionnalité¹⁰⁵³. Bien que la faveur législative envers l'Église catholique se réduise progressivement, cette religion a conservé une position de faveur par rapport aux autres. Cela s'explique, d'un côté, par l'impact historique de l'Église catholique sur la construction de la culture italienne et, d'un autre côté, par le fait qu'avec les Pactes de Latran¹⁰⁵⁴ l'Église a été reconnue en tant qu'institution religieuse, mais

¹⁰⁴⁹ Loi du 9 décembre 1905 *concernant la séparation des Églises et de l'État*. Pour aller plus loin, v. Conseil d'État, *Un siècle de laïcité, rapport public 2004*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2004 ; C. DURAND PRINBORGNE, *La laïcité*, Dalloz, Paris, 2004 ; J. FIALAIRE, « Droit et religions, carrefour des mutations sociales ? L'exemple de la France », in B. CHÉLINI-PONT (dir.), *Annuaire Droit et Religions*, vol. 3, 2008-2009, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, pp. 329-344 ; O. DORD, *La laïcité dans tous ses états*, Montchrestien, Paris, 2011, G. HAARSCHER, *La laïcité*, PUF, Paris, 2017.

¹⁰⁵⁰ Soulignons que le principe de laïcité n'est pas inscrit dans la loi italienne mais a été déduit par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt du 12 avril 1989, n° 203 de 1989 des articles 2, 3, 7, 8 et 19 de la Constitution, c'est-à-dire de la combinaison du principe de pluralisme social, du principe d'égalité, du pacte régissant les relations entre l'État italien et les institutions religieuses et de la liberté d'expression religieuse.

¹⁰⁵¹ Selon la classification proposée par S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere: laicità e religione alla sfida del pluralismo*, CEDAM, Bologne, 2008, p. 7 et s.

¹⁰⁵² S. TROILO, « La libertà religiosa a sessant'anni dalla Costituzione », disponible sur le site http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0089_troilo.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020], p. 6.

¹⁰⁵³ V. à ce sujet F. PASTORE, *Pluralismo religioso e laicità dello Stato nel "multilevel constitutionalism"*, CEDAM, Padoue, 2012 ; S. CANESTRARI (dir.), *Laicità e diritto*, Bononia University press, Bologne, 2007 ; M. TOSCANO, *Laicità dello Stato e specificità della disciplina pattizia*, CUEM, Milan, 2008.

¹⁰⁵⁴ Accords signés entre le Royaume d'Italie et le Saint-Siège le 11 février 1929, ratifiés le 7 juin 1929 (JORI, 8 juin 1929, n° 133). Ils ont fait l'objet d'une révision le 18 février 1984, lors de la signature de l'Accord de Villa

également en tant que sujet de droit international¹⁰⁵⁵. Ainsi, le Pacte de Latran conclu entre l'Italie et l'Église prévoit la possibilité de conclure des mariages dits « concordataires » en Italie, c'est-à-dire des mariages catholiques, célébrés devant l'autorité religieuse, mais ayant une valeur civile¹⁰⁵⁶.

510. Monsieur ROUSSEL a mis en évidence un lien inversement proportionnel entre le nombre de fidèles pratiquants et la rapidité de la « dévaluation du modèle chrétien »¹⁰⁵⁷. Ce lien se retrouve dans la comparaison du droit de la famille français et italien.

Distanciées de la religion depuis le début du XXe siècle, les mœurs françaises ont fait l'objet d'une évolution précoce par rapport à l'Italie. L'évolution législative française en matière de filiation conduisant à la pleine reconnaissance du lien hors mariage avait été poursuivie en 1993¹⁰⁵⁸ et achevée en 2005¹⁰⁵⁹. Le pluralisme conjugal a été inscrit en 1999¹⁰⁶⁰ en droit français.

À l'inverse, le poids de la tradition culturelle religieuse italienne a été tel que ce pays a fait l'objet d'un immobilisme législatif qui a vu conserver les inégalités de traitement des enfants

Madama, ratifié par la loi du 25 mars 1985, n° 121, *Ratifica ed esecuzione dell'accordo con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modifiche al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*. V. à ce sujet C. CARDIA, *La riforma del Concordato : dal confessionismo alla laicità dello Stato*, G. Einaudi, Turin, 1980.

¹⁰⁵⁵ A. MANGIA, « Statuti personali e libertà religiosa nell'ordinamento italiano », *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2006, revue en ligne, disponible sur le site http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0022_mangia.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020], p. 6.

¹⁰⁵⁶ Art. 8, *Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana che apporta modificazioni al concordato lateranense* (Accord entre le Saint-Siège et la République italienne apportant des modifications au concordat de Latran, *T.d.A.*). Pour aller plus loin v. V. P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi con effetti civili*, CEDAM, Padoue, 2008, p. 40 et s. ; v. également, G. BALLARANI, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, Edizioni scientifiche italiane, Naples, 2018 ; S. GHERRO, *Rapporti tra Stato e Chiesa in tema di matrimonio concordatario*, CEDAM, Padoue, 1983.

¹⁰⁵⁷ L. ROUSSEL, « La famille en Europe occidentale : divergences et convergences », *op. cit.*, pp. 133-152, spéc. p. 144.

¹⁰⁵⁸ Loi fr. 8 janvier 1993 n° 93-22, *modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, préc.

¹⁰⁵⁹ Ord. fr. 4 juillet 2005, n° 2005-759, préc. ; v. loi de ratification du 16 janvier 2009, n° 2009-61. V. à ce sujet J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », n° 3, 2006, *Defrénois*, pp. 209-229 ; « Dossier spécial filiation », *Dr. fam.*, n° HS, 2006 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC*, n° 21, 2005, p. 34-39 ; F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », *D.*, n° 1, 2006, chron. 17, pp. 17-28 ; M. LEROYER, « Réforme de la filiation. Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (JO 6 juill. 2005, p. 11159) », *RTD civ.*, n° 4, 2005, pp. 836-843 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, *Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005*, *D.*, n° 14, 2009, pp. 966-971 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC*, n° 58, 2009, pp. 37-41 ; J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Defrénois*, n° 113, 2009, pp. 3-9.

¹⁰⁶⁰ Loi fr. 15 novembre 1999 n° 99-944 *relative au pacte civil de solidarité*, préc.

nés hors mariage jusqu'en 2012¹⁰⁶¹ et qui a ignoré les couples de même sexe jusqu'en 2016¹⁰⁶².



511. En conclusion, le différent degré d'influence que la religion catholique exerce sur la définition des exigences substantielles d'égalité en France et en Italie fait que les inégalités héritées de la religion catholique sont plus ancrées dans ce dernier pays que dans le premier. Il convient alors de voir plus en détail quelles divergences entre les contenus de l'égalité définis dans les deux ordres juridiques découlent de cette différente influence religieuse.

B) L'effet sur la définition des exigences substantielles d'égalité

512. Le travail d'élimination des différences entre époux, entre enfants, et entre le couple de même sexe et de sexe opposé concernant le droit au mariage, peut être relu à la lumière du facteur de l'influence que la religion exerce sur la définition des contenus de l'égalité.

513. **Concomitance de l'élimination des inégalités d'origine non chrétienne.** - L'élimination concomitante en France et en Italie des inégalités entre époux est cohérente avec l'hypothèse de la subordination des exigences substantielles d'égalité à l'influence exercée sur l'État par la religion. L'inégalité entre époux est un héritage du droit romain¹⁰⁶³, employé dans le but de garantir à la famille fondée sur le mariage une stabilité passant par la hiérarchisation des rôles familiaux¹⁰⁶⁴. Il n'est pas en revanche un héritage de la religion catholique, qui au contraire, promeut d'une certaine manière l'égalité¹⁰⁶⁵.

Cela signifie que lorsque le souci de stabilité de la famille a été remplacé par le souci de l'unité familiale, l'élimination des inégalités des sexes n'était plus nécessaire. Parallèlement, l'influence que la religion pouvait exercer, notamment en Italie, n'a pas entravé cette évolution. La morale catholique n'exigeait en effet pas les différences de traitement des époux qui ont, donc, pu être éliminées lorsque leurs présupposés ont été abandonnés.

514. **Divergences dans l'élimination des inégalités d'origine chrétienne.** - En revanche, les inégalités de dérivation chrétienne ont été plus ancrées en Italie qu'en France. Il en allait ainsi

¹⁰⁶¹ V. loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, préc. et d.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012*, n. 219, préc.

¹⁰⁶² Loi it. 20 mai 2016 n° 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, préc.

¹⁰⁶³ M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 7.

¹⁰⁶⁴ V. *supra*, § 420 et s.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 8.

relativement à la promotion des naissances dans le mariage. Il en va toujours de même concernant l'exclusion des couples de même sexe du mariage. L'abandon des différences de traitement découlant de l'influence religieuse est proportionnel à l'influence que la religion exerce sur le droit de chaque État. Dans ce contexte, la pression supranationale, exercée notamment par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a été l'élément ayant incité le législateur italien à emprunter la voie de la réforme et à rejoindre, voire dépasser, la législation française en termes de protection de l'intérêt de l'enfant¹⁰⁶⁶. Si l'influence européenne a conduit à abandonner dans une large mesure l'héritage chrétien, en égalisant amplement le traitement des enfants nés dans et hors mariage **(1)**, cette dernière institution constitue le bastion de la tradition culturelle religieuse italienne. Ainsi elle demeure, contrairement au droit français, fermée aux couples de même sexe **(2)**.

1) La renonciation à la faveur pour les naissances dans le mariage

515. Le décalage temporel entre les réformes italienne et française de la filiation a conduit ces ordres juridiques à définir des contenus de l'égalité différents **(a)**. Les réformes n'ont cependant pas conduit à une égalisation totale des enfants nés dans et hors mariage. Des inégalités disparates demeurent en droit français comme en droit italien. Des divergences dans les exigences substantielles d'égalité définies par ces ordres juridiques continuent ainsi d'exister **(b)**.

a) La divergence dans les exigences substantielles d'égalité engendrée par la tardiveté de la réforme italienne

516. La réforme italienne a été adoptée trente ans après la première condamnation d'un État membre du Conseil de l'Europe au nom de l'exigence d'identité de traitement des enfants nés dans et hors mariage¹⁰⁶⁷, à laquelle de nombreuses autres avaient fait suite au fil du temps. La stase italienne se démarquait dans le panorama européen, y compris par rapport au voisin français. Nous avons eu l'occasion d'expliquer que le législateur français a entamé le travail d'élimination des différences de traitement entre les enfants nés dans et hors mariage en 1972,

¹⁰⁶⁶ M. BELLOMO, « La parentela: l'evoluzione della nozione nel tempo e gli interventi della giurisprudenza » Dir. fam. pers., n° 3, 2020, p. 1181, point 3-4.

¹⁰⁶⁷ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc. ; CEDH, Gr. Ch., 18 décembre 1986, *Johnston c. Irlande*, req. n° 9697/82, GACEDH, n° 13 ; CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, req. n° 8695/79, préc. ; CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, préc. ; CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97, préc.

œuvre continuée en 1993¹⁰⁶⁸ et achevée entre 2002¹⁰⁶⁹ et 2005.

La longue hibernation de la législation italienne a pris fin avec l'adoption de la loi du 10 décembre 2012 n° 219¹⁰⁷⁰ et de son décret applicatif de 2013¹⁰⁷¹, reformant entièrement le régime de la filiation¹⁰⁷². Comme Madame FERRANDO le souligne en effet « l'immobilisme de la situation italienne se démarquait dans un contexte européen dans lequel l'unicité du statut de l'enfant était une conquête atteinte depuis des années »¹⁰⁷³. La Cour européenne des droits de l'homme a donc eu un rôle décisif à cet égard, définissant des exigences qui seront étudiées dans la suite de cette étude¹⁰⁷⁴.

517. Décalages temporels dans la définition d'exigences substantielles d'égalité similaires. - La France et l'Italie n'ont donc pas défini les mêmes contenus de l'égalité pendant presque deux décennies, jusqu'à ce que ce dernier pays rattrape son retard par rapport à son voisin. C'est donc en 2012 que l'ordre juridique italien a fini par dissocier, comme la France, mariage et filiation¹⁰⁷⁵ et a renoncé à favoriser les naissances de parents mariés à travers la prévision d'un traitement défavorisant l'enfant né en dehors du mariage¹⁰⁷⁶.

518. Les différences dans les droits successoraux garantis aux enfants qui demeuraient à la suite des réformes des années soixante-dix ont été éliminées dans les deux pays, là encore avec une décennie d'écart¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁶⁸ Loi fr. 8 janvier 1993 n° 93-22, *modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, préc.

¹⁰⁶⁹ Loi fr. 4 mars 2002, n° 2002-305, préc.

¹⁰⁷⁰ V. loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, préc. et D.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*, préc. V. M. BIANCA, « L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012 », *Giust. Civ.*, n°s 5-6, 2013, p. 205 et s. ; A. DEL GIUDICE, « La filiazione prima e dopo la riforma », *Dir. fam. pers.*, n° 1, 2014, p. 337 et s. ; M. PORCELLI, « Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli », *Dir. fam.*, n° 2, 2013, p. 654 et s. ; G. CASABURI, « Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio: profili sostanziali », *Foro it.*, 2013.V.79 ; A. M. IADECOLA, « Il principio di unificazione dello status di figlio », *Dir. fam. pers.*, n° 1, 2014, p. 364 et s.

¹⁰⁷¹ *Idem*.

¹⁰⁷² M. SESTA, « Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma », *Fam. dir.*, 2015.1009 ; du même auteur, « L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari », *op. cit.*, p. 231 et s.

¹⁰⁷³ G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 255.

¹⁰⁷⁴ V. *infra*, § 631 et s.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 253.

¹⁰⁷⁶ G. E. VACCARO, « Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le nuove unioni affettive », *op. cit.*, p. 759 et s. ; G. MORANI, « L'equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi: prime riflessioni sulla legge 10 dicembre 2012 n. 219 », *Dir. fam. pers.*, n° 2, 2013, p. 746 et s. ; G. VASSALLO, « Unicità dello stato di figlio e abbandono della differenza fra figli legittimi e naturali », in G. CASSANO (dir.), *La famiglia dopo le riforme*, Giuffrè, Milan, 2015, p. 61 et s.

¹⁰⁷⁷ Cf. loi fr. 3 décembre 2001, n° 2001-1135 *relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*, préc. ; art. 565 Cod. civ. it. tel que modifié par la loi it. n° 219/2012.

519. La législation française a, en revanche, rejoint en 1993¹⁰⁷⁸ la législation italienne là où ce dernier avait déjà éliminé depuis 1975¹⁰⁷⁹ la limitation des cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité. Les exigences substantielles d'égalité respectives ont ainsi divergé pendant près de vingt ans. L'ordonnance française de 2005 est également venue résorber une divergence dans les contenus de l'égalité définis en France et en Italie existant jusqu'alors.

520. La législation française anciennement en vigueur était plus contraignante pour la mère naturelle que pour la mère légitime de l'enfant, cette dernière devant procéder à une reconnaissance volontaire de l'enfant¹⁰⁸⁰, tandis que, pour la première, l'inscription de son nom dans l'acte de naissance suffisait à établir la filiation¹⁰⁸¹. Nous suivons l'opinion exprimée par Monsieur TERRÉ et Madame FENOUILLET qui considéraient que, dans la conception de la famille perdurant jusqu'à 2005, une telle différence se justifiait par la différence de situations des couples mariés et non mariés¹⁰⁸². Elle avait par ailleurs été instrumentalisée par le législateur puisque, comme CARBONNIER le faisait remarquer, « quand tous les enfants naturels seront rattachés à leurs mères, avec quoi fera-t-on des enfants adoptifs ? »¹⁰⁸³. L'adoption de l'ordonnance du 4 juillet 2005¹⁰⁸⁴ est cependant venue témoigner de l'évolution de la conception de la famille. Cette ordonnance a en effet éliminé cette différence de traitement, ce que la Cour de cassation a anticipé dans un arrêt rendu le 14 février 2006¹⁰⁸⁵, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, au nom des articles 8 et 14 combinés de la CESDH. Ce faisant, le droit de la famille français a rejoint le droit de la famille italien qui n'a jamais connu pareille différence de traitement.

521. *Vice-versa*, la législation italienne a fini en 2013¹⁰⁸⁶ par rejoindre la législation française telle qu'elle avait été reformée en 1972¹⁰⁸⁷, en admettant l'entrée de l'enfant né hors mariage dans la famille de son auteur¹⁰⁸⁸. Relativement à ce droit, la différence dans les exigences

¹⁰⁷⁸ Loi fr. 8 janvier 1993 n° 93-22, préc.

¹⁰⁷⁹ Loi it. 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*, préc.

¹⁰⁸⁰ Art. 337 anc. Cod. civ. fr.

¹⁰⁸¹ Art. 319 anc. Cod. civ. fr.

¹⁰⁸² V. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, 7^e éd., Dalloz, 2005, n° 725, qui affirmaient qu'« il est inexact de dire que la mère légitime et la mère naturelle sont dans la même situation, la première ayant pris lors du mariage un engagement parental qui n'existe pas à l'égard de la seconde ». V. également G. KESSLER « La consécration par anticipation de l'établissement automatique de la filiation maternelle », *D.*, n° 15, 2006, p. 1029 et s., spéc. § 7.

¹⁰⁸³ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 461.

¹⁰⁸⁴ Qui n'était pas encore entrée en vigueur et qui allait éliminer une telle différence.

¹⁰⁸⁵ Cass. fr., Civ. 1^e, 14 février 2006, n° 05-13006, préc.

¹⁰⁸⁶ V. loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, préc. et D.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, préc.

¹⁰⁸⁷ Loi fr. 3 janvier 1972, n° 72-3 *sur la filiation*, préc.

¹⁰⁸⁸ Art. 334, al. 2 Cod. civ. fr. ; art. 74 Cod. civ. it.; sur ce sujet v. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 25.

substantielles d'égalité françaises et italiennes relatives a donc perduré trente ans. Ces égalisations témoignent ainsi d'une ouverture au pluralisme familial, et notamment au pluralisme familial que nous pouvons définir de « vertical », en référence à la famille ne se créant pas à travers l'union d'un couple, mais à travers les effets produits par l'établissement de la filiation¹⁰⁸⁹. Ces changements ne sauraient ainsi cacher une certaine évolution de la conception de la famille.

522. Par ailleurs, le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale a été posé indépendamment du mariage des parents de l'enfant entre 1993¹⁰⁹⁰ et 2002¹⁰⁹¹ en France et en 2012 en Italie¹⁰⁹². Cette évolution, couplée à l'adoption du principe de résidence alternée de l'enfant¹⁰⁹³, a impliqué une nouvelle modification de la conception de l'intérêt de l'enfant qui, comme les précédentes, n'a pas eu lieu avec le même rythme en France et en Italie. Néanmoins, cette différence est aujourd'hui résorbée. L'intérêt de l'enfant commande désormais, dans les deux pays, que ce dernier conserve des liens avec ses deux parents même en cas de dislocation du couple. L'exercice conjoint de l'autorité parentale répond également à son intérêt¹⁰⁹⁴.

523. **Divergences persistantes dans la définition d'exigences substantielles d'égalité.** - Des divergences entre les contenus de l'égalité perdurent en revanche entre le droit français et le droit italien en matière de filiation. La législation française a unifié les modes de contestation de la filiation¹⁰⁹⁵, en abandonnant ainsi la volonté de favoriser la famille fondée sur le mariage, en cessant d'assurer à la filiation établie dans ce cadre une plus grande stabilité par rapport à la filiation établie hors mariage. Cette distinction a en revanche été conservée en droit italien¹⁰⁹⁶.

524. Soulignons, par ailleurs, qu'à l'occasion de l'adoption en France de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, et en Italie de la loi n° 219 du 10 décembre 2012, des règles

¹⁰⁸⁹ Concernant le passage d'une famille fondée sur le mariage à une famille fondée sur la filiation v. A. LEFEBVRE-TEILLARD, v. « Famille », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 698.

¹⁰⁹⁰ Cf. Loi fr. 8 janvier 1993 n° 93-22, préc.

¹⁰⁹¹ Cf. loi fr. 4 mars 2002, n° 2002-305, préc. et art. 371-1 Cod. civ. fr.

¹⁰⁹² Cf. d.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, préc. et art. 316 Cod. civ. it.

¹⁰⁹³ Art. 373-2-9 Cod. civ. fr ; art. 155 Cod. civ. it.

¹⁰⁹⁴ Cf. art. 371-1 al. 2 Cod. civ. fr ; J.-J. LEMOULAND, « Famille », op. cit., § 73.

¹⁰⁹⁵ Art. 332 à 337 Cod. civ. fr. tels que modifiés par l'ord. fr. 4 juillet 2005, n° 2005-759, préc. V. à ce sujet, J. HAUSER, « Des filiations à la filiation », *RJPF*, n° 9, 2005, pp. 6-11 ; M. LEROYER, « Réforme de la filiation. Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (JO 6 juill. 2005, p. 11159) », op. cit., pp. 836-843 ; J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », op. cit., pp. 209-229 ; « Dossier spécial filiation », op. cit., n° HS, 2006 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », op. cit., p. 34-39 ; F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », op. cit., pp. 17-28

¹⁰⁹⁶ Cf. Cod. civ. it. Livre I, Titre VII, Chap. III, relatif au désaveu de la paternité établie dans le mariage et art. 263 à 270 relatifs à la contestation de la filiation établie hors mariage.

d'identité de traitement des enfants ont été adoptées et insérées, respectivement aux articles 310 du Code civil français et 315 du Code civil italien. Nous ne nous attarderons cependant pas à présent sur ces règles puisque la divergence des règles d'égalité qu'elles portent dépasse le cadre de l'affaiblissement de l'influence de la religion sur le droit italien, pour toucher directement à la question de l'ouverture au pluralisme familial qui fera l'objet d'analyse dans un second temps¹⁰⁹⁷.



525. L'abandon progressif de la faveur pour la famille fondée sur le mariage correspond en Italie à l'amenuisement de l'influence exercée par la religion catholique sur le droit des filiations. Après la définition des buts assignés par l'État à la famille, l'évolution de ce second facteur a permis la prise en compte des intérêts auxquels l'État donnait déjà une importance auparavant, mais dont la protection pouvait avoir uniquement lieu dans la mesure où cela n'entravait pas la promotion du modèle familial choisi. Le déclin de la famille fondée sur le mariage a notamment amené à étendre la protection de l'intérêt de l'enfant. La diminution de l'importance accordée au mariage a largement amené à dépasser la nécessité de différencier les traitements des naissances dans et hors mariage. C'est donc au terme de ce processus que l'identité de traitement a été garantie. Il s'agit du processus amenant à considérer l'inégalité de traitement comme superflue au vu de la conception de la famille à chaque époque. On voit alors que le principe d'égalité est un instrument de la transformation de la famille. Les États y ont recours seulement après la transformation de leur conception de la famille. Plus exactement, l'inégalité peut être éliminée lorsque la poursuite des finalités que l'État assigne à la famille ne passe plus par la prévision d'une différence de traitement. De plus, il est nécessaire que l'État ait la volonté de diminuer la défaveur touchant la catégorie en cause, et donc d'élargir la prise en compte des intérêts individuels des sujets appartenant à cette catégorie¹⁰⁹⁸. Le principe d'égalité est donc un instrument de protection des intérêts individuels qui est choisi lorsque la distanciation de la conception traditionnelle de la famille le consent.

526. Le caractère instrumental du principe d'égalité et son asservissement à la conception de la famille transparaissent d'ailleurs de la constatation que là où les États français et italien ne se détachent pas de la conception traditionnelle de la famille, les inégalités de traitement ne sont

¹⁰⁹⁷ V. *infra*, § 573 et s.

¹⁰⁹⁸ A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Homme et femme il les créa », *op. cit.*, pp. 1216-1223, points 24-25 : « Ces foyers de résistance [à la chasse aux inégalités], parfois oubliés, parfois irréductibles, procèdent le plus souvent de choix délibérés ».

pas éliminées.

b) Les inégalités persistantes au profit de la famille fondée sur le mariage

527. Le travail d'élimination des inégalités de traitement a débuté en France et en Italie avant que les règles d'identité de traitement des enfants fassent leur apparition, respectivement en 2005¹⁰⁹⁹ et en 2012¹¹⁰⁰ dans les codes civils français et italien. Des inégalités ont cependant été maintenues, et ce, aussi bien avant **(i)** qu'après la consécration de ces dispositions au niveau national **(ii)**. Cela montre encore une fois que la conception de la famille est le moteur de l'élimination des différences de traitement. L'abandon de la volonté d'ériger la famille légitime en modèle unique n'a en effet pas impliqué l'abandon par l'État de toute préférence pour celle-ci. Le maintien d'inégalités témoigne ainsi de la considération du mariage en tant que forme familiale prééminente au sein du droit de la famille français et italien.

i) En l'absence de règles d'identité de traitement des enfants

528. Avant que les règles d'identité de traitement des enfants ne soient inscrites en 2005 et en 2012 dans les Codes civils français et italien, ces ordres juridiques inscrivaient dans la loi la possibilité d'introduire des différences de traitement entre les enfants.

529. Rappelons à cet égard qu'en droit français, la loi de 1972¹¹⁰¹ a introduit l'article 334 dont le premier alinéa visait à assurer « en général » les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. Cela laissait ainsi la porte ouverte à l'inégalité de traitement lorsque cela était jugé nécessaire.

En droit italien, jusqu'en 2012, la différence de traitement a longtemps été légitimée à la lumière de l'article 30 alinéa 3 de la Constitution. Cette disposition assure en effet aux enfants nés hors mariage « toute la protection juridique et sociale *compatible avec les droits des membres de la famille légitime*¹¹⁰² ». En effet, l'abandon des fonctions anciennement attribuées à la famille par l'État n'avait pas impliqué la renonciation de la part de ces États à élire la famille fondée sur le mariage comme forme familiale par excellence.

530. Le maintien de la faveur pour la famille fondée sur le mariage a ainsi continué à passer aussi bien en France qu'en Italie par le maintien de différences de traitement de la famille

¹⁰⁹⁹ L'ord. fr. 4 juillet 2005, n° 2005-759, préc., a introduit l'article 310 Cod. civ. fr.

¹¹⁰⁰ La loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, préc., a introduit l'article 315 Cod. civ. it.

¹¹⁰¹ Loi fr. 3 janvier 1972, n° 72-3 sur la filiation, préc.

¹¹⁰² Nous ajoutons l'italique.

fondée ou non sur cette institution, et notamment des enfants nés dans et hors mariage. Les catégories juridiques des enfants demeuraient distinguées, des règles différentes continuant de s'appliquer aux enfants légitimes, naturels simples, adultérins et incestueux. Si, comme cela a été précédemment exposé, l'emploi de la terminologie considérée péjorative fut éliminé¹¹⁰³, dans les années soixante-dix le statut et les droits des catégories d'enfants ne furent pas véritablement égalisés, mais globalement améliorés et ponctuellement égalisés. Les modes d'établissement et de contestation de la filiation dans et hors mariage demeuraient en effet distincts dans les deux pays. Les possibilités pour les enfants nés de parents unis par un lien de parenté d'établir leurs liens de filiation étaient encore limitées¹¹⁰⁴. Les droits successoraux de ces enfants, ainsi que des adultérins, demeuraient inférieurs aux droits successoraux des enfants n'étant pas nés en violation des principes du mariage¹¹⁰⁵. Le respect de la paix des familles gagnait ainsi sur toute recherche d'égalité. Rappelons également que la différence des modes d'établissement de la maternité en droit français n'a pas été éliminée jusqu'en 2005¹¹⁰⁶.



531. Le déclin de la faveur pour la famille fondée sur le mariage dans les années soixante-dix a ainsi amené à éliminer les inégalités de traitement de manière proportionnelle à la persistance de la faveur pour la naissance dans le mariage. L'introduction de règles d'identité de traitement n'a d'ailleurs pas changé cette donne.

ii) En présence de règles d'identité de traitement des enfants

532. Les ordres juridiques français et italien ont, respectivement, en 2005¹¹⁰⁷ et en 2012¹¹⁰⁸ inséré au niveau législatif des règles d'identité de traitement des enfants. Le législateur français a introduit l'article 310 du Code civil français disposant que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère [...] ». Le législateur italien a introduit l'article 315 du Code civil italien, énonçant que « [t]ous les enfants ont le même statut juridique ». Nous reviendrons dans un second temps sur l'analyse des différences dans le champ d'application personnel de ces règles d'égalité et

¹¹⁰³ V. *supra*, § 532.

¹¹⁰⁴ Pour aller plus loin v. J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, pp. 403-406 et 448 ; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, pp. 253-255.

¹¹⁰⁵ Les droits successoraux de l'enfant adultérin ne pouvaient en effet pas porter atteinte aux droits des membres de la famille légitime. V. art. 334, al. 3 anc. Cod. civ. fr. ; cf. art. 759, 760 et 908 anc. Cod. civ. fr., prévoyant des règles distinctes en cas de concurrence de l'enfant né de l'adultère avec les enfants légitimes de son père.

¹¹⁰⁶ V. *supra*, § 520.

¹¹⁰⁷ Ordonnance fr. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 *portant réforme de la filiation*.

¹¹⁰⁸ Art. 1^{er}, loi it. 10 décembre 2012, n° 219.

de leurs conséquences¹¹⁰⁹. Pour l'instant, il suffira de souligner que ces règles, ni même l'influence que la Cour européenne des droits de l'homme a exercée sur les États parties au Conseil de l'Europe¹¹¹⁰, n'ont amené à éliminer la totalité des anciennes différences de traitement entre les catégories d'enfants. Soulignons en effet que l'élimination des qualificatifs de « naturel » et de « légitime » des enfants¹¹¹¹ date notamment de 2005 en France et, encore une fois, de 2012 en Italie. Il ne s'agit cependant pas là de l'élimination de la différence de traitement, mais uniquement de l'élimination de la connotation négative attachée à la terminologie juridique employée¹¹¹². La catégorisation des enfants perdure en effet. Les codes civils aussi bien français qu'italien continuent parfois à faire référence aux enfants nés dans et hors mariage¹¹¹³.

533. « Faut-il rappeler les discriminations qui subsistent du point de vue de leurs droits à l'égard des enfants adultérins ou incestueux ? » – demande Monsieur LEMOULAND à ce sujet. « Ne plus les nommer comme tels tout en maintenant une différence de traitement, c'est de l'hypocrisie, pas du pluralisme »¹¹¹⁴, continue-t-il. Nous sommes cependant d'avis qu'il ne s'agit pas d'hypocrisie mais de la manifestation de la subordination de la définition des exigences substantielles d'égalité à la conception de la famille du for. Si la faveur pour la famille fondée sur le mariage a grandement diminué dans les deux pays, des résidus de cette prééminence demeurent encore dans le droit de la famille de ces pays. Ces bribes d'une conception dans laquelle la famille fondée sur le mariage demeure la forme familiale par excellence se manifestent précisément par le maintien de certaines différences de traitement des filiations dans et hors mariage, et notamment, par la distinction des modes d'établissement de la filiation paternelle en droit français et italien (**α**), par l'élaboration de règles régissant le

¹¹⁰⁹ V. *infra*, § 573.

¹¹¹⁰ V. les arrêts précédemment cités en note n° 1067, ainsi que les développements dans le chapitre suivant et spéc. § 681 et s.

¹¹¹¹ Ord. fr. 4 juillet 2005, n° 2005-759, préc. ; loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, préc.

¹¹¹² J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 353.

¹¹¹³ Des auteurs italiens soulignent que cette distinction peut être considérée comme compatible avec le principe d'égalité en mettant l'accent sur la diversité des logiques suivies et en considérant qu'il s'agit d'un traitement différent de situations dissemblables (M. BIANCA, « Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico », *Le nuove leggi civili commentate*, n° 3, 2013, p. 507 et s. ; S. TROIANO, « Le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio naturale », *Le nuove leggi civili commentate*, n° 3, 2013, p. 451 et s.). Nous ne pouvons pas partager cette lecture, puisque la consécration d'un principe d'une égalité indépendamment de la naissance, tel que l'article 315 du Cod civil italien, empêche de considérer que les enfants se trouvent dans des situations différentes (v. *supra*, § 91 et s.). Seule l'admission d'une dérogation légitime la différence de traitement. Rappelons par ailleurs que l'assertion de l'auteur repose sur un jugement de valeur qui consiste à considérer le mariage des parents de l'enfant comme une élément pertinent pour fonder la différenciation (v. *supra*, § 190 et s.). Soulignant la différence qui perdure malgré la réforme, V. G. BONILINI, « Lo status o gli status di filiazione? », *Fam. pers. succ.*, n° 8-9, 2006, p. 681 et s.

¹¹¹⁴ J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, n° 18, 1997, pp. 133-137, spéc. § 25.

conflit de filiations en droit français favorables à l'établissement de la filiation dans le mariage (β) ainsi que par la survie de la considération de l'état de grossesse d'une femme mineure comme un motif grave permettant d'accorder une dispense de la condition d'âge pour se marier (γ). Cette analyse nous permet de confirmer l'impuissance du principe d'égalité de traitement à définir la conception de la famille. Au contraire, les exigences substantielles d'égalité sont définies en fonction de ce que nécessite cette dernière dans les ordres juridiques à chaque époque.

α) La survie de la présomption de paternité

534. L'établissement de la filiation paternelle dans le mariage se fait automatiquement par le jeu de la présomption de paternité, lorsque les conditions sont remplies¹¹¹⁵. Hors mariage, en revanche, un acte volontaire – la reconnaissance¹¹¹⁶ – est nécessaire à l'établissement de la filiation. La survie de la présomption de paternité constitue une différence de traitement entre les enfants nés dans et hors mariage, sans que cela ne contrevienne, dans l'opinion de la doctrine majoritaire, au principe d'égalité¹¹¹⁷. Elle est en effet considérée comme une disposition protectrice de l'enfant et non comme une norme discriminatoire. L'intérêt de l'enfant à voir son lien de filiation paternelle établi est en effet davantage protégé par ce mécanisme. Nous avons en effet déjà souligné que la présomption de paternité constitue un exemple de protection de l'intérêt de l'enfant à travers la prévision d'une différence de traitement¹¹¹⁸.

535. La question se pose cependant de nouveau à l'heure où le même degré de protection doit être garanti aux enfants nés hors mariage. Or, la protection qu'offre cette prévision normative dérive de la présomption de paternité elle-même. Elle permet en effet seulement aux enfants nés dans le mariage que leur lien de filiation paternelle soit établi de manière automatique. Le maintien de la présomption caractérise donc une différence de traitement entre les enfants nés dans et hors mariage. De plus, considérer que son but est celui de protéger l'enfant implique de

¹¹¹⁵ Art. 312 Cod. civ. fr. ; art. 231 Cod. civ. it.

¹¹¹⁶ Art. 316 anc. Cod. civ. fr. ; art. 250 et s. Cod. civ. it.

¹¹¹⁷ V. e.a., A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, op. cit., pp. 600-601 et spéc. §§ 644-646 ; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 330 ; O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 219, § 491. Partageant cet avis, Madame CHEYNET DE BEAUPRÉ considère cependant que la présomption de paternité introduit une différence de traitement entre les pères selon qu'ils soient mariés ou non. Celui-ci devra en effet être marié pour bénéficier de l'établissement automatique de la paternité (« Homme et femme il les créa », op. cit., pp. 1216-1223, point 9).

¹¹¹⁸ V. *supra*, § 447.

donner une faveur à la naissance dans le mariage¹¹¹⁹. Il n'est donc pas possible de justifier le maintien de cette inégalité de traitement sans privilégier la naissance dans le mariage¹¹²⁰.

536. Bien que les fondements de la présomption de paternité ne fassent pas l'unanimité¹¹²¹, le fondement traditionnellement invoqué est l'existence d'un devoir de fidélité¹¹²², ce qui constitue une spécificité des effets du mariage aussi bien en droit français qu'en droit italien¹¹²³. Ce devoir dans le mariage¹¹²⁴ est ainsi appréhendé en tant qu'élément différenciant la situation du couple marié et non et, par ricochet, la situation de l'enfant né dans et hors mariage¹¹²⁵. L'importance accordée au mariage repose ainsi sur la garantie de stabilité qu'il offre et qui est donc construite par le droit lui-même¹¹²⁶.

537. Le droit italien fournit un indice supplémentaire de l'attachement de cet ordre juridique à la présomption de paternité, et donc au mariage. Il s'agit du maintien de l'imposition d'un délai de viduité aux femmes à la suite de la dissolution de leur mariage¹¹²⁷. Ce délai, qui a été éliminé en droit français¹¹²⁸, est justifié selon Monsieur SESTA par « l'exigence d'assurer la certitude dans l'attribution de la paternité et éviter ainsi un potentiel conflit entre les différentes

¹¹¹⁹ O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 207, § 490.

¹¹²⁰ En ce sens, O. ROY, « Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant », LPA, n° 70, 1998, p. 13.

¹¹²¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., pp. 379-398 ; v. F. GRANET-LAMBRECHTS, « La présomption de paternité », *Dr. Fam.*, n° 1, 2006, étude 3) ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, 6^e éd., LGDJ, Paris, n° 1 128 et s. et les références citées.

¹¹²² Art. 212 Cod. civ. fr. ; art. 143 Cod. civ. it.

¹¹²³ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 330 ; M. RINALDO, « Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie », op. cit., p. 976 et s., spéc. point 2, p. 17 de la version PDF ; J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., pp. 379-398. V. cependant l'analyse de C. AMBROISE, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD Civ.*, 1902, p. 257 et s., spéc. p. 283. L'auteur soulignait qu'à l'époque où la contestation de la présomption de paternité était quasiment impossible, il ne s'agissait pas d'une règle de preuve mais s'apparentait d'une fiction juridique. V. également A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », op. cit., pp. 49-66, spéc. p. 55, qui soulignent que la présomption joue également pour les enfants conçus avant le mariage, ce qui repose sur une présomption de la volonté du futur conjoint d'être reconnu en tant que père de l'enfant, ainsi que de l'existence de relations sexuelles préconjugales.

¹¹²⁴ Les législations française et italienne relatives aux partenariats enregistrés n'ont pas inséré le devoir de fidélité au titre des obligations découlant de ces unions. Le même constat s'impose relativement à la législation italienne relative au concubinage. Seul un jugement, resté isolé et à notre avis critiquable, rendu par le Tribunal de Lille a considéré que le devoir de fidélité s'imposait aux partenaires. Cf. TGI Lille, 5 juin 2002, *D.*, 2003, p. 515, n. X. Labbé, *Dr. fam.*, 2003, n° 57, n. B. Beignier.

¹¹²⁵ V. également P. MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Dr. fam.*, 1998, chron. 14, p. 4 ; du même auteur, « Vers la fin des filiations légitimes et naturelles », *Dr. fam.*, n° 12 bis, 2000, p. 38 et s. et spéc. p. 41. L'auteur évoque également des raisons tenant à la statistique et à la psychologie.

¹¹²⁶ M. RINALDO, « Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie », op. cit., p. 976 et s., spéc. point 2, pp. 17-18 de la version PDF.

¹¹²⁷ Art. 89 Cod. civ. it.

¹¹²⁸ Art. 288 anc. Cod. civ. fr. abrogé par la loi fr. 26 mai 2004 *relative au divorce*.

présomptions posées par la loi »¹¹²⁹. Madame ROY fait toutefois remarquer que le développement des techniques de vérification de la paternité biologique ne justifie plus le maintien de cette différence entre les sexes¹¹³⁰. Sa justification continue ainsi de résider dans la volonté de préserver le bon fonctionnement du mécanisme de la présomption de paternité, même au prix d'une inégalité de traitement au détriment des femmes. Une autre inégalité en ce sens pourrait être nouvellement créée par le droit français. Comme nous le verrons par la suite, le projet de loi concernant l'ouverture des techniques d'insémination artificielle à toutes les femmes¹¹³¹ exclut les femmes mariées souhaitant avoir recours, seules, à cette technique, en raison du jeu de la présomption de paternité à l'égard de l'enfant susceptible de naître¹¹³².



538. Comme Madame ROY le résume, « les modes d'établissement de la filiation dans une société donnée restent révélateurs d'une certaine conception de la famille »¹¹³³. Le maintien de la présomption de paternité aussi bien en droit français qu'en droit italien constitue ainsi un exemple d'inégalité de traitement entre les enfants nés dans et hors mariage qui témoigne d'une faveur résiduelle pour la naissance dans le mariage, en dépit de la reconnaissance juridique dont la famille hors mariage a fait l'objet avec le temps. La manière dont le conflit de filiation est résolu en droit français corrobore cette idée.

β) Le règlement du conflit de filiations

539. D'autres indices montrent que la garantie de l'identité de traitement est conditionnée par la faveur que le législateur a pour la filiation dans le mariage. Le règlement du conflit de filiations en droit français est particulièrement parlant à ce sujet. Avant que la première ébauche de disposition d'égalité des filiations ne soit consacrée dans le Code civil en 1972¹¹³⁴, les systèmes d'établissement des filiations naturelle et légitime étaient hiérarchisés car le conflit de filiation se résolvait par une faveur pour la seconde¹¹³⁵. « On invoquait – écrivait CARBONNIER – la normalité (sinon la moralité), la plus grande vertu probatoire de

¹¹²⁹ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 247, T.d.A.

¹¹³⁰ O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 343, § 100.

¹¹³¹ Projet de loi français *relatif à la bioéthique* n° 686, déposé le 3 août 2020, adopté en deuxième lecture avec modifications par l'Assemblée nationale et spéc. son art. 1^{er} qui propose d'ouvrir l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes non mariées.

¹¹³² V. *infra*, §§ 618-619.

¹¹³³ O. ROY, « Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant », *Les petites affiches*, n° 70, 1998, p. 13.

¹¹³⁴ Loi fr. 3 janvier 1972, n° 72-3 *sur la filiation*, préc.

¹¹³⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 375.

l'organisation matrimoniale, et aussi l'intérêt de l'enfant, la condition du légitime étant alors nettement meilleure que celle du naturel »¹¹³⁶. Avec l'avènement de l'égalité des filiations, et notamment de l'égalisation des droits des enfants ayant un lien de filiation établi en 2005¹¹³⁷, une telle faveur pour la filiation dans le mariage aurait pu, voire dû, disparaître. La hiérarchisation des filiations est cependant encore décelable en droit français en cas de conflit de filiations. Madame ROY remarque qu'en cas de reconnaissance prénatale effectuée par un homme autre que l'époux de la mère de l'enfant, l'officier d'état civil n'établira pas sa paternité jusqu'à ce que la déclaration de la naissance n'ait été effectuée¹¹³⁸. Si le mari de la mère est déclaré en tant que père, l'officier d'état civil établira l'acte de naissance sur la base de la déclaration de naissance¹¹³⁹. L'époux de la mère sera ainsi déclaré en tant que père de l'enfant dans l'acte de naissance, ce qui implique que l'action en contestation de paternité ne devra pas être exercée par le mari de la mère mais par l'autre homme. Madame ROY souligne que la solution posée contrarie le principe de chronologie des filiations qui régit par ailleurs la matière¹¹⁴⁰.



540. La faveur pour l'établissement du lien de filiation à l'égard du mari de la mère dans le cadre d'un conflit de filiations en droit français constitue ainsi un élément ultérieur témoignant de la faveur pour la naissance, y compris présumée, des enfants dans le mariage. La survie de la dispense de la condition d'âge pour se marier en cas de grossesse en constitue un autre.

γ) La dispense de la condition d'âge pour se marier en cas de grossesse

541. La dispense de la condition d'âge pour contracter mariage existe toujours aussi bien en droit français¹¹⁴¹ qu'en droit italien¹¹⁴². Nous nous interrogeons avec Madame ROY sur les raisons du maintien de cette dispense d'âge pour « motifs graves » pour le mariage avant la majorité de la femme en cas de grossesse. L'auteure souligne que depuis l'élimination de la distinction entre enfants naturels et légitimes, il est discutable de pouvoir continuer à considérer que l'état de grossesse présente le caractère de gravité nécessaire pour déroger à la condition

¹¹³⁶ *Idem.*

¹¹³⁷ Ord. fr. 4 juillet 2005, n° 2005-759, préc., insérant l'article 310 Cod. civ. fr.

¹¹³⁸ O. ROY, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 227, § 503.

¹¹³⁹ Art. 336-1 Cod. civ. fr.

¹¹⁴⁰ O. ROY, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 218, § 511.

¹¹⁴¹ Art. 171 Cod. civ. fr.

¹¹⁴² Art. 84 Cod. civ. it.

d'âge posée pour le mariage¹¹⁴³. Le maintien de ce cas de dispense peut cependant s'expliquer en considérant qu'il s'agit d'un résidu de la primauté de la famille fondée sur le mariage¹¹⁴⁴. En effet, cette dispense est plus précisément liée à la volonté de favoriser les naissances dans le mariage, dans la mesure où elle est classiquement accordée en cas de grossesse de la femme encore mineure.



542. Nous pouvons conclure en citant CARBONNIER, lorsqu'il affirmait que « [l]e mariage, malgré l'égalité de statut proclamée en 1972, vaudra mieux pour l'enfant »¹¹⁴⁵. En aucun cas la protection de l'intérêt de l'enfant ne peut se faire au détriment de la place qui continuait à être accordée au mariage. La diminution de l'importance accordée au mariage des parents est ainsi la condition de la poursuite dans la voie de l'élimination des inégalités de traitement des enfants nés dans et hors mariage. Cela a été largement, mais pas entièrement, réalisé, en France, par l'ordonnance de 2005¹¹⁴⁶ et, en Italie, par la loi de 2012¹¹⁴⁷. Dans ce dernier pays par ailleurs, cette réforme correspond à un détachement de la conception d'inspiration religieuse de la famille à laquelle l'ordre juridique est parvenu, entre autres, sous la pression européenne¹¹⁴⁸.

La même pression a été exercée pour que les couples de même sexe trouvent une reconnaissance juridique en Italie, ce que la France a commencé à faire bien plus tôt. Cela n'a pas pour autant suffi à convaincre le législateur italien d'abandonner la conception hétérosexuée du mariage héritée du catholicisme.

2) La différence de définition du mariage en France et en Italie

543. La Cour européenne des droits de l'homme a exigé de l'Italie une protection adéquate du droit à la vie familiale des couples de même sexe. L'inscription en droit italien du concubinage et du partenariat enregistré ouvert aux couples de même sexe est notamment intervenue à la

¹¹⁴³ O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 41, § 93.

¹¹⁴⁴ V. également les considérations de X. LABBÉE, « Faut-il repenser l'émancipation ? », *Gaz. Pal.*, n° 6, 2018, pp. 12-13.

¹¹⁴⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, op. cit., p. 332.

¹¹⁴⁶ Ord. fr. 4 juillet 2005, n° 2005-759, préc.

¹¹⁴⁷ V. loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, préc. et d.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, préc.

¹¹⁴⁸ M. DOSSETTI, « La disciplina unitaria dello status di figlio: un adempimento che non può essere rinviato », *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 416 et s. ; A. M. IADECOLA, « Il principio di unificazione dello status di figlio », *Dir. Fam. Pers.*, n° 1, 2014, p. 364.

suite de la condamnation de ce pays dans l'arrêt *Oliari*¹¹⁴⁹. Jusqu'alors, le monopole de la reconnaissance législative était détenu par le couple de sexe opposé marié. Les juridictions italiennes s'étaient chargées, face au silence du législateur, de garantir ponctuellement des droits aux couples non mariés dans le but de respecter notamment le droit à la vie privée et familiale, mais également le droit à la non-discrimination des couples en raison de l'orientation sexuelle de ses membres¹¹⁵⁰. Ce travail n'a cependant pas suffi aux yeux des juges de Strasbourg à pallier l'absence d'une réglementation de la vie familiale de ces couples. L'abandon de la définition hétérosexuée, héritage de la religion, du couple a ainsi été imposé par les exigences posées par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, sur lesquelles nous aurons l'occasion de nous attarder dans la suite de cette étude¹¹⁵¹. Madame RINALDO qualifie de « courageuse » la loi sur les unions civiles, « dans un contexte culturel qui demeure fortement conditionné par les valeurs et les principes de la religion catholique qui renforcent et poussent vers la préservation du lien indissoluble entre mariage et famille »¹¹⁵². Néanmoins, le poids de l'héritage confessionnel en Italie est tel que la nécessité d'offrir une reconnaissance juridique aux couples de même sexe n'a pas convaincu le législateur à abandonner la définition d'inspiration catholique du mariage et à continuer de refuser l'ouverture de l'institution aux couples de même sexe. Le mariage continue ainsi d'exister dans sa conception classique en Italie, conçu comme l'union entre un homme et une femme.

La Cour constitutionnelle italienne, interrogée sur la question de la conformité de l'interdiction de mariage pour les personnes de même sexe au principe d'égalité, inscrit à l'article 3 de la Constitution, a précisé que « les dispositions du Code civil italien, qui concernent uniquement le mariage entre un homme et une femme, ne peuvent être considérées comme constitutionnellement illégitimes. Les juges expliquent cette décision à la lumière de l'article 29 de la Constitution italienne¹¹⁵³. De plus, selon les juges, ces mêmes dispositions ne caractérisaient pas une discrimination déraisonnable, puisque les unions homosexuelles ne

¹¹⁴⁹ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, préc.

¹¹⁵⁰ V. e.a. Cass. it., Civ. 1^e, 22 janvier 2014, n° 1277 ; Cass. it., Civ. 2^e, 21 mars 2013, n° 7214 ; Cass. it., Civ. 1^e, 20 juin 2013, n° 15481 ; Cass. it., Civ. 3^e, 16 septembre 2008, n° 23725 ; Cass. it., Civ. 1^e, 10 novembre 2006, n° 24056 ; Cass. it., Civ. 3^e, 19 juin 2009 n° 14343 ; Cf. G. E. VACCARO, « Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le nuove unioni affettive », *op. cit.*, p. 759 et s., spéc. point 2.

¹¹⁵¹ V. *infra*, § 696 et s.

¹¹⁵² M. RINALDO, « Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie », *op. cit.*, p. 976 et s., spéc. point 2, p. 12 de la version PDF, *T.d.A.*

¹¹⁵³ *N.d.A.*, cet article dispose que « la République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites fixées par la loi, en vue de garantir l'unité de la famille » (« La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare »).

peuvent pas être considérées comme comparables au mariage¹¹⁵⁴.

544. Au contraire, la France a ouvert le mariage aux couples de même sexe avec la loi du 17 mai 2013¹¹⁵⁵, au nom du principe d'égalité. Ainsi, dans l'étude d'impact du projet de loi, il est possible de lire que « dans un objectif d'égalité, le projet de loi prévoit d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe »¹¹⁵⁶. Le communiqué de presse du Conseil des ministres du 7 novembre 2012 est par ailleurs rédigé comme il suit : « La garde des Sceaux, ministre de la Justice, a présenté un projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Ce texte, fondé sur une recherche de l'effectivité du principe d'égalité, permet aux couples de même sexe de se marier [...] ».

Ce point sera traité de manière exhaustive au cours du chapitre suivant¹¹⁵⁷. Il convient néanmoins de préciser dès maintenant que la Cour européenne des droits de l'homme inclut le mariage entre personnes de même sexe dans la notion de mariage inscrite à l'article 12 de la CESDH, sans pour autant considérer que le fait de réserver cette union aux couples de sexe opposé caractérise une inégalité de traitement contraire à la Convention¹¹⁵⁸. L'interdiction italienne est donc conforme aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Il en va de même pour le droit de l'Union européenne. Bien que l'article 9 de la CDFUE comprenne le mariage entre personnes de même sexe, les États membres restent libres d'exclure ce droit au niveau interne¹¹⁵⁹.

545. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe, conséquence de la distanciation du droit français de la famille de la religion. - La considération que « le mariage est l'union

¹¹⁵⁴ T.d.A., (« [...] la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio »), C. const. it., 15 avril 2010, n° 138/2010, point 9 des considérant en droit. Sur cet arrêt v. F. R. FANTETTI, « Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso », *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179; M. COSTANTINO, « Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi) », *Foro it.*, 2010.I.1701; P. BIANCHI, « La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso », *Giur. it.*, 2011, p. 537; M. GATTUSO, « La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso », *Fam. dir.*, 2010, p. 653; R. ROMBOLI, « Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio », *Foro it.*, 2010.I.1361.

¹¹⁵⁵ V. loi fr. 17 mai 2013, n° 2013-404 du 17 mai 2013, préc. ; art. 143 Cod. civ. fr. disposant que « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

¹¹⁵⁶ Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Étude d'impact, novembre 2012, p. 22, sous la rubrique *Objectif de la réforme*.

¹¹⁵⁷ V. *infra*, § 659 et s.

¹¹⁵⁸ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc. V. à ce sujet, H. FULCHIRON, « Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ? », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, op. cit., pp. 29-52.

¹¹⁵⁹ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, préc.

d'un homme et d'une femme »¹¹⁶⁰, et l'inégalité de traitement qui en résulte relativement aux couples de même sexe, ne peut pas être dissociée d'une conception de la famille héritée du passé. Il suffit de penser que les cas d'empêchements au mariage, qui demeurent identiques en droit français¹¹⁶¹ et en droit italien¹¹⁶² exception faite aujourd'hui de la condition de l'altérité sexuelle, sont hérités du droit canonique¹¹⁶³, et plus précisément – comme le faisait remarquer CARBONNIER – du Lévitique¹¹⁶⁴. Le mariage civil instauré en France par la loi votée le 20 septembre 1792, qui servira de base dans la réglementation du mariage dans le Code civil français¹¹⁶⁵, lequel inspirera à son tour le Code civil italien, est pour cette même raison jugée « au total plus révolutionnaire dans son principe que dans son contenu »¹¹⁶⁶. Or, l'accouplement était posé en tant que condition de validité du mariage en droit canonique. Les codes civils français et italien n'ont pas ouvertement repris cette action comme condition de validité du mariage. Ils en avaient cependant repris les présupposés, c'est-à-dire la différence des sexes et la condition d'âge que cet acte impliquait¹¹⁶⁷. Les relations entre personnes de même sexe se trouvaient ainsi exclues de cette définition.

546. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe en droit français passe ainsi nécessairement par un changement de regard sur le mariage, et notamment de la distanciation de la conception du mariage héritée de la tradition judéo-chrétienne¹¹⁶⁸. Cette distanciation aurait cependant pu ne pas suffire si le législateur français n'avait pas également modifié le but assigné à la famille. L'abandon de la famille construite sur la prééminence masculine peut être vu comme une condition supplémentaire de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. L'inégalité des sexes était, nous l'avons vu, fonctionnelle à la poursuite des buts assignés à la famille fondée sur le mariage (hétérosexuel), puisqu'elle assurait notamment sa stabilité. « [P]ourquoi [les couples de même sexe] auraient-ils pu prétendre y accéder si son objet était

¹¹⁶⁰ C. cass. fr., 13 mars 2007, n° 05-16627, préc. La même considération est avancée par la jurisprudence italienne. V. C. const. it., 15 avril 2010, n° 138/2010, préc. ; Cass. it., Civ. 1^e, 15 mars 2012, n° 4148, *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 696, *Riv. AIC*, 2012, n° 1 [en ligne], n. Di Bari ; Cass. it., 9 février 2015, n° 2400, *Nuova giur. civ.*, 2015, I, p. 649, n. T. Auletta, *Corriere giur.*, 2015, p. 909, n. G. Ferrando, *Dir. fam.*, 2015, p. 489, *Riv. dir. int.*, 2015, p. 660, *Giur. it.*, 2015, p. 1591, n. P. Bonini, *Riv. neldiritto*, 2015, p. 470, n. M. Iannone, *Riv. neldiritto*, 2015, p. 695, *Guida al dir.*, 2015, fasc. 11, p. 44, n. S. Galluzzo.

¹¹⁶¹ Art. 144 à 164 Cod. civ. fr.

¹¹⁶² Art. 84 à 90 Cod. civ. it.

¹¹⁶³ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁶⁴ Lévitique 18:7 et s. ; *ibid.*, p. 88.

¹¹⁶⁵ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 196.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 192-193.

¹¹⁶⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, t. 2, *op. cit.*, p. 54.

¹¹⁶⁸ V. en ce sens, Ph. GUEZ, « Le mariage pour tous ou le changement dans la continuité », *op. cit.*, pp. 87-111, spéc. pp. 94-96. L'auteur souligne d'ailleurs que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe était vivement contestée au sein de la société polynésienne en raison de la place que la religion y occupe (*ibid.*, p. 89) ; cf. O. ROY, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 39, § 88.

avant tout d'œuvrer à la hiérarchisation des hommes et des femmes ? »¹¹⁶⁹, s'interroge ainsi Monsieur PICHARD. L'élimination des inégalités a lieu de manière progressive car la conception de la famille évolue par stratifications successives. Elle est de plus limitée à la mesure de l'évolution de cette dernière. Une confirmation vient du droit italien qui, tout en ayant englobé dans la notion de couple la relation entre deux personnes de même sexe et s'être ouvert au pluralisme familial, n'a pas ouvert le mariage aux couples de même sexe.



547. Il découle de ce qui précède que la définition des exigences substantielles d'égalité dépend de la conception de la famille du for. Deux facteurs doivent être plus exactement mentionnés. D'un côté, la définition des contenus de l'égalité dépend des finalités que l'État assigne à la famille. Ainsi tant que la famille fondée sur le mariage était érigée en modèle par l'État, il était nécessaire de promouvoir cette forme familiale et d'en assurer la stabilité. La prévision d'inégalités de traitement entre les formes familiales dans et hors mariage, ainsi que l'inégalité des époux, était nécessaire.

548. D'un autre côté, la définition des contenus de l'égalité dépend de l'influence que la religion exerce sur le droit de la famille des États. La persistance en droit italien de l'influence de la religion catholique a ainsi dicté le retard de la réforme des filiations qui, entamée en 1975¹¹⁷⁰, n'a été véritablement opérée qu'en 2012¹¹⁷¹, là où en France, elle a été majoritairement complétée entre les années soixante-dix et quatre-vingt-dix, puis finalisée en 2005¹¹⁷². Cette même influence sur le droit italien, absente en France, marque également le refus italien d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe.

549. Néanmoins, si l'ouverture du mariage aux couples de même sexe implique d'abandonner la conception religieuse du mariage, encore faut-il que la conception de la famille n'exige pas par ailleurs la même différence de traitement, dans la perspective, par exemple, d'assigner un rôle particulier à chaque membre de la famille. Cela permet de comprendre que chaque différence de traitement peut permettre la poursuite de plusieurs objectifs. Leur élimination présuppose ainsi qu'aucune des finalités définies ne requière la prévision de différences de

¹¹⁶⁹ M. PICHARD, « Conjugalités », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN, *Genre et droit. Ressources pédagogiques*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 229-262, spéc. p. 229.

¹¹⁷⁰ Loi it. 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*, préc.

¹¹⁷¹ Loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, préc. et d.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, préc.

¹¹⁷² Loi fr. 3 janvier 1972, n° 72-3, préc. ; loi fr. 8 janvier 1993, n° 93-22, préc. ; Ord. fr. 4 juillet 2005, n° 2005-759, préc.

traitement. Nous avons cependant souligné au cours de la première partie de cette étude que l'égalité peut être considérée comme une finalité en soi¹¹⁷³. Lorsque tel est le cas, et lorsque la primauté est donnée à cet objectif par le législateur, celui-ci renoncera à concevoir la famille dont la définition juridique passerait par la prévision d'une différence de traitement. Une synergie se crée dans ce cas, dans laquelle la conception de la famille et l'égalité se nourrissent mutuellement.

Le changement de la conception de la famille peut donc se manifester à travers l'élimination des anciennes inégalités de traitement en droit interne de la famille. La modification des règles de conflit de lois peut également s'ensuivre.

III) Le reflet des égalisations en droit interne sur les règles de conflit

550. Lorsque l'inégalité de droit interne trouve son pendant dans une inégalité introduite par une règle de conflit de lois, l'élimination de cette règle peut entraîner l'élimination de la première par le législateur ou bien dans le cadre d'un contrôle de la constitutionnalité ou de la conventionnalité des lois¹¹⁷⁴, car elle n'est plus en cohérence avec l'évolution de la conception de la famille du for ou, éventuellement, avec les exigences européennes **(A)**. Elle peut cependant s'accompagner d'une règle de conflit inégalitaire lorsque la différence de traitement est considérée comme justifiée **(B)**.

A) L'élimination des règles de conflit discriminatoires

551. **L'influence du droit interne sur l'élaboration des règles de conflit de lois.** - Les règles de conflit sont élaborées en prenant en compte les conceptions matérielles des États. Madame GAUDEMET-TALLON souligne qu'« il est certain que les principes qui animent le droit interne ont une influence sur la règle de conflit. C'est parce que, dans de nombreux pays, le principe d'égalité entre l'homme et la femme a été mis en œuvre que ceux de ces pays qui connaissaient une règle de conflit soumettant certains aspects du statut personnel à la loi nationale du mari ont dû abandonner cette règle »¹¹⁷⁵. L'auteure porte également en exemple le

¹¹⁷³ V. *supra*, § 215 et s.

¹¹⁷⁴ V. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 69, soulignant que le contrôle de constitutionnalité des règles de conflit n'allait pas de soi.

¹¹⁷⁵ H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, vol. 312, 2005, p. 191, § 174. Cette pensée initialement attribuée à BARTIN qui considérait que les règles de droit international privé sont la projection du droit interne au plan international (L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, *op. cit.*, p. 35 ; B. ANCEL, n. ss. C. Const. it., 26 février 1987, n° 71, *Rev. crit. DIP*, 1987, p.

choix de la méthode de détermination de la loi applicable à l'union libre. Elle souligne que ce choix est « aussi le reflet de la façon dont est considérée cette union libre en droit interne : si elle est vue avec défaveur et marginalisée, la règle de conflit tendra à la considérer comme une simple situation de fait soumise à la loi du lieu où elle se constitue ; si, au contraire, on la rapproche du mariage, la règle de conflit pourra retenir par exemple la loi nationale commune des concubins »¹¹⁷⁶. Cette analyse permet de comprendre que les différences de traitement prévues en droit interne pouvaient se refléter sur les règles de conflit de lois.

552. La nécessité de prévoir des règles de conflit cohérentes avec l'esprit du droit interne.

- À la suite de l'abandon de la conception traditionnelle de la famille, entendue en tant que cellule de base de la société censée représenter la stabilité étatique, le travail d'élimination des différences de traitement des époux a ainsi touché les règles de conflit employant des critères de rattachement considérés comme discriminatoires¹¹⁷⁷. En Italie, ce travail a été progressivement opéré par la Cour constitutionnelle italienne, relativement aux règles renvoyant à la loi de la nationalité du mari. Ainsi en 1987¹¹⁷⁸ les articles 18 et 20 des dispositions préliminaires du Code civil ont été déclarés contraires aux « choix de fond à caractère constitutionnel ». La première de ces dispositions soumettait à la loi de la nationalité du mari au jour de la célébration les rapports personnels entre époux à moins que, pendant le mariage, ils n'aient eu une nationalité commune¹¹⁷⁹. La seconde de ces dispositions soumettait, sauf exception, les rapports entre les parents et les enfants à la loi personnelle du père¹¹⁸⁰. L'article 19 de la même série de dispositions soumettait en principe les rapports patrimoniaux

563 et s., spéc. p. 571). V. également sur ce sujet A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.*

¹¹⁷⁶ H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, p. 192, § 175.

¹¹⁷⁷ À propos duquel v. G.-M. UBERTAZZI, « Règles de non-discrimination et droit international privé », *op. cit.*, p. 370 et s. ; P. KINSCH, « Principe d'égalité et conflits de lois », *op. cit.*, pp. 117-144.

¹¹⁷⁸ C. const. it., 26 février 1987, n° 71, *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 563 et s., n. B. Ancel, préc. ; C. const. it. 10 décembre 1987, n° 477, *Foro it.*, 1988, I, p. 1455, *Foro it.*, 1988, I, p. 2830, n. E. Pagano, *Cons. Stato*, 1987, II, p. 1814, *Giur. cost.*, 1987, I, p. 3234, *Arch. civ.*, 1988, p. 285, *Corriere giur.*, 1988, p. 135, n. Provenzali, *Giust. civ.*, 1988, I, p. 314, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 1988, p. 67, *Nuove leggi civ.*, 1988, p. 250, n. M. Fioravanti, *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 1106, *Dir. fam.*, 1988, p. 58, *Riv. dir. int.*, 1988, p. 220, *Riv. not.*, 1988, p. 401, *Stato civile it.*, 1988, p. 532, *Vita not.*, 1988, p. 156, *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 741, n. F. Salvo. V. également C. const. it., 4 juillet 2006, n° 254 (*Foro it.*, 2006, I, p. 2257, *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1678, *Guida al dir.*, 2006, fasc. 30, p. 37, n. M. Finocchiaro, *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 514, n. F. Longobucco) déclarant la contrariété à la Constitution italienne de l'art. 19 des dispositions préliminaires du Code civil. La disposition était applicable dans une affaire introduite devant les juges du fond avant l'entrée en vigueur de la loi de réforme du droit international privé italien (v. note ci-dessous).

¹¹⁷⁹ *T.d.A.*, « I rapporti personali tra coniugi di diversa cittadinanza sono regolati dall'ultima legge nazionale che sia stata loro comune durante il matrimonio o, in mancanza di essa, dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio ».

¹¹⁸⁰ *T.d.A.*, « I rapporti tra genitori e figli sono regolati dalla legge nazionale del padre, ovvero da quella della madre se soltanto la maternità è accertata o se soltanto la madre ha legittimato il figlio ».

entre époux à la loi nationale du mari au jour de la célébration du mariage¹¹⁸¹. Il a été, quant à lui, abrogé par l'entrée en vigueur de la loi de réforme du droit international privé italien n° 218/1995¹¹⁸².

553. En France, la loi de 1972 a introduit des règles de conflit employant des rattachements qui ne différenciaient pas selon le type de filiation¹¹⁸³, là où les règles précédemment créées par la jurisprudence le faisaient. La loi applicable aux effets de la filiation dans le mariage était en effet la loi de la famille. En revanche, hors mariage, la loi de l'enfant s'appliquait¹¹⁸⁴.

À la suite de l'adoption de l'ordonnance française du 4 juillet 2005¹¹⁸⁵ et du décret législatif italien du 28 décembre 2012 n° 154¹¹⁸⁶, lorsque les conceptions française et italienne de l'égalité ont encore évolué et l'identité de traitement a été prévue dans les droits internes respectifs relativement aux effets de la filiation, les inégalités entre les enfants découlant des règles de conflit relatives à la filiation ont été éliminées. Ainsi, dans l'article 311-15 du Code civil relatif à la possession d'état, la référence aux deux catégories d'enfants, légitimes et naturels, a été effacée.

Le mécanisme de la légitimation¹¹⁸⁷ a été éliminé¹¹⁸⁸. Ce dernier permettait de limiter le désavantage touchant les enfants « naturels » uniquement à la mesure nécessaire à la promotion

¹¹⁸¹ T.d.A., « I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio. Il cambiamento di cittadinanza dei coniugi non influisce sui rapporti patrimoniali, salvo le convenzioni tra i coniugi in base alla nuova legge nazionale comune ».

¹¹⁸² Loi it. du 31 mai 1995 n° 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*.

¹¹⁸³ Des auteurs considèrent cependant que différencier les règles de conflit n'aurait pas créé une différence de traitement illégitime, puisqu'on ne fait rien d'autre que tenir « compte de la différence essentielle que constitue l'existence ou l'absence de mariage des parents » (B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 705, § 845 ; v. également A. PONSARD, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », *JDI*, 1972, pp. 765-796, spéc. p. 768). Dans le même ordre d'idée, il est possible de lire sous la plume de Monsieur FOYER qu'« [à] la vérité, un tel principe [d'égalité entre enfants légitimes et naturels] est plus aisé à mettre en œuvre pour les effets que pour l'établissement de la filiation parce qu'il demeurera toujours entre les deux filiations une différence essentielle qui tient à l'existence d'un mariage entre les père et mère légitimes » (J. FOYER, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *RCADI*, 1985, vol. 193, p. 21.) Le fait de considérer le mariage des parents comme un élément essentiel est cependant précisément tributaire d'un jugement de valeur que le législateur n'a pas partagé à l'époque de l'élaboration des règles de conflit de lois.

¹¹⁸⁴ V. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 718, § 869.

¹¹⁸⁵ Ord. fr. n° 2005-759 du 4 juillet 2005, préc.

¹¹⁸⁶ Décret d'application de la loi it. 10 décembre 2012, n° 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*.

¹¹⁸⁷ La légitimation était régie par les articles 280 à 290 du Code civil italien et par les articles 330 à 329 du Code civil français. V. H. PÉROZ, « La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant la réforme de la filiation », *JDI*, n° 2, 2006, pp. 581-591 ; A.-S. BRUN, « La légitimation : une institution obsolète ? », *Dr. fam.*, n° 11, 2003, pp. 24-25 ; F. JOURDAIN-THOMAS, « 91^{ème} Congrès des Notaires de France ; Tours, 21-24 mai 1995 ; La légitimation », *JCP N*, n° 20, 1995, pp. 769-770 ; M. DOGLIOTTI, « Legittimazione dei figli », in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 10^e éd., Utet Giuridica, Turin, 1993, p. 532 et s.

¹¹⁸⁸ À ce sujet, v. F. MONÉGER, « Brèves remarques sur le droit international privé touché par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *Dr. fam.*, 2005, étude 19, pp. 7-11, §§ 16-18 ; M. DOSSETTI, « L'abrogazione dell'istituto della legittimazione », in M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI (dir.), *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 65 et s.

de la famille fondée sur le mariage. C'est ainsi que, si les parents d'un enfant né hors mariage décidaient de se marier, il était possible de considérer que la raison qui poussait à défavoriser cet enfant venait à manquer. La légitimation amenait ainsi à reconnaître à ce dernier les droits accordés à l'enfant légitime. Ainsi, bien que la légitimation consentait d'élever les droits d'un enfant né hors mariage, il n'en reste pas moins qu'il s'agissait avant tout d'une institution reflétant l'existence d'une différence entre les effets de la filiation dans et hors mariage. Conserver la légitimation, après que l'ordonnance française de 2005 et la réforme italienne de 2012-2013 avaient éliminé de nombreuses différences, aurait ainsi impliqué de continuer à alimenter le relief donné à la question du statut conjugal des parents de l'enfant.

Quid de la catégorie de droit international privé ? Les règles de conflit de lois ne permettaient pas de régler le litige quant au fond. Néanmoins, depuis longtemps, les juges de pays européens tels que l'Italie¹¹⁸⁹ et l'Allemagne¹¹⁹⁰ ont considéré que celles qui employaient un critère de rattachement introduisant des différences illégitimes de traitement étaient contraires aux normes d'égalité en cause¹¹⁹¹. Or, la légitimation était l'un des mécanismes qui contribuaient à marquer la différence dans les effets qui produisait une filiation naturelle et une filiation légitime, puisque son intérêt résidait précisément dans la possibilité de modifier la filiation, et donc ses effets. Le maintien d'une catégorie de droit international privé et de la règle de conflit subséquente, lesquelles reflétaient une différence de traitement dépassée, aurait contrevenu à l'exigence substantielle d'identité de traitement entre-temps définie en matière d'effets des filiations en France et en Italie¹¹⁹². Ainsi la réforme française de 2005 a entraîné l'abrogation de l'article 311-16 du Code civil français et la réforme italienne de 2012-2013 a conduit à abroger l'article 34 de la loi n° 218/95, lesquels définissaient, respectivement, dans le droit international privé français et italien la loi applicable à la légitimation¹¹⁹³. Ces règles de conflit de lois étaient notamment caractérisées par la faveur qu'elles marquaient vis-à-vis de la légitimation, à travers la prise en compte de la loi permettant la validité parmi celles désignées par des critères de rattachement multiples¹¹⁹⁴.

¹¹⁸⁹ C. const. it., 26 février 1987, n° 71, *Rev. crit. DIP*, 1987, 563, n. B Ancel.

¹¹⁹⁰ BGH 8 décembre 1982, BGHZ 86, 57, 62. V. les développements de P. KINSCH, « Principes d'égalité et conflits de lois », *TCFDIP*, 2002-2004, éd. Pedone, Paris, 2005, pp. 117-144, p. 121 et s.

¹¹⁹¹ Sur les raisons ayant conduit à cette décision v. *ibid.*, p. 122.

¹¹⁹² Tel est l'avis de V. HEUZÉ, P. MAYER, B. REMY, *Droit international privé, op. cit.*, p. 451, § 638.

¹¹⁹³ Plus généralement Monsieur PONSARD considère qu'il n'est pas possible de conserver une catégorie de droit international privé disparue en droit interne. V. A. PONSARD, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », *JDI*, 1972, pp. 765-796.

¹¹⁹⁴ L'article 311-16 al. 1^{er} du Code civil français disposait que « le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant ». Le second alinéa soumettait en revanche

À cet égard, il est possible de lire qu'une raison tenant au respect de la nouvelle exigence substantielle d'égalité définie par le for est à l'origine de cette élimination. Ainsi, comme le fait remarquer Madame MUIR WATT, « quand Savigny et Bartin, s'accordant à ce point de vue, affirment le lien entre la règle de conflit et la règle interne, ils peuvent paraître mécanistes. En réalité, ils s'inspirent de valeurs que la règle interne tend à protéger »¹¹⁹⁵. Nous pourrions cependant montrer que l'abrogation des règles de conflit de lois régissant la légitimation n'était pas inéluctable¹¹⁹⁶. En attendant, la question qu'il convient de soulever a trait à la détermination de la règle applicable à la légitimation, depuis l'abrogation des règles de conflit dédiées en droit français et italien. Comme Madame PÉROZ le souligne, l'article 311-16 du Code civil français était applicable en dépit de l'applicabilité de la Convention n° 12 de Rome du 10 septembre 1970 sur la légitimation par mariage, adoptée par la Commission internationale de l'état civil¹¹⁹⁷. La Convention réservait en effet l'application de règles plus favorables que ce texte à la légitimation des enfants. La même réflexion valait relativement à l'article 34 de la loi italienne n° 218/95, puisque l'ordre juridique italien a également ratifié la Convention en question. En effet, l'article premier de ce texte dispose que la légitimation suivant le mariage des parents est valable si elle a été faite conformément à la loi nationale du père ou de la mère. L'article 311-16 alinéa 1^{er} du Code civil français était plus favorable à la légitimation, dans la mesure où il proposait quatre rattachements alternatifs¹¹⁹⁸, à savoir la loi régissant les effets du mariage, la loi personnelle de l'un ou l'autre des époux ou encore la loi personnelle de l'enfant. L'article 34 de la loi italienne mentionnée en proposait trois, qui reprenaient les critères de rattachement français à l'exclusion de la loi des effets du mariage. Dès lors, suite à l'abrogation de l'article 311-16 du Code civil français et de l'article 34 de la loi italienne n° 218/95, la Convention peut trouver à s'appliquer¹¹⁹⁹ dans la mesure où il n'existe plus dans ces ordres juridiques, de règle plus favorable que celles qui sont prévues par le texte supranational. Or, les

légitimation par autorité de justice « au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant ». L'art. 34 de la loi italienne n° 218/95 disposait en revanche que « 1. La légitimation par mariage subséquent est régie par la loi nationale de l'enfant au moment où celle-ci advient ou par la loi nationale de l'un des parents au même moment. 2. Dans les autres cas, la légitimation est régie par la loi de l'état dont le parent à l'égard duquel l'enfant est légitimé a la nationalité au moment de la demande. Pour la légitimation destinée à produire des effets après la mort du parent légitimant, on tient compte de la nationalité de celui-ci au moment de son décès » (T.d.A. <http://www.cfinot.eu/218fr.htm>, dernière consultation le 16 novembre 2020).

¹¹⁹⁵ H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, op. cit., p. 80.

¹¹⁹⁶ V. *infra*, 178 et s.

¹¹⁹⁷ H. PÉROZ, « La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant la réforme de la filiation », op. cit., pp. 581-591, spéc. point 9.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, point 25.

¹¹⁹⁹ Messieurs HEUZÉ, MAYER et REMY considèrent en effet que la Convention n'est applicable que si la loi désignée par les règles de conflit de droit commun n'admet pas la légitimation. Si cette interprétation était retenue par les juges, la Convention ne serait donc qu'exceptionnellement appliquée. V. V. HEUZÉ, P. MAYER, B. REMY, *Droit international privé*, op. cit., pp. 451-452, § 638.

règles de conflit de lois contenues dans cette Convention pourraient être considérées par les juridictions tant françaises qu'italiennes comme contraires, respectivement, à la conception française et italienne de l'égalité. Cela laisserait la place à l'application des règles de droit international privé de droit commun français et italien. La doctrine française¹²⁰⁰ a souligné à ce sujet qu'à défaut d'application de la Convention, les effets de cette filiation seraient régis, en France, par l'article 311-14¹²⁰¹ et, le cas échéant, l'article 311-17 du Code civil français¹²⁰². Le juge italien devrait en revanche désormais appliquer l'article 33 de la loi n° 218/95¹²⁰³.

554. Le cas spécifique du conflit interne de lois. - La conception de la famille du for pourrait cependant ne plus être le seul élément à prendre en compte dans le but de savoir s'il est nécessaire d'éliminer des différences de traitement. L'arrêt *Molla Sali c. Grèce*¹²⁰⁴ rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en 2018 conduit à s'interroger sur les contours d'une éventuelle exigence de conformité à la CESDH des règles venant répondre notamment aux conflits internes de lois¹²⁰⁵. L'affaire concernait la dévolution d'un héritage d'un individu ayant appartenu de son vivant à la communauté musulmane de Thrace. Ce dernier avait établi un testament conformément au droit civil grec désignant sa femme comme unique héritière. La Cour de cassation grecque avait cependant considéré que la succession de l'espèce était régie par la *charia*, ce qui rendait le testament nul et qui, en l'espèce, permettait à l'épouse de recevoir

¹²⁰⁰ V. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 711, § 856 ; H. PÉROZ, « La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant la réforme de la filiation *op. cit.*, spéc. point 9.

¹²⁰¹ Cette disposition soumet la filiation à la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ou, si la mère n'est pas connue, à la loi personnelle de l'enfant.

¹²⁰² Cet article dispose que « [l]a reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ».

¹²⁰³ Il s'agit de l'article unique contenant les règles de conflit de lois applicables à la filiation. Il compte quatre alinéas dont le dernier précise que les dispositions de droit italien relatives à l'unicité du statut d'enfant sont des normes d'application nécessaire. Voici en revanche la traduction des trois premiers alinéas. « 1. La filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant ou par la loi de l'État dont l'un des parents a la nationalité au moment de la naissance si cette dernière est plus favorable. 2. La loi désignée par l'alinéa 1 régit les conditions et les effets de l'établissement et de la contestation de la filiation ; si la loi désignée ne permet pas d'établir le lien de filiation ou sa contestation, la loi italienne s'applique. 3. La filiation établie en application de la loi de la nationalité de l'un des parents ne peut être contestée qu'en application de cette loi ; si telle loi ne permet pas de contester la filiation, la loi italienne s'applique » (*T.d.A.*). O. LOPES PEGNA, « Riforma della filiazione e diritto internazionale privato », *RDI*, n° 2, 2014, pp. 394-418 ; C. HONORATI, « La nuova legge sulla filiazione e il suo impatto sul diritto internazionale privato », in U. LEANZA et a. (dir.), *Studi in onore di Giuseppe Tesauro*, Editoriale Scientifica, Naples, pp. 2737-2764 ; G.M. RUOTOLO, « Il diritto internazionale privato italiano delle "nuove" famiglie nel contesto europeo », *Questione Giustizia*, n° 2, 2019, disponible sur le site https://www.academia.edu/39881217/Il_diritto_internazionale_privato_italiano_delle_nuove_famiglie_nel_contesto_europeo [dernière consultation le 16 novembre 2020] ; A. MENDOLA, *L'unitarietà dello statuto successorio tra favor legitimitatis e verità biologica*, dactyl., Université de Salerne, a.a. 2014/2015.

¹²⁰⁴ CEDH, Gr. Ch., 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce*, req. n° 20452/14, *RTD civ.*, 2019, p. 281, obs. J.-P. Marguénaud, *AJDA*, 2019, p. 169, chron. L. Burgorgue-Larsen, *D.*, 2019, p. 361, n. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2019, p. 158, obs. J. Houssier, *JCP G*, 2019, p. 49, n. H. Surrel.

¹²⁰⁵ À ce sujet, v. V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, vol. 1 et 2, IRJS éditions, Paris, 2013.

uniquement un quart de la succession. L'épouse alléguait la violation de l'article 14 de la CESDH, combiné avec l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Elle considérait notamment avoir subi une différence de traitement fondée sur la religion. La femme mariée bénéficiaire du testament d'un mari non musulman aurait fait l'objet d'un traitement différent par rapport à celui qu'elle, c'est-à-dire une femme mariée bénéficiaire du testament d'un mari musulman, s'était vue appliquer. Dans cette hypothèse, en effet, la norme applicable aurait été issue du droit civil grec et non de la *charia*. La Cour sanctionne implicitement dans cette affaire une application arbitraire de la loi, fondée sur l'inapplicabilité de la *charia* au cas d'espèce. En effet, les juges soulignent que les traités auxquels la Cour de cassation grecque avait fait référence en l'espèce « ne font pas obligation à la Grèce d'appliquer la *charia* »¹²⁰⁶. Elle ajoute que le Gouvernement ne contestait pas ce point. Ce dernier avait en effet affirmé lors de l'audience devant la Cour de Strasbourg que « les dispositions du traité d'Athènes relatives à la protection des droits des minorités ainsi que celles du traité de Sèvres n'étaient plus en vigueur ». Elle souligne par ailleurs que, dans tous les cas, seuls le testament islamique et la succession *ab intestat* auraient dû être régis par la loi musulmane, et non pas d'autres types de succession¹²⁰⁷. Bien que la Cour ne l'affirme pas expressément, l'application de la *charia* en l'espèce semble donc avoir été considérée comme arbitraire en l'espèce. Le conjoint de la requérante aurait dû se voir appliquer les normes issues du droit civil de ce pays et le testament du conjoint de la requérante aurait donc dû être considéré comme valable.

555. La Cour ajoute cependant un *obiter dictum* dans lequel elle laisse comprendre quelle aurait pu être son analyse si la *charia* avait été effectivement applicable en l'espèce. D'un côté, elle mentionne les doutes relatifs à la conformité de la *charia* au principe de l'égalité de traitement et aux normes internationales de protection des droits de l'homme, et notamment au principe des sexes et des enfants¹²⁰⁸. D'un autre côté, et c'est l'aspect qui retient ici notre attention, les juges soulignent que « [l']État ne peut [...] assumer le rôle de garant de l'identité minoritaire d'un groupe spécifique de la population au détriment du droit des membres de ce groupe de choisir de ne pas appartenir à ce groupe ou de ne pas suivre les pratiques et les règles de celui-ci »¹²⁰⁹. Elle poursuit en affirmant que « refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte [...] au] droit de libre

¹²⁰⁶ *Ibid.*, § 151.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, § 152.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, §§ 153-154.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, § 156.

identification ». La mention du caractère discriminatoire attire en particulier notre attention. La différence de traitement dont il est question est en effet celle qui serait introduite par rapport aux ressortissants de l'ordre juridique du for qui n'appartiennent pas à la minorité religieuse. Ces derniers se verraient en effet appliquer le droit commun. Relativement à un conflit interne de lois qui se concrétiserait dans un État partie au Conseil de l'Europe, se pose ainsi la question de la conformité de la règle qui introduirait une différence de traitement parmi ses ressortissants selon que ces derniers appartiennent ou non à une communauté religieuse. L'arrêt laisse imaginer que, pour être conforme à la prohibition des discriminations, la loi confessionnelle devrait pouvoir être choisie par un individu, mais non lui être imposée. Cela trouve une confirmation dans l'arrêt, dans la mesure où la Cour « note avec satisfaction »¹²¹⁰ que depuis d'entrée en vigueur de la loi grecque du 15 janvier 2018, donner compétence à l'autorité musulmane et appliquer en conséquence la *charia* « en matière de mariages, de divorce ou d'héritage ne devient désormais possible qu'en cas d'accord de tous les intéressés »¹²¹¹. De ce point de vue, il semble possible de déduire de l'arrêt que l'application de la *charia* ne serait pas tant (ou uniquement) sanctionnée en raison de la différence de traitement entre les sexes qu'elle introduit. Une discrimination semble pouvoir être caractérisée à la lumière de la diversité des solutions auxquelles conduit l'application de deux normes différentes, le Code civil grec, d'un côté, et la *charia*, de l'autre. Tel pourrait être notamment le cas, dès lors que l'application de cette dernière conduirait à un résultat moins favorable pour une partie par rapport à celui auquel l'application du droit civil aurait mené. Précisions à cet égard que, si la *charia* avait été effectivement applicable à l'espèce, la discrimination qui aurait pu être caractérisée n'aurait pas nécessairement été une discrimination directe fondée sur le sexe. La Cour souligne que l'article 14 de la CESDH « s'étend aussi aux circonstances dans lesquelles le traitement défavorable d'un individu est lié à la situation ou aux caractéristiques protégées d'une autre personne »¹²¹². Cela signifie que, l'impossibilité d'appliquer le droit civil à la succession du conjoint ayant appartenu à la communauté religieuse de Thrace, aurait pu caractériser une discrimination par ricochet à l'égard de l'épouse survivante, fondée sur l'appartenance religieuse du premier.



556. La conception de la famille du for et les différents éléments nourrissant cette dernière contribuent au travail d'élaboration des règles de conflit de lois. Dans l'hypothèse spécifique

¹²¹⁰ *Ibid.*, § 160.

¹²¹¹ *Idem.*

¹²¹² *Ibid.*, § 134.

du conflit interne de lois, des doutes peuvent être soulevés concernant la conformité à l'article 14 de la CESDH de l'impossibilité pour l'individu appartenant à une minorité religieuse de se voir appliquer une loi autre que la loi confessionnelle, à l'exclusion notamment du droit commun.

557. N'oublions cependant pas que l'élimination des inégalités n'est pas – nous l'avons vu – une nécessité absolue. Pour qu'elle soit éliminée, l'inégalité contenue dans une règle de conflit de lois doit être devenue superflue.

B) Le maintien de règles de conflit inégalitaires

558. Il a été exposé que les critères de rattachement ont été jugés discriminatoires par les juridictions lorsque la mutation de la conception de la famille était déjà en cours. Néanmoins, là où une différence entre les situations continue de permettre de poursuivre un but considéré comme légitime, l'emploi de rattachements inégalitaires reste possible. La discrimination éventuellement constatée est, dans ce cadre, considérée comme justifiée¹²¹³. Le droit international privé français en offre deux exemples. Le premier concerne l'introduction de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du même texte régissant la validité quant au fond du mariage entre personnes de même sexe **(1)**. Le second concerne la désignation de la loi de la mère de l'enfant par l'article 311-14 du Code civil français **(2)**. Cela nous conduit à comprendre que l'élimination de l'article 311-16 du Code civil français et de l'article 34 de la loi italienne n° 218/1995 n'était pas inéluctable et que leur maintien aurait été envisageable **(3)**.

1) L'article 202-1 alinéa 2 du Code civil français

559. L'article 202-1 alinéa 2 du Code civil français a été introduit par la loi du 17 mai 2013. Cet article dispose que « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet »¹²¹⁴. L'introduction d'une règle de conflit de lois

¹²¹³ V. en ce sens, F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, *op. cit.*, pp. 308-309, § 226.

¹²¹⁴ Pour aller plus loin au sujet des aspects internationaux du mariage entre personnes de même sexe v. D. BUREAU, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, Paris, 2014, pp. 155-184 ; P. HAMMJE, « "Mariage pour tous" et droit international privé - Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *RCDIP*, n° 4, 2013, pp. 773-806 ; H. FULCHIRON, « Le mariage entre personnes du même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du mariage pour tous », *JDI*, n° 4, 2013, doctr. 9 ; M. REVILLARD, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé », *Défrenois*, 2013, pp. 743-749.

qui distingue le mariage du couple entre personnes de sexe opposé et l'union de personnes de même sexe constitue en France une inégalité de traitement justifiée de situations comparables. Rappelons en effet que le mariage a été ouvert aux couples de même sexe au nom de l'égalité¹²¹⁵. Nous avons également eu l'occasion de démontrer que le refus de célébrer en France un mariage entre personnes de même sexe constitue une entorse à l'exigence d'identité de traitement des couples définie en droit français, et que seule l'admission d'une dérogation peut l'excuser, y compris lorsque la situation présente un lien d'extranéité¹²¹⁶. Or, si le mariage entre personnes du même sexe avait été régi par la même règle de conflit que le mariage entre personnes de sexe opposé, en 2013 peu de mariages auraient pu être célébrés¹²¹⁷. L'article 202-1 alinéa premier du Code civil français soumet en effet les conditions de la validité du mariage du couple hétérosexuel quant au fond à l'application cumulative de la loi de la nationalité de chaque époux, et en 2013 comme aujourd'hui, seulement une minorité d'États admettait ces unions. L'atteinte aux exigences substantielles d'égalité du for que ce refus caractérisait a vraisemblablement été considérée comme excessive. L'adoption d'une règle de conflit permettant de favoriser la conclusion de ces unions en France a donc été considérée comme une nécessité. C'est ce qui ressort d'ailleurs de l'étude d'impact relatif au projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Il est en effet possible d'y lire que « [p]our assurer une efficacité pleine et entière à cette réforme [dont l'objectif était l'égalité, *n.d.A.*¹²¹⁸], immédiatement, il est également proposé d'insérer dans la loi des dispositions spécifiques afin de régir la situation des mariages entre personnes de nationalités différentes. [...] [Il est] apparu opportun d'introduire dans le Code civil une règle de conflit de lois permettant de garantir aux Français la possibilité de se marier avec un ressortissant étranger du même sexe, ou à deux ressortissants étrangers de se marier en France, quand bien même la loi personnelle du ou des futurs conjoints étrangers ne reconnaîtrait pas la validité de telles unions »¹²¹⁹. L'insertion d'une

¹²¹⁵ V. *supra*, § 559.

¹²¹⁶ V. *supra*, § 277 et s. Concernant la notion d'internationalité du litige et les limites de l'utilité de la notion d'élément d'extranéité, v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, pp. 15-16 ; J.-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI*, n° 1, 2003, pp. 39-85.

¹²¹⁷ En ce sens, P. HAMMJE, « "Mariage pour tous" et droit international privé - Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *op. cit.*, pp. 773-806, § 11.a. L'auteur souligne par ailleurs que la création de la catégorie de droit international privé relative au mariage entre personnes de même sexe vise à « satisfaire des impératifs du fond du droit français », en évitant de désigner une loi étrangère prohibitive (P. HAMMJE, « Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, Iprolex, Paris, Madrid, pp. 867-887, spéc. p. 874).

¹²¹⁸ V. *supra*, § 544.

¹²¹⁹ *Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Étude d'impact*, novembre 2012, p. 23, spéc. point 3-1.2, disponible à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344-ei.asp> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

règle de conflit distinguant le couple de même sexe et de sexe opposé vise ainsi à limiter le risque de désigner une loi étrangère inégalitaire, ce qui justifie la différence de traitement.



560. Ainsi, la dérogation à l'égalité introduite par des règles de droit international privé était ici nécessaire dans le but d'assurer *a priori* le respect de la conception de l'égalité du for qui résultait du droit interne, ce que l'application de l'article 202-1 alinéa premier du Code civil français n'aurait pas permis.

Une autre règle de conflit française introduit une différence de traitement, notamment entre les parents selon leur sexe. Il s'agit de l'article 311-14 du Code civil français.

2) L'article 311-14 du Code civil français

561. L'article 311-14 du Code civil français permet de désigner la loi applicable à la filiation de l'enfant à travers deux critères de rattachement en cascade, dont le premier est la loi nationale de la mère et, le second, applicable seulement si la mère n'est pas connue, est la loi personnelle de l'enfant¹²²⁰. Nous avons vu que, globalement, les critères ne faisant référence qu'à un seul des époux ou des parents ont été éliminés en raison de leur caractère discriminatoire¹²²¹. L'article 311-14 en revanche a été maintenu en France, contrairement à l'Italie qui désigne uniquement la loi de la nationalité de l'enfant¹²²². Soulignons d'ailleurs que la Cour constitutionnelle italienne a déclaré la règle de conflit qui soumettait à la loi nationale du père les rapports entre parents et enfants¹²²³ contraire au principe d'égalité.

562. Madame GANNAGÉ relate la variété des justifications que la doctrine a pu apporter dans le temps. La première consiste à affirmer que le choix de ce critère à une époque où les filiations étaient encore différenciées en droit interne permettait de soumettre les enfants à une loi unique indépendamment de leur naissance. La seconde est la sécurité juridique amenée grâce à l'application de l'adage *mater semper certa est*¹²²⁴. L'auteure soulignait ainsi que l'inégalité entre les parents se justifiait aussi bien par l'identité de traitement des enfants introduite par

¹²²⁰ Sur cet article v. J. FOYER, « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, op. cit., pp. 127-140.

¹²²¹ V. *supra*, § 551.

¹²²² Art. 33 loi it. n° 218/1995, préc.

¹²²³ C. const. it., 26 février 1987, n° 71, *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 563 et s., n. B. Ancel, préc.

¹²²⁴ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, op. cit., p. 85.

cette règle, que par la sécurité juridique qu'elle assurait¹²²⁵.

563. Aujourd'hui cependant, à l'heure où le traitement des enfants nés dans ou hors mariage n'est que peu différencié et où la femme accouchant de l'enfant peut être distinguée de la mère génétique, ces justifications s'essoufflent. Considérons néanmoins que la différence entre les enfants selon qu'ils naissent dans ou hors mariage n'a pas été tout à fait éliminée en droit français, de même qu'en droit italien. La Cour européenne des droits de l'homme s'en accommode par ailleurs¹²²⁶. Nous avons vu que la survie de la présomption de paternité en atteste¹²²⁷. Tant que le Code civil français continuera à conserver deux catégories en droit interne et à se référer aux enfants nés dans et hors mariage, l'article 311-14 continuera, à défaut d'être parfait, d'avoir le mérite de ne pas distinguer les enfants selon leur naissance. La différence de traitement des parents selon leur sexe peut, dans cette optique, être considérée comme justifiée, bien que cette justification ait aujourd'hui perdu sa solidité.

3) L'hypothèse du maintien de l'article 311-16 du Code civil français et de l'article 34 de la loi de droit international privé italienne.

564. Le maintien des règles de conflit de lois régissant la légitimation aurait pu être envisagé en droit français et en droit italien lorsque cette institution a été éliminée en droit interne. Pour le comprendre, un parallèle peut être introduit avec l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil français. Rappelons que cette disposition, adoptée en même temps que la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe en droit interne¹²²⁸, introduit une différence de traitement en prévoyant des critères de rattachement différents relativement aux conditions de validité substantielle du mariage des couples hétérosexuels et homosexuels. Pourtant le mariage a été ouvert à ces derniers couples au nom du principe d'égalité¹²²⁹. Nous avons cependant vu que des dérogations à la règle de l'égalité de traitement sont admissibles même au stade de la

¹²²⁵ Selon d'autres, cela ne suffit pas à justifier l'inégalité. V. en ce sens, P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, op. cit., pp. 361-362. Pour une analyse plus nuancée, développée à partir des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme v. F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, op. cit., pp. 333-337, § 246.

¹²²⁶ *Ibid.*, p. 308, citant notamment Comm. EDH, 13 mai 1986, req. n° 10961/84, *M. et autres c. Belgique*.

¹²²⁷ V. *supra*, § 534 et s.

¹²²⁸ Loi fr. 17 mai 2013, n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹²²⁹ Dans l'étude d'impact du projet de loi, il est possible de lire, sous la rubrique *Objectif de la réforme*, que « dans un objectif d'égalité, le projet de loi prévoit d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe », *Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Étude d'impact*, novembre 2012, p. 22, disponible à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344-ei.asp> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

définition des contenus de l'égalité¹²³⁰. Tel peut alors être le cas lorsque les autorités nationales d'un ordre juridique considèrent que la consécration ou le maintien d'une règle de conflit introduisant une différence de traitement permet de poursuivre un but légitime. Il en résulte que les catégories de droit international privé des ordres juridiques ne correspondent pas nécessairement aux exigences substantielles d'identité ou de différence de traitement définies en droit interne. Or, il pourrait en aller de même concernant la survie d'anciennes différences de traitement au niveau de la définition des catégories de droit international privé.

565. L'exigence de justifier le maintien de la règle de conflit de loi relative à la légitimation par la poursuite d'un but légitime. - La survie des articles 311-16 du Code civil français et 34 de la loi italienne n° 218/95 qui définissaient la loi applicable à la légitimation aurait été possible en dépit de l'abrogation de ce mécanisme en droit interne, si les conditions requises à cet égard étaient respectées. Tel aurait notamment pu être le cas si le maintien de ces normes permettait de poursuivre un but légitime. Or, la possibilité de continuer à appliquer la loi désignée par une règle de conflit spécifique à un mécanisme juridique, permettait d'appliquer les lois que les ordres juridiques français et italien considéraient être les plus adaptées à régir ces situations. En effet, comme l'a souligné Madame PÉROZ, le fait qu'il n'y ait plus d'enfants légitimés en application du droit français (et italien) n'exclut pas la possibilité que des enfants soient légitimés selon le droit étranger et qu'on en demande les effets en France (et en Italie)¹²³¹. La suppression de la règle de conflit a ainsi été regrettée en considérant que la situation de ces enfants ne pouvait plus être appréhendée par la règle de conflit appropriée¹²³². Le maintien des règles de conflit de lois relatives à la légitimation aurait donc pu être considéré comme nécessaire en vue de protéger l'intérêt de l'enfant, ainsi que l'égalité réelle des enfants nés dans et hors mariage. Cela aurait notamment permis d'éviter de faire jouer l'exception d'ordre public au cas où la loi désignée par le jeu de règles de conflit non spécifiques¹²³³ défavoriserait les enfants nés hors mariage à travers la limitation des hypothèses de validité de leur lien de filiation, ou ne permettait pas la légitimation. L'abrogation de cette règle de conflit de lois a ainsi pu être lue comme une erreur de la part du législateur¹²³⁴.

¹²³⁰ V. *supra*, § 206 et s.

¹²³¹ H. PÉROZ, « La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant la réforme de la filiation », *op. cit.*, spéc. point 2.

¹²³² B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 711, § 856.

¹²³³ Et notamment l'article 311-14 du Code civil français et l'article 33 de la loi italienne n° 218/95.

¹²³⁴ V. H. PÉROZ, « La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant la réforme de la filiation », *op. cit.*, spéc. point 2 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 711, § 856. Ces derniers auteurs considèrent qu'il s'agit d'une « maladresse » ; M. SIMON-DEPITRE, J. FOYER, *Le Nouveau droit international privé de la filiation : loi du 3 janvier 1972*, Librairies techniques, Paris, 1973.

566. Une alternative emporte cependant notre conviction à la lumière de ce qui précède. En admettant que les rédacteurs aussi bien français qu'italiens n'aient pas été « indifféren[ts] à la dimension internationale du litige » comme le soutient Madame PÉROZ, cette abrogation peut être interprétée comme le signe du refus de la part des législateurs d'admettre une dérogation à l'identité de traitement des enfants à cet égard. L'insertion de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil français montre bien que des règles de conflit introduisant des différences de traitement sont compatibles avec la conception de l'égalité du for lorsqu'elles permettent d'atteindre le but poursuivi par le législateur. Il aurait donc pu en aller de même avec la règle de conflit relative à la légitimation.

Dès lors, il nous semble vraisemblable que les rédacteurs aient refusé d'admettre une dérogation à la conception française et italienne de l'égalité. Aux yeux des législateurs français et italien, le jeu d'une règle de conflit de lois relative à une institution désormais contraire aux exigences substantielles d'égalité du for ne semblait plus suffire à en justifier le maintien, et ce en dépit du fait que la loi désignée par cette règle de conflit spécifique aurait pu être considérée comme la plus apte à régir les légitimations.



567. Il ressort de ce qui précède que l'égalisation du traitement prévu pour des situations auparavant traditionnellement distinguées dépend de la mesure dans laquelle l'État se détache de la conception traditionnelle de la famille, ce qui dépend en partie de l'évolution du but assigné à la famille par l'État et en partie de l'influence catholique sur les mœurs de la société. Cela explique alors pourquoi France et Italie n'ont pas éliminé l'ensemble des inégalités de traitement héritées du passé et pourquoi ces éliminations n'ont pas porté sur les mêmes prérogatives, ou n'ont pas eu lieu dans la même mesure. Il ressort par ailleurs de l'analyse que l'élimination des inégalités de traitement en droit interne peut avoir des conséquences variables au niveau de l'élaboration des règles de conflit de lois. Les règles de conflit inégalitaires peuvent en effet être éliminées, à condition cependant que cela corresponde à l'évolution de la conception de la famille. Cette évolution peut également amener le législateur à introduire des distinctions au niveau des règles de conflit de lois, visant à diminuer le risque de désigner une loi étrangère inégalitaire.

568. Une variabilité des exigences substantielles d'égalité définies par des ordres juridiques culturellement proches peut donc être mise en lumière, ce qui laisse présager la nécessité de réfuter le caractère universaliste attribué au principe d'égalité. L'analyse des divergences des

conceptions de la famille qui sont venues relayer l'ancien modèle familial en France et en Italie, et la variabilité subséquente des nouveaux contenus de l'égalité, confirmera la conclusion pressentie. Le changement de la conception de la famille peut donc se manifester à travers le changement des exigences substantielles d'égalité en droit interne de la famille.

Section 2) Les exigences substantielles d'égalité à la lumière des nouvelles conceptions de la famille

569. **Des égalités et des inégalités dessinant de nouvelles conceptions de la famille.** - Le déclin de la faveur pour la famille fondée sur le mariage a conduit à faire progressivement fléchir les raisons de refuser une reconnaissance juridique aux familles hors mariage. Cela a ainsi ouvert la voie au pluralisme familial¹²³⁵. Néanmoins, si la conception de la famille fondée sur le mariage a perdu son monopole en France et en Italie, les législateurs de ces pays n'ont pas démissionné dans leur volonté de dicter les limites de l'acceptable et de l'inadmissible en droit de la famille¹²³⁶. C'est pourquoi de nouvelles conceptions ont commencé à être dessinées en France et en Italie. Il s'agit d'une notion de famille bien plus large que la précédente. Nous allons en effet voir qu'elle est caractérisée par le pluralisme puisque de multiples formes familiales en constituent l'expression¹²³⁷. Dans ce cadre, les exigences substantielles d'égalité ont continué d'être employées pour dessiner ces nouvelles conceptions, tout comme les anciennes inégalités avaient servi à façonner la famille légitime.

570. **L'impossible abstraction d'une conception de la famille dans la définition des exigences substantielles d'égalité.** - La notion de pluralisme familial n'a cependant pas de contenu propre. Les définitions du mariage ou les formes familiales autres que le mariage qu'il

¹²³⁵ J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *op. cit.*, p. 133-137 ; pour une vue d'ensemble sur les changements italiens, v. G. CASSANO (Dir), *La famiglia dopo le riforme*, Giuffrè, Milan, 2015.

¹²³⁶ *Contra, idem*. L'auteur considère que « [l]a préoccupation de coller au plus près des comportements a engendré une législation familiale plus sociale que juridique. La loi ne dirige plus. Elle gère » (§ 20).

¹²³⁷ Le caractère infini des possibilités qu'ouvre la notion de « pluralisme » familiale explique ainsi peut-être pourquoi une définition de la « nouvelle famille européenne » (H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *op. cit.*, p. 273) ne peut être trouvée (v. les essais en ce sens de J. HAUSER, « L'intégration par le législateur français des normes supra nationales de droit de la famille », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*, *op. cit.*, pp. 121-134 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme » pp. 44-74).

est possible d'imaginer sont innombrables¹²³⁸. Théoriquement, elles pourraient aller de la famille monoparentale jusqu'à la famille polygamique, comprenant aussi bien la polyandrie que la polygynie. Elle pourrait comprendre la relation amoureuse entre un frère et une sœur, ou encore la relation amoureuse entre un adulte et un enfant. Cela permet d'emblée d'affirmer que le fait que les ordres juridiques n'érigent plus en modèle unique la famille fondée sur le mariage et s'ouvrent au pluralisme familial peut conduire à une différence radicale des conceptions familiales définies. Il n'existe de bornes dans la conception de la famille que celles que l'État ou les mœurs d'une société donnée imposent¹²³⁹.

Il convient ainsi de remarquer d'emblée que le droit de la famille ne peut jamais être totalement délié d'une conception de la famille, fût-elle pluraliste, et que la définition de cette conception passe inévitablement par la prévision de différences de traitement. Il est en effet nécessaire de prévoir des conditions, et donc des différenciations, pour que l'union d'individus puisse créer une « vie familiale » au sens large. Si toute différence de traitement était éliminée, le système du droit de la famille de l'ordre juridique en cause s'effondrerait car l'État ne poserait plus les limites distinguant une relation familiale de toute autre sorte de relation, par exemple, amicale ou contractuelle¹²⁴⁰. Ce choix ne peut toutefois pas être détaché d'un certain degré de subjectivité puisqu'il implique de porter un premier jugement de valeur sur ce qui peut constituer une famille. Comme Monsieur HAUSER le soulignait en s'interrogeant sur la naissance d'une théorie générale du droit de la famille, l'égalisation des modèles familiaux est subordonnée à l'abandon des jugements de valeur¹²⁴¹.

On comprend alors que la définition des exigences substantielles d'égalité en droit de la famille est forcément et inévitablement conditionnée par la conception de la famille de l'ordre

¹²³⁸ Monsieur DE BÉNALCAZAR relie toutefois les formes d'union conjugale en considérant que « l'importance de lier les générations présentes et futures et le désir naturel de vivre auprès de l'enfant qu'un couple hétérosexuel a eu par son union peuvent expliquer pourquoi le mariage est un phénomène que l'on retrouve dans toutes les sociétés et à toutes les époques » (S. DE BÉNALCAZAR, *Pacs, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, op. cit., p. 286). Il est cependant indéniable, comme Madame MUIR WATT et Monsieur BUREAU le soulignent que « [l]es législations sur le divorce, le mariage, la filiation par ex., ne sont que le reflet de certaines valeurs voulues par la société française à un moment donné et reflétant une certaine conception de la famille » (D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., p. 550).

¹²³⁹ Pour une étude ethnologique de la famille v. C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, op. cit. Pour une étude sociologique v. A. MICHEL, *Sociologie de la famille et du mariage*, op. cit. ; A. QUÉNIART, R. HURTUBISE, « Nouvelles familles, nouveaux défis pour la sociologie de la famille », *Sociologie et sociétés*, vol. XXX, n° 1, 1998, 133-143 ; J.-H. DÉCHAUX, *Sociologie de la famille*, La Découverte, Paris, 2010.

¹²⁴⁰ En ce sens, A. ZOPPINI, « Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il contratto di convivenza », in E. MOSCATI, A. ZOPPINI (dir.), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Turin, 2002, p. 12 et s. ; M. RINALDO, « Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie », op. cit., p. 976 et s., spéc. point 2, p. 16 de la version PDF.

¹²⁴¹ J. HAUSER, « Vers une théorie générale du droit familial », *D.*, n° 8, 1991, p. 56, point I.

juridique, *a minima* par ce premier jugement de valeur qui permet de décider quelles relations peuvent être qualifiées de « familiales » au sens large.

571. **Des conceptions de la famille similaires ?** - La proximité de la France et de l'Italie peut laisser penser que, puisque ces deux pays se sont détachés de la conception traditionnelle de la famille, les formes familiales admises au cours des dernières décennies sont les mêmes. Le caractère partagé des valeurs respectives dérivant d'une tradition culturelle et juridique proche peut le laisser penser. Sans aller jusqu'aux extrêmes mentionnés, les ordres juridiques français et italiens se sont ouverts, chacun, à certaines formes familiales autres que le mariage. Cependant, bien que des recoupements existent, il n'y a pas d'identité dans les conceptions de la famille qui sont venues relayer la famille fondée sur le mariage. Anticipons que le concubinage et le partenariat enregistré tel qu'il est conçu dans les deux pays présentent des différences en termes d'effets. Nous verrons que considérer que *le* partenariat enregistré ou bien *le* concubinage a trouvé une certaine reconnaissance juridique aussi bien en France qu'en Italie est donc le fruit d'une approximation. Ces pays ont en effet chacun inscrit dans leur législation *une* forme de concubinage et *une* forme de partenariat enregistré qui ne renvoient cependant pas à des formes de conjugalité identiques. Par ailleurs, les conditions d'accès au mariage ne sont plus identiques, et le respect de l'intérêt de l'enfant ne se concrétise plus de la même manière.

572. Considérons maintenant que l'un des postulats sur lesquels repose l'universalisme attribué au principe d'égalité est la similarité des exigences substantielles d'égalité définies dans des ordres juridiques culturellement proches en matière familiale. Le risque de discontinuité des situations dans le cadre de la protection du principe d'égalité ne devrait donc pas concerner de manière particulière les litiges impliquant ces ordres juridiques. Cette considération, couplée à l'importance subjectivement attribuée par les ordres juridiques européens au principe d'égalité, justifierait de renoncer à la continuité des situations au nom du principe d'égalité. Tel pourrait être notamment le cas lorsque les ordres juridiques impliqués dans les litiges n'appartiennent pas à la même communauté de valeurs que la France ou l'Italie. Nous avons cependant démontré que les exigences substantielles d'égalité sont définies précisément sur la base des prérogatives reconnues et refusées aux différentes catégories juridiques¹²⁴². Dès lors, si les formes familiales divergent, les contenus de l'égalité divergent aussi. La confirmation de cette lecture au cours des pages qui suivent nous conduira ainsi à

¹²⁴² V. *supra*, § 123 et s.

réfuter l'hypothèse de la similitude des exigences substantielles d'égalité définies en France et en Italie en matière familiale, indépendamment donc de la proximité culturelle des ordres juridiques. Ce fondement de l'attribution d'une vocation universelle au principe d'égalité s'en trouvera ainsi ébranlé. La définition de contenus de l'égalité différents en France et en Italie implique en effet que la protection de ces derniers peut amener à des solutions dissemblables, et éventuellement inconciliables, y compris dans des ordres juridiques proches. À la mesure de l'abandon de la conception traditionnelle de la famille qui vient d'être présentée, s'ajoute la divergence des formes familiales juridiquement reconnues en France et en Italie. Cette divergence se décline sur deux niveaux. L'intérêt de l'enfant n'est pas défini de la même manière (§1), de même que les formes de conjugalité (§2). Les exigences substantielles d'égalité dépendant des conceptions familiales de chaque ordre juridique, il s'ensuit que de nombreuses différences peuvent être mises en évidence dans les contenus de l'égalité définis en droit de la famille français et italien. Cela nous conduira ainsi à réfuter l'universalisme du principe d'égalité fondé sur la supposée convergence des solutions commandée, d'un côté, par la protection du principe d'égalité et, d'un autre côté, par la recherche de la continuité des situations au sein d'une communauté de valeurs.

§1) Les différentes conceptions de l'intérêt de l'enfant

573. La subordination des exigences substantielles d'égalité à la conception de la famille transparaît de la différence des consécration des règles d'égalité relatives aux enfants au niveau législatif dans ces deux pays (I). Cette différence témoigne en effet d'une diversité des conceptions de l'intérêt de l'enfant (II).

I) L'égalité des filiations et l'égalité des enfants

574. Il a été mentionné qu'en droit français l'ébauche de disposition d'égalité des enfants insérée dans le Code civil en 1972 a été abrogée pour être remplacée par l'ordonnance du 4 juillet 2005¹²⁴³. La nouvelle règle figure à l'article 310 et dispose que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère [...] ». Rappelons également qu'en Italie, la réforme de 1975¹²⁴⁴ n'avait pas introduit de dispositions d'égalité. La loi assimilait en revanche ponctuellement les enfants

¹²⁴³ V. *supra*, §§ 498-502.

¹²⁴⁴ Loi it. 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*, préc.

naturels aux enfants légitimes¹²⁴⁵. Ce principe est demeuré inchangé jusqu'à la réforme de 2012¹²⁴⁶, à l'occasion de laquelle une règle d'identité de traitement a été introduite, mais d'une manière sensiblement différente de la rédaction française.

575. Concernant l'Italie, on aurait pu penser que l'influence religieuse précédemment exposée¹²⁴⁷ aurait poussé le législateur de 2012 à résister à la reconnaissance pleine et entière de l'égalité des filiations, en raison de la prééminence que ce facteur donne aux enfants nés dans le mariage. L'évolution du droit de la famille italien nous amène cependant à démentir ce propos, ce qui permet de considérer que l'influence européenne a pris le pas sur une conception de l'intérêt de l'enfant tributaire des considérations religieuses.

Le nouvel article 315 du Code civil italien dispose que « [t]ous les enfants ont le même statut juridique »¹²⁴⁸. Cette disposition correspond à l'interdiction des discriminations en raison de la naissance consacrée par l'article 14 CESDH, car les deux consécutions posent une présomption de comparabilité des situations de tous les enfants¹²⁴⁹. Ceci n'est pas étonnant dans la mesure où la jurisprudence strasbourgeoise a été prise en compte lors de la réforme italienne¹²⁵⁰. Comme nous le verrons plus amplement par la suite de cette étude¹²⁵¹, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet été peu inclinée à admettre des dérogations à l'identité de traitement des enfants.

576. La consécration française circonscrit, en revanche, le champ d'application personnel de la disposition d'égalité, puisque l'identité de traitement ne devra exister qu'entre enfants « dont la filiation a été légalement établie ». La doctrine n'a pas manqué de souligner la subordination

¹²⁴⁵ V. *supra*, §§ 498-502. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 254. L'auteure prend en exemple les art. 261 et 317 anc. Cod. civ. it.

¹²⁴⁶ Loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, préc. et D.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, préc. V. à ce sujet M. SESTA, « Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma », *op. cit.*, p. 10009 et s.

¹²⁴⁷ V. *supra*, § 516 et s.

¹²⁴⁸ Soulignant l'importance de cette disposition, v. M. BIANCA, « Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico », *op. cit.*, p. 507 et s. V. également, R. AMAGLIANI, « L'unicità dello stato giuridico di figlio », *Riv. dir. civ.*, n° 3, 2015, p. 554 et s.

¹²⁴⁹ V. *supra*, § 93 et s. V. en ce sens, G. FERRANDO, « La legge sulla filiazione. Profili sostanziali », *Corr. giur.*, n° 5, 2013, p. 525 et s., spéc. P. 4 de la version PDF ; G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, CEDAM, Padoue, 2020, spéc. Titolo VII Dello stato di figlio [Note introduttive], § 2 [En ligne] ; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, *op. cit.*, p. 735 ; M. BELLOMO, « La parentela: l'evoluzione della nozione nel tempo e gli interventi della giurisprudenza » *Dir. fam. pers.*, n° 3, 2020, p. 1181, point 3-4 ; C. M. BIANCA, « Alcune note preliminari sulla legittimità costituzionale del decreto attuativo », in C. M. BIANCA (dir.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milan, 2014, p. XI ; M. BELLINIA, « Disposizioni transitorie », in B. BAREL, G. BENINI, R. CAMPIONE et al., C. M. BIANCA (dir.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milan, 2014, p. 321 et s.

¹²⁵⁰ A. MENDOLA, *L'unitarietà dello statuto successorio tra favor legitimitatis e verità biologica*, dactyl., Università degli Studi di Salerno, a.a. 2014-2015, p. 36 ; A. M. IADECOLA, « Il principio di unificazione dello status di figlio », *Dir. fam. pers.*, n° 1, 2014, p. 364 et s.

¹²⁵¹ V. *infra*, § 681 et s.

de l'égalité à la légalité qu'opère cet article¹²⁵².



577. Nous pourrions alors dire que, tandis que le législateur français a consacré un *principe d'égalité des filiations*, le législateur italien a consacré un *principe d'égalité des enfants*.

II) L'importance variable de l'établissement du lien de filiation

578. La limitation française de la disposition d'égalité appelle deux considérations. Premièrement, les situations des enfants peuvent être considérées comme étant différentes tant que leur lien de filiation n'est pas établi. Le législateur peut ainsi garder la main sur les conditions d'accès à la filiation et, le cas échéant, en interdire l'établissement, sans que cela ne contrevienne à la disposition d'égalité consacrée. Ces limitations devront en revanche être justifiées par la poursuite d'un but légitime en droit italien.

579. Or, nous avons déjà annoncé que l'égalité est l'un des instruments de la protection de l'intérêt de l'enfant puisque cette dernière peut également passer par la prévision de différences de traitement¹²⁵³. La diversité des règles d'identité de traitement française et italienne trahit ainsi une vision différente de l'intérêt de l'enfant.

580. **La correspondance entre l'établissement du lien de filiation et le respect de l'intérêt de l'enfant en droit italien.** - L'absence de limitation du champ d'application personnel de la disposition d'égalité italienne implique notamment de considérer que l'établissement du lien de filiation répond à l'intérêt de l'enfant¹²⁵⁴. Le fait que le droit italien exige un traitement identique des enfants suppose que ces derniers puissent établir leur lien de filiation dans les mêmes conditions et qu'en principe il n'est pas possible de distinguer les différentes catégories d'enfants en interdisant à certaines d'entre elles le droit d'établir leur lien de filiation. Cette règle d'identité de traitement laisse ainsi comprendre que le respect de l'intérêt de l'enfant tel que l'ordre juridique italien le conçoit passe par l'établissement de la filiation¹²⁵⁵. Si l'identité

¹²⁵² A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Homme et femme il les créa », *op. cit.*, pp. 1216-1223, point 4.

¹²⁵³ V. *supra*, § 493 et s.

¹²⁵⁴ En ce sens, M. SESTA, « L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari », *op. cit.*, p. 231 et s.

¹²⁵⁵ Concernant le caractère limité des cas où le lien de filiation ne peut pas être établi, v. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, *op. cit.*, p. 783 ; pour des approfondissements, C. GARLATTI, « I diritti dei figli nati fuori del matrimonio non riconoscibili », in M. BIANCA (dir.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milan, 2014, p. 238 et s. ; S. TROIANO, « Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione », *Jus civile*, n° 5, 2015, pp. 223-249 ; v. déjà avant la réforme, sur cette question,

de traitement est prévue par un ordre juridique, cela signifie ainsi que cela correspond à ce que dicte la conception de l'intérêt de l'enfant dans cet ordre juridique. Ainsi, à partir du moment où des enfants peuvent établir leur lien de filiation, l'exigence d'identité de traitement veut que ce droit soit reconnu sans distinction à tout enfant. Seulement un motif considéré comme primant sur l'exigence d'identité de traitement, et donc sur l'intérêt de l'enfant, pourra en principe justifier l'exclusion de certaines catégories d'enfants du droit d'établir leur filiation. Soulignons cependant que cela n'a pas empêché le législateur italien de continuer à mettre l'accent sur le mariage des parents concernant les modalités de l'établissement de ce lien¹²⁵⁶. Nous avons déjà souligné qu'en Italie, comme en France, par exemple, la présomption de paternité survit, ce qui montre que des dérogations à la règle de l'égalité de traitement sont admises.

581. Le respect de l'intérêt de l'enfant même en l'absence du lien de filiation dans la conception française. - En droit français en revanche, d'autres considérations pourront motiver le refus d'établir le lien de filiation d'un enfant. La disposition d'égalité définie ne couvre pas les enfants tant que leur lien de filiation n'est pas établi.

582. D'un côté, cela explique que, par le passé, en droit international privé les lois étrangères qui ne permettaient pas d'établir un lien de filiation hors mariage n'étaient pas considérées par la Cour de cassation française comme contraires au principe d'égalité. Dans l'arrêt du 10 mai 2006, la violation de ce principe avait été alléguée par le demandeur au pourvoi. Le moyen a cependant été rejeté en considérant que l'ordre public international ne s'opposait pas à l'application de la loi prohibitive dès lors que l'enfant n'avait pas la nationalité française et ne résidait pas en France. L'inégalité de traitement a ainsi été considérée comme conforme à l'ordre public international en l'espèce. Nous verrons dans la prochaine partie de cette étude que la conception française de l'intérêt de l'enfant est l'élément qui conditionne la possibilité de subordonner le déclenchement de l'exception d'ordre public international à des conditions de proximité¹²⁵⁷.

583. D'un autre côté, cela signifie que l'ordre juridique français considère que le respect de l'intérêt de l'enfant peut être garanti même en l'absence d'un lien de filiation. Dans cette

A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli Editore, Turin, 2001, p. 41.

¹²⁵⁶ V. à ce propos, M. SESTA, « L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013 », *Fam. Dir.*, n° 5, 2015, pp. 454-465, spéc. 454, § 1.

¹²⁵⁷ Au sujet de la jurisprudence ici citée et de ses possibles évolutions v. *infra*, §§ 1131-1132.

optique, l'établissement de la filiation pourrait même être contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette lecture trouve des confirmations dans les droits positifs des deux pays, et notamment dans la différence des solutions relatives à l'établissement des liens de filiation des enfants nés de l'inceste et des enfants nés d'une mère porteuse.

Les enfants nés d'une gestation pour autrui, jusqu'à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, se sont vus refuser en France le droit d'établir leurs liens de filiation. De même, les enfants nés de l'inceste absolu¹²⁵⁸ continuent de faire l'objet dans la législation française d'une interdiction d'établir leur double lien de filiation¹²⁵⁹. Cette interdiction a été renforcée par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Celle-ci a précisé que l'interdiction d'établissement du double lien de filiation couvre toute modalité d'établissement de la filiation, y compris les liens ne manifestant pas une filiation biologique, telle que l'adoption¹²⁶⁰. À cet égard, il est ressorti d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 mars 2017¹²⁶¹ que les juges français considèrent qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'établir un double lien de filiation. L'affaire concernait une requête en adoption simple de la petite fille du conjoint du demandeur. La Cour d'appel avait rejeté la demande sur la base de l'interdiction posée à l'article 310-2 du Code civil car la mère de l'enfant était la descendante de l'alliée du requérant en adoption. Il existait donc entre eux un empêchement au mariage rendant incestueux le lien de filiation adoptif. Relativement à la conformité de cette décision à l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour de cassation renvoyait à l'appréciation souveraine des juges du fond qui avaient considéré que l'établissement de cette filiation n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant en ce que cela aurait entraîné une confusion générationnelle.

Une autre décision des juges du fond doit cependant être mentionnée. La Cour d'appel de Caen, dans un arrêt du 8 juin 2017¹²⁶², a considéré que « l'intérêt particulier de cette enfant, et des conséquences dommageables qu'aurait pour elle, dans la construction de son identité, l'annulation d'un lien de filiation sur lequel s'est construite jusqu'à présent sa place dans l'histoire familiale » commandait de conserver le lien de filiation malgré son établissement *contra legem*. Soulignons que la question qui se posait en l'espèce était celle du respect du droit à la vie privée et familiale. Il ne s'agissait en effet pas d'un refus d'établir le double lien de

¹²⁵⁸ V. O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 199, § 458.

¹²⁵⁹ Art. 310-2 Cod. civ. fr. Pour aller plus loin v. A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste », *RTD civ.*, n° 4, 2000, p. 759.

¹²⁶⁰ En ce sens, déjà Cass. fr., Civ. 1^e, 6 janvier 2004, n° 01-01600. À cette occasion la Cour avait précisé qu'il s'agit d'une interdiction d'ordre public. Cf. Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, op. cit., p. 164 ; O. ROY, *Droit de la famille*, op. cit., p. 199, § 458 ; X. LABBEE, « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.*, 28 et 29 novembre 2012, p. 5.

¹²⁶¹ Cass. fr., Civ. 1^e, 8 mars 2017, n° 16-13666, *RTD civ.*, 2017, p. 369, n. J. Hauser.

¹²⁶² CA Caen, Civ. 3^e, 8 juin 2018, n° RG 16/01314.

filiation, mais d'annuler le second lien de filiation précédemment établi « par ignorance ou dysfonctionnement ». L'annulation aurait ainsi risqué de conduire à une violation de l'article 8 de la CESDH dans la mesure où une vie familiale a pu être caractérisée par la Cour d'appel¹²⁶³. Cet arrêt ne remet pas en cause la conception de l'intérêt de l'enfant résultant de l'article 310-2 du Code civil français, lequel commande de ne pas établir le second lien de filiation qui révélerait le caractère incestueux de la relation des parents de l'enfant. Soulignons d'ailleurs que le respect de l'intérêt de l'enfant ainsi défini ne justifie pas uniquement une différence de traitement entre les enfants. Il a en effet été souligné que, dans la mesure où le lien de filiation est établi par la déclaration de la mère dans l'acte de naissance, ce sont les plus souvent les pères qui, en pratique, ne pourront pas établir leur lien de filiation, mais qui pourraient se voir obligés de verser des subsides à l'enfant¹²⁶⁴.

584. Une autre confirmation vient de l'analyse de l'arrêt rendu par la Cour de cassation française¹²⁶⁵ relativement à l'affaire *Mennesson* qui sera par la suite portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a amené les juges français à assouplir leur position¹²⁶⁶. La Haute juridiction française refusait d'établir la filiation avec le parent biologique au nom, notamment, de l'indisponibilité du corps humain, jusqu'à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁶⁷. La Cour de cassation refusait également la possibilité de contourner l'interdiction en ayant recours à d'autres modes d'établissement de la filiation, tels que l'adoption et la possession d'état, comme c'est encore le cas avec la filiation incestueuse.

Dans l'arrêt datant du 6 avril 2011, les juges français précisaient que l'intérêt de l'enfant né d'une mère porteuse n'était pas violé malgré le refus d'établir la paternité biologique que les juges du fond avaient opposé au père des enfants¹²⁶⁸. Cela confirme que, dans la conception française, l'inégalité de traitement concernant le droit de l'enfant d'établir son lien de filiation

¹²⁶³ Pour la même raison, la Cour de cassation a considéré que l'annulation d'un mariage incestueux ayant duré plus de vingt ans caractérisait une ingérence injustifiée dans la vie privée et familiale de l'époux. Cass. fr., Civ. 1^{er}, 4 décembre 2013, n° 12-26066, *JCP G*, 2014, p. 93, n. M. Lamarche, *Dr. fam.*, 2014, comm. 1, n. J.-R. Binet, *D.*, 2014, p. 153, n. H. Fulchiron, *D.*, 2014, p. 179, n. F. Chénédé, *AJ. fam.*, 2014, p. 663, n. F. Chénédé, *AJ. fam.*, 2014, p. 124, n. S. Thouret, *RTD Civ.*, 2014, p. 88, n. J. Hauser, *RTD Civ.*, 2014, p. 307, n. J.-P. Marguénaud.

¹²⁶⁴ A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », *op. cit.*, pp. 49-66, spéc. pp. 62-64.

¹²⁶⁵ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 6 avril 2011, n° 10-19053, préc.

¹²⁶⁶ V. les développements au sujet de la reconnaissance de la filiation ou de la transcription des actes de naissance établis à l'étranger à la suite du recours à une convention de gestation pour autrui, *supra*, § 295 et s.

¹²⁶⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n° 65192/11, préc.

¹²⁶⁸ La Cour de cassation considérait que l'établissement des liens de filiation maternelle et paternelle par les actes de naissance californiens ainsi que la possibilité pour les enfants de vivre avec leurs parents d'intention suffisait à garantir la protection de l'intérêt de l'enfant même en l'absence de transcription en France de ces actes.

est légitime¹²⁶⁹.

585. Ceci explique que la consécration de la disposition d'égalité a été limitée, *ratione materiae*, aux enfants dont le ou les liens de filiation sont établis. L'établissement de la filiation n'est pas une condition essentielle au respect de la conception française de l'intérêt de l'enfant. Or, la conception de l'égalité d'un ordre juridique étant tributaire de la conception de l'enfant, là où l'intérêt de l'enfant n'est pas considéré comme violé dans un ordre juridique, le principe d'égalité des enfants ne le sera pas non plus.

586. En droit italien, en revanche, les refus de principe d'établir le lien de filiation de l'enfant né de l'inceste ou d'une mère porteuse seraient en principe considérés comme contraires au principe d'égalité consacré¹²⁷⁰, puisque la règle d'identité de traitement n'est pas uniquement applicable aux enfants ayant établi un lien de filiation¹²⁷¹. Du point de vue italien, l'interdiction d'établir un lien de filiation caractérise une différence de traitement en raison de la naissance pour les raisons précédemment exposées. Ceci explique que la réforme de 2012¹²⁷², introduisant le principe d'égalité des enfants, a éliminé l'interdiction d'établir les deux liens de filiation par des parents unis par un lien de parenté ou d'alliance. C'est ce qui peut également expliquer la tendance en Italie à accepter plus fréquemment de reconnaître les liens de filiations biologiques des enfants nés de mère porteuse à l'étranger¹²⁷³. Il convient toutefois de rappeler que la

¹²⁶⁹ Madame CHEYNET DE BEAUPRÉ paraphrase GOETHE à ce sujet, en soulignant que ces refus d'établir les liens de filiation dans le but de sanctionner la violation de la loi reviennent à préférer « une injustice au désordre » (A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Homme et femme il les créa », *op. cit.*, pp. 1216-1223, point 28).

¹²⁷⁰ C. const. it., 28 novembre 2002, n° 494. Au sujet de l'exigence de permettre à l'enfant né de l'inceste son lien de filiation, la Cour constitutionnelle a souligné que « ce n'est pas le principe d'égalité qui doit céder face aux choix discrétionnaires du législateur, mais l'inverse » (*T.d.A.*, « non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto »). V. à ce sujet, G. DI LORENZO, « La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso », *Giur. cost.*, 2003, p. 446 ss. ; F. UCCELLA, « Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio », *Vita not.*, 2002, p. 1353 ; A. RENDA, « Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza 492/02 della Consulta », *Fam. dir.*, 2004, p. 96 et s. ; G. FERRANDO, « La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo », *Famiglia*, 2003, p. 845 ; M. DI NARDO, « La filiazione incestuosa al vaglio della consulta. I limiti di accertamento giudiziale del rapporto », *Nuova giur. civ. comm.*, 2003.I.543 ; C. M. BIANCA, « La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irrisconoscibili rimangono) », *Giur. cost.*, 2002, p. 4058 ; M. FINOCCHIARO, « Ammessa l'azione giudiziale di paternità anche per i casi di filiazione incestuosa. Superato l'ultimo pregiudizio ancestrale in contrasto con la sensibilità moderna », *Guida dir.*, n° 48, 2002, p. 44 ; M. DOGLIOTTI, « La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa », *Fam. dir.*, 2003, p. 119.

¹²⁷¹ En ce sens, M. BIANCA, « L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente L. n. 219 del 2012 », *Giust. civ.*, n°s 5-6, 2013, p. 205 et s.

¹²⁷² V. loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, préc. et d.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, préc.

¹²⁷³ CA Bari, 13 février 2009, préc. ; Trib. Naples, 1^{er} juillet 2011, préc. ; Trib. Milan, 14 avril 2014, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 413, n. Trinchera. V. également CA Turin, 29 octobre 2014, *Fam. dir.*, 2015, p. 822, n. M. Farina, *Giur. it.*, 2015, p. 1344, n. F. Cristiani, *Genius*, 2015, fasc. 1, p. 291, n. E. Di Napoli, *Guida al dir.*, 2015, fasc. 5, p. 15, n. G. Buffone. V. les plus développements précédents concernant les questions d'égalité que soulève

différence de traitement peut être justifiée par la poursuite d'intérêts légitimes. Le refus d'établir de tels liens de filiation pourrait alors être considéré comme justifié, notamment à la lumière de la lésion de la dignité de la mère porteuse¹²⁷⁴. L'élimination de l'interdiction d'établir le double lien de filiation pour les enfants nés de l'inceste montre en revanche que l'intérêt de l'enfant commande cette solution dans la conception italienne, sans que des dérogations ne soient admises.



587. En conclusion, en droit italien, la consécration d'une disposition d'égalité des enfants implique que le refus d'établir un lien de filiation caractérise une inégalité de traitement contraire à cette règle. La conception française du principe d'égalité en revanche, se déclinant en une exigence d'identité de traitement des filiations, n'amène pas à caractériser une contrariété au principe en cause lorsque l'établissement du lien de filiation est refusé. Cela a permis notamment d'expliquer pourquoi les juges français, à la différence des juges italiens, refusaient l'établissement des liens de filiation des enfants nés des gestations pour autrui et le refusent encore en ce qui concerne le double lien de filiation de l'enfant incestueux. Cela montre encore une fois la subordination de la conception du principe d'égalité d'un ordre juridique à sa conception de la famille. Plus exactement, c'est la définition de l'intérêt de l'enfant qui se répercute sur cette dernière, et par ricochet sur la définition des exigences substantielles d'égalité. La définition même de la disposition d'égalité varie entre la France et l'Italie selon l'importance que chacun de ces ordres juridiques attribue à l'établissement du lien de filiation des enfants et donc, des exceptions qui sont admissibles.

Cette même subordination, de même que la divergence de la conception de la famille française et italienne, peut être relevée au-delà de l'analyse de la conception de l'intérêt de l'enfant, et notamment dans l'analyse des formes de conjugalité qui trouvent une reconnaissance juridique dans ces deux pays.

la reconnaissance de liens de filiation à l'égard d'enfants nés du recours à l'étranger à des conventions de gestation pour autrui, *supra*, § 295 et s. Pour une vue d'ensemble, L. LORENZINI, « Gestation pour autrui : entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant. – Analyse de droit comparé (droit français et droit italien) au regard de la position de la CEDH », *JDI*, n° 3, 2017, doct. 10.

¹²⁷⁴ Cf. Cass. it., Civ. 1^e, 26 septembre 2014, n° 24001, préc. ; Trib. mineurs Milan, 3 août 2012 ; v. les observations de S. CANESTRARI, « Procreazione assistita : limiti e sanzioni », *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 411 et s., spéc. p. 420 ; M. DELL'UTRI, « Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione », *Giur. mer.*, 2010, n° 2, pp. 358-385 ; E. DOLCINI, « La procreazione medicalmente assistita : profili penalistici », in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. II, Giuffrè, Milan, 2011, pp. 1537-1604, spéc. p. 1552.

§2) Les différentes conceptions de la conjugalité

588. Comme cela a été souligné dans les pages précédentes, l'abandon de la promotion de la famille fondée sur le mariage et de son érection en modèle unique n'a pas rimé avec la démission des États français et italien dans la définition d'une nouvelle conception du couple. Cette notion a été élargie et d'autres formes de conjugalités sont venues se juxtaposer à côté du couple marié composé d'un homme et d'une femme. La France et l'Italie n'ont cependant pas opéré la même redéfinition du couple. À cet égard, il apparaîtra que les identités et les différences de traitement ont été, encore une fois, asservies à ce travail de définition de la conception de la famille de l'ordre juridique afin que les différences de traitement viennent hiérarchiser les différentes formes de conjugalité. Cet élément, joint à la diversité des formes de conjugalité juridiquement reconnues en France et en Italie, corroborera ainsi la démonstration de la variabilité des exigences substantielles d'égalité en matière familiale. La diversité des conceptions de la famille entre ordres juridiques proches entraîne, en effet, une divergence dans les solutions commandées par la conception de l'égalité, y compris entre ordres juridiques proches. L'universalisme attribué au principe d'égalité, qui justifie de faire primer le principe d'égalité sur le souci de la continuité des situations dans les litiges impliquant des ordres juridiques n'appartenant pas à la même communauté de valeurs devra donc être réfuté. En effet, la vocation universelle ne pourra plus être fondée sur la supposée convergence entre les solutions commandées par le principe d'égalité et par l'objectif de la continuité des situations au sein d'une telle communauté.

589. Pour le comprendre, il convient de souligner qu'il existe, certes, des similarités dans les conceptions française et italienne du couple depuis que l'Italie a suivi en 2016¹²⁷⁵ le pas que la France a franchi en 1999¹²⁷⁶. Trois formes de conjugalité trouvent en effet une reconnaissance juridique dans les deux pays : le mariage, le partenariat enregistré et le concubinage. La définition de ces formes conjugales **(I)** et l'ouverture au pluralisme familial dont elles témoignent **(II)** ne sont en revanche pas les mêmes, ce qui entraîne des divergences dans les exigences substantielles d'égalité définies par ces deux ordres juridiques en matière familiale.

I) Les formes familiales en France et en Italie

590. Plusieurs formes familiales sont aujourd'hui consacrées par le droit français et italien. Il

¹²⁷⁵ Loi it. 20 mai 2016 n° 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, préc.

¹²⁷⁶ Loi fr. 15 novembre 1999 n° 99-944 *relative au pacte civil de solidarité*, préc.

s'agit du mariage, du partenariat enregistré et du concubinage. Cependant, les définitions dont ces formes de conjugalités font l'objet, et notamment les catégories d'individus auxquelles elles sont ouvertes, ne coïncident pas dans les deux pays **(A)**. L'analyse permet notamment de montrer que ces divergences trouvent leur origine dans la diversité des définitions française et italienne du mariage depuis 2013, lorsque la France a couvert le mariage aux couples de même sexe **(B)**.

A) Différentes définitions, différentes exigences substantielles d'égalité

591. Nous avons montré que le mariage n'est plus défini de la même manière en France et en Italie, puisque ce dernier continue de retenir une conception hétérosexuée du mariage¹²⁷⁷. Par ailleurs, la loi française du 15 novembre 1999¹²⁷⁸ a consacré le pacte civil de solidarité (par la suite Pacs) et a donné une définition du concubinage en droit français. Ces formes d'union concernent aussi bien les couples composés de personnes du même sexe que de sexe opposé. L'ordre juridique italien en revanche a continué de reconnaître uniquement le couple marié en tant que forme de conjugalité jusqu'en 2016¹²⁷⁹. La divergence dans la définition des exigences substantielles d'égalité relativement aux couples de même sexe a ainsi été très ample pendant les dix-sept ans séparant la réforme française et la réforme italienne. Là où les couples de même sexe et de sexe opposé étaient considérés comme comparables en droit français relativement à la possibilité de conclure un Pacs ou d'être en concubinage, le droit italien considérait les couples homosexuels différents des couples hétérosexuels. Des comparaisons ponctuelles étaient cependant opérées par les juges¹²⁸⁰.

592. En 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a finalement condamné l'Italie sur le fondement de l'article 8 de la CESDH en raison du défaut de protection du droit à la vie privée et familiale des couples de même sexe¹²⁸¹. La loi italienne n° 76/2016¹²⁸² a été adoptée en réaction à cette condamnation et a consacré deux formes de conjugalités. La première est

¹²⁷⁷ V. *supra*, § 543 et s.

¹²⁷⁸ Loi fr. 15 novembre 1999 n° 99-944 *relative au pacte civil de solidarité*, préc.

¹²⁷⁹ Loi it. 20 mai 2016 n° 76, préc.

¹²⁸⁰ V. e.a. Cass. it., Civ. 1^e, 22 janvier 2014, n° 1277, préc. ; Cass. it., Civ. 2^e, 21 mars 2013, n° 7214, préc. ; Cass. it., Civ. 1^e, 20 juin 2013, n° 15481, préc. ; Cass. it., Civ. 3^e, 16 septembre 2008, n° 23725, préc. ; Cass. it., Civ. 1^e, 10 novembre 2006, n° 24056, préc. ; Cass. it., Civ. 3^e, 19 juin 2009 n° 14343, préc. ; v. G. E. VACCARO, « Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le nuove unioni affettive », *op. cit.*, p. 759 et s., spéc. point 2 ; P. PERLINGIERI, « La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima », *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 601 et s.

¹²⁸¹ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, préc.

¹²⁸² Adoptée le 20 mai 2016 et entrée en vigueur le 5 juin 2016.

l'union civile, une forme de partenariat enregistré qui a été réservée par la loi aux couples composés par deux personnes de même sexe. La seconde est le concubinage, s'adressant aussi bien aux couples homosexuels qu'aux couples hétérosexuels.

593. Ainsi les exigences substantielles d'égalité concernant les catégories pouvant accéder à deux de ces trois formes d'union juridiquement reconnues, à savoir le partenariat enregistré et le mariage, divergent en France et en Italie. Dans la conception italienne, en effet, le principe d'égalité n'est violé ni en raison de l'exclusion des couples de même sexe du mariage, ni du fait de l'exclusion des couples de sexe opposé du partenariat enregistré. Nous avons déjà exposé¹²⁸³ à cet égard que là où le mariage a été ouvert aux couples de même sexe au nom de l'égalité en France, la Cour constitutionnelle italienne a précisé que le principe d'égalité ne s'oppose pas à la différence de traitement en raison de la diversité du couple de même sexe par rapport au couple de sexe opposé¹²⁸⁴. Cet arrêt de la Cour constitutionnelle permet également de comprendre comment se concilie l'exclusion du couple de sexe opposé du partenariat enregistré avec le principe d'égalité. La Cour européenne des droits de l'homme a exigé la protection de la vie familiale du couple de même sexe¹²⁸⁵. Néanmoins, dans la mesure où les couples de même sexe et de sexe opposé ont été considérés comme incomparables par la Cour constitutionnelle italienne, ce que le législateur n'a pas démenti, la protection de la vie familiale offerte aux couples de même sexe ne devait pas être ouverte de manière identique aux couples de sexe opposé. La diversité des couples relativement au droit au mariage déteint ainsi sur l'analyse de la comparabilité des situations concernant l'union civile. Les couples de sexe opposé peuvent donc être exclus de l'union civile en raison de leur diversité des couples de même sexe au regard du mariage.



594. Le mariage, le partenariat enregistré et le concubinage sont donc les trois formes familiales qui trouvent une reconnaissance juridique aussi bien en France qu'en Italie. Le mariage et le partenariat ne se définissent cependant pas de la même manière dans l'un et l'autre

¹²⁸³ V. *supra*, § 543.

¹²⁸⁴ T.d.A., (« [...] la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio », C. const. it., 15 avril 2010, n° 138/2010, préc., point 9 des considérants en droit. Une auteure fait reposer cette différence sur l'impossibilité pour le couple de même sexe de procréer (M. RINALDO, « Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie », *op. cit.*, p. 976 et s., spéc. point 2, p. 8 de la version PDF).

¹²⁸⁵ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, préc.

de ces pays, ce qui implique une divergence dans la définition des exigences substantielles d'égalité relatives au droit de constituer ces unions dans ces deux pays. Or, il est possible de montrer que cette divergence dans les définitions du partenariat enregistré et du mariage dépend d'une différence des conceptions actuelles du mariage. Cela nous permettra ainsi de mettre en lumière la subordination des contenus de l'égalité à la conception de la famille du for, ainsi que la variabilité de ces dernières indépendamment de la proximité culturelle des ordres juridiques en cause. L'universalisme attribué aux exigences substantielles d'égalité s'en trouvera ainsi contesté du fait du risque actuel de divergence des solutions commandées par le principe d'égalité, y compris entre pays proches.

B) Des divergences découlant de conceptions différentes du mariage

595. **Similarités et divergences entre partenariat enregistré et mariage en France et en Italie.** - La distance qui sépare le régime du mariage et le régime du partenariat enregistré n'est pas équivalente en France et en Italie. Le Pacs présente en effet des différences par rapport au mariage que l'union civile ne présente pas. Par exemple, les effets de l'union sont nettement plus proches du mariage en droit italien qu'en droit français. Si l'union civile, tout comme le Pacs¹²⁸⁶, n'a pas d'effet relativement aux règles de parenté, l'union civile a des effets identiques au mariage. Les unions civiles sont soumises au régime légal de la communauté des biens¹²⁸⁷, et non à l'indivision comme cela peut être le cas en droit français¹²⁸⁸. De plus, et contrairement au Pacs français, la création d'une union civile implique l'ouverture de droits successoraux en faveur du partenaire survivant identiques aux droits du conjoint survivant¹²⁸⁹, y compris en ce qui concerne le droit au logement de celui-ci¹²⁹⁰. En revanche, en droit français le droit temporaire au logement est d'ordre public pour le conjoint survivant¹²⁹¹, mais non pour le partenaire, ce droit pouvant être écarté par voie testamentaire¹²⁹². De plus, le partenaire de droit

¹²⁸⁶ C. const. fr., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, préc., § 78.

¹²⁸⁷ Art. 1^{er}, al. 13, loi it. n° 76/2016, préc.

¹²⁸⁸ Avant la loi fr., 23 juin 2006, n° 2006-728 *portant réforme des successions et des libéralités*, l'indivision des biens était le régime légalement prévu pour les partenariats enregistrés. La loi de 2006 a fait de la séparation des biens le régime légal. Les partenaires peuvent cependant opter pour l'indivision.

¹²⁸⁹ Art. 1^{er}, al. 21, loi it. n° 76/2016, préc.

¹²⁹⁰ Art. 540 Cod. civ. it. et art. 1^{er} al. 1^{er} loi it. n° 76/2016, préc.

¹²⁹¹ Art. 763 Cod. civ. fr.

¹²⁹² Art. 515-6 al. 3 Cod. civ. fr.

français n'est pas un héritier, bien qu'il bénéficie d'avantages fiscaux¹²⁹³, pour les donations et legs, calqués sur la réglementation relative aux conjoints¹²⁹⁴.

596. L'union civile : le signe de l'absence de changement de la conception du mariage italienne. - Or, malgré la similarité du régime du mariage et de l'union civile en droit italien, le législateur a refusé d'assimiler le couple homosexuel au couple hétérosexuel concernant le droit au mariage. Cela laisse imaginer que la réforme du droit de la famille de 2016 ne constitue pas une étape intermédiaire vers une ouverture du mariage aux couples de même sexe¹²⁹⁵. Les similitudes importantes des unions civiles au mariage amènent à croire que le législateur a offert au couple homosexuel une large protection, tout en refusant de renoncer à la conception classique du mariage. Une confirmation vient de la plus grande de la force du lien constitué par la conclusion d'une union civile plutôt que d'un Pacs. Le Pacs ne constitue pas un empêchement au mariage. Cette union est en effet automatiquement dissoute en cas de mariage d'un des partenaires¹²⁹⁶. En revanche, en droit italien, la conclusion d'un mariage n'est pas possible tant que l'union civile n'est pas dissoute¹²⁹⁷. L'inégalité des couples homosexuels et hétérosexuels concernant aussi bien le droit de se marier que le droit de conclure une union civile témoigne donc que la conception italienne du mariage est restée inchangée, tout en garantissant le respect du droit à la vie familiale du couple de même sexe.

Le rappel de la Cour constitutionnelle italienne de la différence de la situation d'un couple marié et non marié¹²⁹⁸ témoigne donc de la mainmise de la part de l'ordre juridique sur la conception de la famille, ce qui témoigne la volonté de proposer plusieurs types de conjugalités¹²⁹⁹. Il en ressort que la différence de situations, en ce qui concerne notamment la comparaison entre le couple marié et le couple lié par une union civile, est strictement corrélée à la valeur accordée au mariage par rapport aux autres formes familiales.

¹²⁹³ V. notamment loi n° 2007-1223 du 21 août 2007.

¹²⁹⁴ Art. 777 CGI.

¹²⁹⁵ Madame LEROYER s'interroge en ce sens, en relevant que l'Allemagne a supprimé le partenariat enregistré et ouvert le mariage aux couples de même sexe A.-M. LEROYER, « Reconnaissance des unions homosexuelles en Italie », *RTD Civ.*, n° 1, 2018, pp. 81-83, spéc. § 9.

¹²⁹⁶ Art. 515-7 al. 1^{er} Cod. civ. fr.

¹²⁹⁷ Art. 86 Cod. civ. it.

¹²⁹⁸ V. e.a., C. const. it., 4 mai 2009, n° 140, *Foro it.*, 2010, I, p. 796, *Giur. cost.*, 2009, p. 1513, n. A. Pastorelli, *Cass. pen.*, 2009, p. 4213, *Dir. eccles.*, 2009, p. 731, n. G. Petrulli ; C. const. it., 11 janvier 1996, n° 8, *Foro it.*, 1997, I, p. 2716, *Legislazione pen.*, 1996, p. 550, *Rass. avv. Stato*, 1996, I, p. 20 ; Cass. it., Ch. Travail, 3 novembre 2016, n° 22318, *Foro it.*, 2017, I, p. 206, n. M. Ferrari, *Lavoro giur.*, 2017, p. 261, n. C. Carchio, *Fam. dir.*, 2017, p. 313, n. R. Nunin, *Argomenti dir. lav.*, 2017, p. 173, n. F. Malzani ; Cass. fr., Civ. 2^e, 23 janvier 2014, n° 13-11362 ; CE, avis, 28 juin 2002, n° 220361.

¹²⁹⁹ M. RINALDO, « Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie », *op. cit.*, p. 976 et s., spéc. point 2, p. 7 de la version PDF.

597. En revanche, en droit français, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe en 2013 a amené une redéfinition d'une forme familiale préexistante. Le mariage à la française s'est ainsi détaché de la conception hétéronormée, contrairement au droit italien. Là où une différence de traitement demeure en droit italien, une exigence d'identité de traitement a été définie en droit français.

598. **La définition du mariage influençant les contenus de l'égalité relatifs à la notion de couple.** - Il convient cependant de comprendre que la définition du mariage n'affecte pas uniquement la définition des exigences substantielles d'égalité relatives à cette forme de conjugalité. Du fait de l'importance qui lui est attribuée, la définition du mariage a longtemps affecté également la notion de couple. Les conditions d'accès au mariage avaient en effet servi d'appui pour la définition de ce dernier. Comme le remarquait Madame LOCHAK « [o]n chercherait en vain, dans le Code civil, la trace explicite d'une discrimination quelconque à l'égard des homosexuels. Pourtant, il a été entièrement rédigé et conçu en fonction du modèle familial dominant, le seul socialement acceptable et accepté : le couple composé d'un homme et d'une femme, de préférence pourvu d'enfants »¹³⁰⁰.

599. À partir du moment où certains droits ont été garantis aux concubins, la question s'est posée de savoir si le couple homosexuel pouvait exiger ces derniers au nom du principe d'égalité. La réponse négative de la Cour de cassation française laissait comprendre que les conditions d'accès au mariage ont servi de référentiel dans la définition du couple pouvant se trouver en situation de concubinage¹³⁰¹. En 1997¹³⁰², la Cour affirma que le droit de transmission du contrat de bail garanti au concubin notoire survivant ou abandonné ne pouvait pas être accordé à un individu ayant habité avec une personne de même sexe et qu'un tel refus ne caractérisait pas une discrimination aux termes de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La volonté de s'inspirer du mariage dans la définition des situations de type familial avait expressément été affirmée par la Cour. Elle considérait en effet que « le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation notable et continue *ayant l'apparence du mariage*, donc entre un homme et une femme »¹³⁰³. Des considérations analogues ont été tirées d'une lecture *a contrario* de l'arrêt rendu le 8 juin 1993 par la Cour

¹³⁰⁰ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 73. V. également F. BILOTTA, « Rapport italien », in Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La discrimination*, Journées franco-belges, t. LI, SLC, Paris, 2001, p. 629.

¹³⁰¹ V. à ce sujet, D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 73.

¹³⁰² V. cependant déjà Cass. fr., Soc., 11 juillet 1989, n° 85-46008 et n° 86-10665, *JCP*, 1990.II.21553, n. M. Meunier, GAJC, n° 24.

¹³⁰³ Cass. fr., Civ. 3^e, 17 décembre 1997, n° 95-20779, D, 1998, J. 111, concl. J.-F. Weber, n. J.-L. Aubert, préc.

de cassation italienne¹³⁰⁴. À cette occasion, les juges concluaient dans le sens de la licéité de la cohabitation en dehors du mariage entre un homme et une femme, tous les deux célibataires. Cela n'était « pas contraire à des normes impératives [...] ni à l'ordre public, lequel comprend les principes fondamentaux de l'ordre juridique, ni aux bonnes mœurs [...] »¹³⁰⁵, en sachant que, jadis, la cohabitation entre personnes de même sexe n'aurait pas fait l'objet d'une analyse analogue en raison des mœurs de l'époque. Comme Madame BUI-XUAN le résumait, « le droit était porteur d'une certaine conception du modèle familial, assise sur la tradition judéo-chrétienne »¹³⁰⁶.

600. La différence de traitement dont le couple homosexuel faisait l'objet découlait alors encore ici de la prééminence du mariage, en raison de l'influence que ce modèle avait sur la définition des conditions d'accès à une « vie familiale » au sens large en dehors du mariage. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs exercé une influence en ce sens. Tel a notamment été le cas à partir du moment où elle a commencé à inclure les couples homosexuels dans la notion de vie familiale¹³⁰⁷ et à pousser, par là, les ordres juridiques nationaux vers un changement dans leurs conceptions de la famille, lorsque cette dernière ne correspondait pas à la conception de la Cour de Strasbourg.

601. La question de l'égalité de traitement des couples homosexuels et hétérosexuels, même non mariés, trouve ainsi sa réponse par référence au modèle familial que l'État faisait sien, tel qu'il résulte des éventuelles influences supranationales. La conception hétéronormée du couple a pu changer après que l'importance accordée au mariage a été affaiblie, et que le couple pouvant se marier cesse de servir de modèle pour la conjugalité hors mariage. Ce changement a été définitivement opéré en droit français avec l'adoption de la loi de 1999¹³⁰⁸ instaurant le Pacs et définissant le concubinage au bénéfice des couples aussi bien homosexuels qu'hétérosexuels. En Italie, en revanche, c'est le Conseil constitutionnel qui a fait entrer la

¹³⁰⁴ A. TORRONI, « Unioni civili », *AltalexPedia*, [en ligne, dernière consultation le 31 août 2020]. L'auteur cite à son tour F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milan, 1989, p. 250.

¹³⁰⁵ T.d.A., « La convivenza more uxorio tra un uomo ed una donna in stato libero non costituisce causa di illiceità e quindi di nullità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali dall'uno a favore dell'altra o viceversa solo perché il contratto sia collegato a detta relazione, in quanto tale convivenza, ancorché non disciplinata dalla legge, non è illecita non potendo considerarsi di per sé contraria né a norme imperative, non esistendo norme di tale natura che la vietino; né all'ordine pubblico, che comprende i principi fondamentali informativi dell'ordinamento; né al buon costume, inteso - naturalmente a norma delle disposizioni del codice civile (v. articoli 1343 e 1354 di tale codice - come il complesso dei principi etici costituenti la morale sociale in un determinato tempo e in un determinato luogo », Cass. it., 8 juin 1993, n° 6381, *Corriere giur.*, 1993, p. 947, n. V. Carbone.

¹³⁰⁶ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 434.

¹³⁰⁷ V. *infra*, § 705 et s.

¹³⁰⁸ Loi fr. 15 novembre 1999 n° 99-944, préc.

relation homosexuelle dans la définition de couple¹³⁰⁹ et qui a amené, par la suite, à la définition asexuée du concubinage par la loi n° 76/2016¹³¹⁰.



602. La définition de contenus de l'égalité relatifs au mariage et au partenariat enregistré en France et en Italie dépend en partie de la différence qui existe aujourd'hui dans les conceptions respectives de cette institution. La volonté de ne pas faire évoluer la conception italienne, couplée à l'exigence de respecter le droit à la vie familiale, explique la faible entité des différences de traitement entre le couple de même sexe uni par un partenariat enregistré et le couple de sexe opposé marié. L'importance accordée à l'institution du mariage a d'ailleurs été l'élément qui a déterminé la définition du couple, jusqu'à ce que les ordres juridiques ici analysés commencent à se détacher d'une conception de la famille exclusivement construite sur la base du couple hétérosexuel marié, héritée de la religion catholique.

La divergence dans les exigences substantielles d'égalité relativement aux formes de conjugalité italiennes et françaises dépend également de la mesure de l'ouverture des ordres juridiques au pluralisme familial.

II) Une ouverture différente au pluralisme familial

603. Nous venons de voir que le droit italien a limité les inégalités de traitement entre le couple uni par une union civile et le couple marié dans le but de garder inchangée la conception hétéronormée du mariage, tout en protégeant la vie familiale du couple de même sexe. Nous allons à présent voir que, par contraste, en droit français, l'existence d'une réelle gradation dans le niveau d'engagement qu'impliquent les différentes formes familiales témoigne d'une ouverture au pluralisme dans une mesure différente de celle qui peut être relevée en droit italien.

604. Cette différence entre le droit français et le droit italien, passant par la prévision d'exigences substantielles d'égalité différentes, peut être relevée aussi bien en ce qui concerne le pluralisme familial que nous pouvons qualifier d'horizontal, c'est-à-dire, concernant la comparaison des différentes formes de conjugalité **(A)**, que le pluralisme familial vertical, c'est-à-dire concernant la comparaison entre les célibataires et les différents couples, quant à la possibilité d'établir des liens de filiation **(B)**.

¹³⁰⁹ C. const. it., 15 avril 2010, n° 138/2010, préc. ; C. const. it., 11 juin 2014, n° 170/2014, préc.

¹³¹⁰ Art. 1^{er}, al. 36, loi it. n° 76/2016, préc.

A) Le pluralisme familial horizontal

605. La divergence franco-italienne relative à la comparaison des institutions du mariage respectives et des formes de partenariat enregistré respectives qui vient d'être illustrée permet de comprendre la diversité dans les évolutions de la conception française et italienne de la famille. Il a déjà été exposé qu'en Italie, la création de l'union civile répondait essentiellement au besoin de garantir une protection adéquate du droit à la vie familiale du couple homosexuel, conformément aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme¹³¹¹. L'union civile n'a donc pas été créée dans le but d'inscrire dans le droit italien une forme de conjugalité alternative au mariage. Les similitudes des effets produits par le mariage et de l'union civile en attestent¹³¹².

606. La subordination de la prévision d'inégalités de traitements à l'évolution de la conception de la famille trouve une autre confirmation dans le contraste qui existe entre le partenariat de droit français et de droit italien concernant la similarité de chacune de ces formes conjugales au mariage. D'autres confirmations viennent de la mise en perspective, d'un côté, de la similarité des effets de l'union civile et du mariage de droit italien, et d'un autre côté, de la diversité des modalités de dissolution de ces mêmes formes conjugales. Le divorce, contrairement à la rupture du partenariat, est encadré par la loi aussi bien française qu'italienne, celles-ci définissant les cas de divorce¹³¹³. Or, en droit italien, face notamment à l'ampleur de la ressemblance des régimes du mariage et de l'union civile, il paraît difficilement soutenable que le contrôle judiciaire sur les motifs de rupture dérive du degré d'engagement qu'implique le mariage à la différence de l'union civile. Il apparaît plutôt que cette différence dans les modalités de rupture dérive de la volonté de réserver le caractère institutionnel au mariage, en rappelant qu'en Italie c'est sa conception hétérosexuelle qui est encore consacrée. Tel est alors l'élément qui implique d'exercer un contrôle sur la dissolution de cette union. C'est la famille, telle qu'elle est institutionnellement conçue, qui ne peut pas être dissoute de manière unilatérale et discrétionnaire. Les considérations du Conseil constitutionnel français¹³¹⁴ relatives à la possibilité de rompre un partenariat enregistré de manière unilatérale sont notamment remarquables à cet égard. Confronté à l'argument des requérants, qualifiant ce type de rupture

¹³¹¹ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n^{os} 18766/11 et 36030/11, préc.

¹³¹² Pour une analyse des différences entre l'union civile et le mariage de droit italien v. J. LONG, « Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della convenzione europea dei diritti dell'uomo », *Eur. dir. priv.*, n^o 4, 2016, p. 1059, point 3.2.

¹³¹³ Art. 229 à 247-2 Cod. civ. fr. ; loi it. 1^{er} décembre 1970, n^o 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, préc.

¹³¹⁴ C. const. fr., 9 novembre 1999, n^o 99-419 DC, préc., points 64-67.

de répudiation, le Conseil met en exergue la nature contractuelle du pacte, dont la durée indéterminée implique une possibilité de résiliation unilatérale par les parties. Les mêmes considérations peuvent être transposées à l'union civile italienne.

607. Seule la reconnaissance juridique du concubinage témoigne donc de la volonté d'ouverture au pluralisme familial en droit italien. Soulignons en effet que la loi italienne de 2016 est venue apporter d'importantes modifications au statut du concubin et notamment aux effets de ces unions. Le droit temporaire au logement a été attribué au concubin survivant¹³¹⁵. Contrairement au droit français¹³¹⁶, un droit à la pension alimentaire du concubin économiquement faible a également été prévu en cas de rupture¹³¹⁷. Le concubinage de droit italien a ainsi dépassé le cadre de la situation de fait et est devenu une véritable forme de conjugalité, qui laisse aux concubins la liberté d'organiser leur vie commune, mais qui régleme les conséquences de la dissolution de l'union. La réforme a par ailleurs introduit la possibilité de prévoir d'autres engagements réciproques à travers la conclusion d'un contrat de concubinage¹³¹⁸. Ce contrat est destiné à régler les modalités de contribution aux besoins de la vie commune¹³¹⁹ et permet aux concubins de se soumettre au régime de la communauté des biens¹³²⁰. Des conventions similaires peuvent être stipulées dans le cadre d'un concubinage du droit français¹³²¹. Néanmoins, dans ce dernier ordre juridique, la communauté des biens demeure exclue pour les concubins comme pour les partenaires. Seule une indivision conventionnelle pourra être prévue¹³²².

Considérons de plus que si la loi française prévoit que le Pacs est dissout par la conclusion d'un mariage par l'un des partenaires, dans la législation italienne c'est le contrat de concubinage qui est résilié en cas de conclusion d'un mariage ou d'une union civile. Il en résultera, dans ce cas, une union semblable au Pacs et qui dépasse ce dernier en termes de conséquences de la dissolution de l'union en cas de rupture ou de décès de l'un des concubins.

¹³¹⁵ Art. 1^{er}, al. 42, loi it. n° 76/2016, préc.

¹³¹⁶ Dans le cadre duquel le concubin pourra demander uniquement la réparation du préjudice subi en cas de rupture fautive sur le fondement de l'art. 1240 Cod. civ. fr. Cf. O. ROY, *Droit de la famille, op. cit.*, 2016, pp. 140-141, §§ 315-316.

¹³¹⁷ Art. 1^{er}, al. 65, loi it. n° 76/2016, préc. V. à ce sujet, ainsi qu'aux aspects privés internationaux de cette question, L. BALESTRA, « Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale : prime riflessioni », *Giur. it.*, 2016, p. 1788 s. ; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, « Le obbligazioni alimentari tra parti di un'unione civile e tra conviventi nel diritto internazionale privato », *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n° 1, 2017, p. 196 et s, spéc. point 4.

¹³¹⁸ Art. 1^{er}, al. 50, loi it. n° 76/2016, préc.

¹³¹⁹ Art. 1^{er}, al. 33, b, loi it. n° 76/2016, préc.

¹³²⁰ Art. 1^{er}, al. 53, c, loi it. n° 76/2016, préc.

¹³²¹ Sur ce thème v. O. ROY, *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 139-141, §§ 313 – 316.

¹³²² Art. 515-5-1 Cod. civ. fr. (en ce qui concerne le Pacs) ; art. 1873-1 à 1873-18 Cod. civ. fr. (les concubins peuvent souscrire une convention d'indivision). O. ROY, *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 140-141, §§ 315-316.

608. En France en revanche la volonté en 1999 de créer une forme familiale intermédiaire entre l'institution, à savoir le mariage, et la famille de fait construite sur la base d'une situation de concubinage, explique que la hiérarchisation des trois formes de conjugalités soit plus nette qu'en Italie¹³²³. Une volonté de passer à une conception de la famille véritablement pluraliste de la famille s'en déduit ainsi.



609. Il ressort de cette analyse que le droit français a mis en place une gradation des formes familiales s'inscrivant dans une logique pluraliste, ce qui passe nécessairement par la différenciation des traitements prévus pour les différentes formes conjugales. En droit italien, en revanche, la démarcation d'une telle hiérarchisation peut véritablement être mise en exergue uniquement entre le mariage et le concubinage d'un côté, et l'union civile et le concubinage de l'autre. L'étendue des effets produits par le mariage et par le concubinage est en effet quasiment équivalente dans ces pays. Cela montre que là où la réforme française de 1999 a témoigné de l'ouverture au pluralisme familial avec la définition du concubinage et la création du pacte civil de solidarité, la création de l'union civile en droit italien n'a pas eu pour but d'offrir une alternative au mariage, mais a été conçue comme un quasi-mariage réservé aux couples de même sexe. Cette même diversité dans la volonté française et italienne de s'ouvrir au pluralisme familial nous permettra à présent de comprendre pourquoi les droits des couples de même sexe et des couples non mariés sont plus limités en droit italien qu'en droit français.

B) Le pluralisme familial vertical

610. Nous venons de voir que le but de la création de l'union civile en droit italien n'a pas été de créer une nouvelle forme de conjugalité dans le but d'ouvrir l'ordre juridique italien au pluralisme familial, mais de pallier les insuffisances passées en termes de protection des droits fondamentaux, notamment des couples de même sexe. Cette analyse permet également de

¹³²³ Le droit social constitue une exception en ce sens. « Droit des besoins et de la réalité sociale, le droit social répugne à la hiérarchie des statuts » affirment Messieurs MALAURIE et FULCHIRON (Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, La famille*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 2011, n° 60). Comme le précisait le rapport annuel de la Cour de cassation de 2008 relatif aux discriminations, « [l]e droit de la sécurité sociale est indifférent dans l'ensemble, aux catégories propres du droit de la famille » (Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 2009, p. 125). De nombreuses prestations sociales sont ainsi attribuées indépendamment de la situation familiale des ayants droit (pour plus de détails v. Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 125). Il est cependant indéniable qu'« en confondant leurs effets [le droit social] concourt au rapprochement des situations », Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, La famille*, *op. cit.*, n° 60.

comprendre pourquoi la réforme de 2016, qui a pourtant créé une forme de conjugalité très similaire au mariage en termes de droits et devoirs respectifs des partenaires, n'a pas été accompagnée d'une modification des dispositions concernant la parenté. L'adoption n'a pas été ouverte aux couples de même sexe unis par un partenariat enregistré. En revanche, la réforme française du mariage ayant été opérée au nom du principe d'égalité, aucune différence entre les couples mariés de même sexe et de sexe différent n'a été prévue concernant notamment le droit d'adopter **(1)**. L'interdiction actuelle pour les couples de femmes d'avoir recours aux techniques d'insémination artificielle témoigne en revanche d'une limite actuelle à l'ouverture au pluralisme familial qui est, pour l'heure, partagée par la France et par l'Italie **(2)**.

1) L'adoption

611. Aussi bien en droit français qu'en droit italien, l'adoption plénière et son équivalent italien, ainsi que l'adoption simple de droit français ont été réservées aux couples mariés¹³²⁴, les couples de concubins et de partenaires n'ayant pas accès à cette institution dans les deux pays. Une proposition de loi visant à réformer l'adoption a cependant été récemment déposée en France et inclut la perspective de l'ouverture de l'adoption aux couples non mariés¹³²⁵.

612. Par ailleurs, une différence existe entre le droit français et le droit italien au sujet des adoptions par des célibataires. Contrairement au droit français, cette possibilité est strictement encadrée en droit italien. L'adoption est notamment ouverte aux célibataires dans deux cas. Tel est le cas si l'enfant est orphelin et si l'adoptant a un lien familial jusqu'au 6^e degré avec l'enfant et s'il existe une relation stable et durable préexistante à la perte des parents. Alternativement, le célibataire peut adopter lorsque le placement en vue d'adoption de l'enfant s'avère impossible¹³²⁶. Cette limitation, couplée à l'impossibilité pour les couples de même sexe de se marier, a longtemps caractérisé une différence de traitement entre les individus hétérosexuels

¹³²⁴ Sur le refus de la Cour de cassation française d'autoriser l'adoption simple à la partenaire de la mère de l'enfant, v. Cass. fr., Civ. 1^e, 19 décembre 2007, n° 06-21639, Bull. 2007, I, n° 392, préc. Rapp. Cass. fr., Civ. 1^e, 20 février 2007, nos 04-15676 et 06-15647, préc. ; C. const. fr., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, préc. Pour une analyse du refus italien en termes d'égalité de traitement, v. J. LONG, « Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della convenzione europea dei diritti dell'uomo », *Eur. dir. priv.*, n° 4, 2016, p. 1059, point 3.2. L'auteur souligne que les similitudes entre le mariage et l'union civile de droit italien pourraient conduire à une sanction de l'Italie de la part de la CEDH en raison du refus d'ouvrir l'adoption aux partenaires dans la loi n° 76/2016, à moins que les juges ne garantissent ce droit à ces derniers. Nous allons cependant voir à présent que cette voie a été effectivement ouverte par les juges.

¹³²⁵ Proposition de loi fr. n° 188 *visant à réformer l'adoption*, déposée le 7 décembre 2020 et adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale, qui propose d'ouvrir l'adoption aux couples non mariés.

¹³²⁶ Loi it. 4 mai 1983, n° 184, art. 44, al. 3, préc.

et homosexuels¹³²⁷. Cette divergence dans les exigences substantielles d'égalité françaises et italiennes était cependant atténuée car, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a mis en lumière dans l'arrêt *Fretté c. France*¹³²⁸, puis dans l'arrêt *E.B. c. France*¹³²⁹, l'administration et les juges français avaient tendance à refuser de prononcer des adoptions en faveur des célibataires homosexuels. La condamnation de la France par la Cour de Strasbourg dans ce dernier arrêt en 2008 a donc conduit à admettre ces adoptions là où cette possibilité restait très encadrée en droit italien. France et Italie définissaient ainsi des contenus de l'égalité différents à partir de cette condamnation de la France.

613. Les juges italiens ont cependant commencé à donner une interprétation large au second des cas d'ouverture précédemment exposés du droit d'adopter du célibataire. L'article 44 alinéa 3 de la loi italienne du 4 mai 1983 n° 184 prévoit notamment que, dans les cas où le placement en vue d'adoption n'est pas possible, l'enfant puisse être adopté par une personne non mariée¹³³⁰. Dans l'arrêt du 26 mai 2016, la Cour de cassation italienne¹³³¹ a considéré pour la première fois que cette condition ne se réfère pas seulement aux impossibilités factuelles de placement, mais également légales. Or, l'enfant d'une personne non mariée, n'étant pas en état d'abandon, ne peut pas être placé en vue d'adoption. La Cour a ainsi employé ce cas d'ouverture pour permettre l'adoption au sein du couple non marié, y compris lorsqu'il est composé de deux personnes de même sexe. Elle a donc considéré que le concubin du parent de l'enfant, c'est-à-dire un individu non marié, pouvait adopter l'enfant de ce dernier¹³³².

À l'inverse, le Conseil constitutionnel français a été confronté à l'impossibilité pour le couple non marié d'adopter l'enfant de l'autre en partageant l'autorité parentale entre le parent et

¹³²⁷ V. à ce sujet C. NEIRINCK, « Homoparentalité et adoption », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, op. cit., p. 35.

¹³²⁸ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, D., 2002, p. 2024, obs. F. Granet et C. Courtin, *AJDA*, 2002, p. 401, n. I. Poirot-Mazères, *RTD civ.*, 2002, p. 280, obs. J. Hauser, *JCP G*, 2002, p. 1074, n. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre.

¹³²⁹ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n° 43546/02, *RTD civ.*, 2008, p. 249, n. J.-P. Marguénaud, D., 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *RDSS*, 2008, p. 380, obs. C. Neirinck, *RJPF*, 2008, p. 22, n. S. Valory, *LPA*, 2008, p. 9, comm. F. Chaltiel, *JCP G*, 2008.II.10071, n. A. Gouttenoire et F. Sudre, *RTD fam.*, 2008, p. 942, n. G. Ruffieux, *AJDA*, 2008, p. 978, n. J.-F. Flauss, *AJ fam.*, 2008, p. 118, obs. F. Chénédé, D., 2008, p. 2038, n. E. Royer, *RTD civ.*, 2008, p. 249, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2008.II.10071, n. A. Gouttenoire et F. Sudre.

¹³³⁰ Loi it. 4 mai 1983, n° 184, art. 44, al. 3, préc.

¹³³¹ Cass. it., Civ. 1^e, 26 mai 2016, n° 12962/16, *Foro it.*, 2016.I.2342, *Fam. dir.*, 2016, p. 1025, S. Veronesi, *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, n. P. Morozzo Della Rocca, *Giur. it.*, 2016, p. 2573, n. A. Spadafora, préc.

¹³³² E. A. EMILIOZZI, « L'adozione da parte di partners di unioni civili », *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n° 2, 2018, p. 799; S. TONOLO, « L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore », *RDI*, n° 4, 2017, p. 1070; L. LENTI, « Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione », *Nuova giur. civ. comm.*, n° 2, 2016, p. 1707 et s., spéc., p. 1710; pour une analyse critique v. E. BILOTTI, « Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni », n° 3, 2017, p. 870, spéc. Point 9.

l'adoptant, ce qui est possible pour un couple marié¹³³³. Les juges ont affirmé à cette occasion que « la différence de la situation des couples mariés et de ceux qui ne le sont pas [peut] justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs »¹³³⁴.

614. Trois divergences existent donc aujourd'hui entre les exigences substantielles d'égalité définies en France et en Italie en matière d'adoption. Premièrement, le couple homosexuel ne pouvant pas se marier en Italie, une différence de traitement existe là où le droit français prévoit une identité de traitement. En effet, en France, ce couple, lorsqu'il est marié, peut adopter en la forme plénière, et le conjoint peut adopter en la forme simple l'enfant de l'autre. En Italie, seule cette dernière possibilité s'ouvre au couple de même sexe. Cette possibilité caractérise d'ailleurs la seconde divergence. En France, du moins pour l'instant, le couple non marié ne peut pas adopter conjointement un enfant et le partenaire ne peut pas adopter l'enfant de l'autre, là où cette possibilité a été admise par les juges italiens. Enfin, les cas d'ouverture de l'adoption par le célibataire ne sont pas limités en France, tandis qu'ils le sont en Italie. L'analyse de ces différences de traitement permet de conclure que globalement les cas d'ouverture au pluralisme familial vertical par le biais de l'adoption sont légalement bien plus limités en Italie qu'en France, ce qui est cohérent avec l'analyse précédemment menée relativement au pluralisme familial horizontal. Elle permet également de confirmer que les exigences substantielles d'égalité sont définies dans le but de dessiner la conception de la famille, et notamment d'ouvrir l'ordre juridique au pluralisme familial uniquement dans la mesure souhaitée.

Différente est en revanche la question de la limitation du droit d'accès aux techniques d'aide médicale à la procréation. Ici se trouve en effet une limite à l'ouverture au pluralisme familial partagée aussi bien par la France que par l'Italie.

2) L'aide médicale à la procréation

615. **La conformité au principe d'égalité de l'exclusion des couples de femmes de l'aide médicale à la procréation.** - Là où l'enfant n'est pas encore né, les législateurs français et italien continuent, pour l'heure¹³³⁵, de suivre le principe d'imitation de la nature. Telle est

¹³³³ Art. 365 Cod. civ. fr.

¹³³⁴ C. const. fr., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, point 9, *D.*, 2010, p. 2744, n. F. Chénédé, *AJ fam.*, 2010, p. 487, obs. F. Chénédé, *RTD civ.*, 2010, p. 776, obs. J. Hauser, préc.

¹³³⁵ V. cependant le projet de loi français *relatif à la bioéthique* n° 686, déposé le 3 août 2020, adopté en deuxième lecture avec modifications par l'Assemblée nationale et spéc. son art. 1^{er} qui propose d'ouvrir l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes non mariées.

l'analyse qui peut être donnée à l'actuelle législation relative à l'accès aux techniques d'aide médicale à la procréation¹³³⁶, et notamment d'inséminations artificielles admises en droit français et en droit italien. Ce dispositif est, en effet, réservé dans les deux pays aux couples de sexe différent, indépendamment de leur statut familial, dans le but de pallier des situations d'infertilité pathologique¹³³⁷. Le mariage a donc perdu de son importance relativement à la naissance des enfants, ce qui rejoint, de ce point de vue, le régime de l'établissement hors mariage des filiations qui réalise une quasi-égalité relativement à la naissance d'un enfant dans le mariage.

616. L'exclusion de l'accès à ces techniques des couples de même sexe, et notamment des couples de femmes, confirme cependant l'attachement à une parentalité à l'égard d'un enfant, non pas né, mais à naître, qui reflète la nature. La différence des conditions d'accès à l'adoption par rapport à l'aide médicale à la procréation aussi bien en droit français qu'en droit italien, dérive du fait que dans le cas de l'adoption l'enfant existe déjà, alors que tel n'est pas le cas dans le cadre de l'aide médicale à la procréation. Cela permet alors de tirer un élément supplémentaire concernant les exigences substantielles d'égalité définies en matière d'adoption : l'intérêt de l'enfant est le principe moteur de l'ouverture au pluralisme familial vertical dans le cadre de l'adoption. La protection de l'intérêt de l'enfant est encore une fois passée par le biais de l'élimination de certaines différences de traitement, et par exemple, en droit français, de l'ouverture de l'adoption au couple marié de même sexe, ou encore, en Italie, de l'ouverture jurisprudentielle de la possibilité pour le partenaire d'adopter l'enfant de l'autre. Là où l'enfant n'existe pas encore en revanche, l'absence de l'intérêt d'un enfant à protéger ne rend pas nécessaire l'élimination de la différence de traitement entre les couples de sexe opposé et les couples de même sexe, et notamment de femmes¹³³⁸, puisque cela ne correspond, pour l'heure¹³³⁹, pas à la conception de la famille française et italienne¹³⁴⁰.

¹³³⁶ En ce sens, S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN, « Introduction », *op. cit.*, pp. 1-26, spéc. p. 16.

¹³³⁷ Loi it., 19 février 2004, n° 40, art. 1^{er} et 5 ; art. L. 2141-2 CSP fr.

¹³³⁸ Dans le sens de l'absence de contrariété au principe d'égalité du refus d'ouvrir l'aide médicale à la procréation aux couples de femmes v. CE, 28 septembre 2018, req. n° 421899, *D.*, 2018, p. 1917.

¹³³⁹ V. cependant le projet de loi français *relatif à la bioéthique* n° 686, déposé le 3 août 2020, adopté en deuxième lecture avec modifications par l'Assemblée nationale et spéc. son art. 1^{er} qui propose d'ouvrir l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes non mariées.

¹³⁴⁰ V. en ce sens, I. GALLMEISTER, « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : quelles conséquences sur le droit de la filiation », *D.*, n° 31, 2015, pp. 1777-1782, spéc. point I)B)2) : « Rien n'empêcherait cependant le législateur de décider que cette considération sociale ne doit plus être jugée supérieure. [...] Il lui faudrait pour cela renoncer à concevoir la filiation de l'enfant issu d'une IAD selon le modèle classique de la filiation bilinéaire fondé sur l'altérité sexuelle ». V. également, G. CHOISEL, « D'un changement

617. L'argument de la volonté d'éviter un traitement discriminatoire entre les couples homosexuels hommes et femmes a été par ailleurs utilisé par la doctrine pour appuyer la limitation de l'accès aux techniques d'aide médicale à la procréation aux couples de sexe différent. On a pu soutenir que l'ouverture de l'aide médicale à la procréation aux couples homosexuels ne viserait en pratique que les couples de femmes. Cela créerait alors une discrimination à l'égard des couples d'hommes qui a pu être considérée par certains comme difficile à justifier¹³⁴¹. Ces derniers devraient en effet avoir recours à une mère porteuse pour assouvir leur désir d'enfant, ce qui fait l'objet d'une interdiction d'ordre public aussi bien en France qu'en Italie. Nous avons déjà eu l'occasion de nous pencher sur cette question au stade de la définition des questions d'égalité posées par le recours à la gestation pour autrui et nous renvoyons donc aux développements précédents¹³⁴². Rappelons simplement à cet égard que l'argument peut être écarté en ayant recours aux exigences méthodologiques posées par le principe d'égalité. Des justifications peuvent être retenues afin de légitimer des différences de traitement¹³⁴³. Or, la différence de traitement résultant de l'exclusion de l'accès à la parentalité des couples d'hommes pourrait être justifiée par les soucis de protection de l'intégrité du corps humain et de la dignité de la mère porteuse, qui sont les intérêts qui motivent précisément l'interdiction d'avoir recours à cette technique dans ces deux pays.

618. La conformité au principe d'égalité des nouvelles inégalités qu'introduit le projet de loi relatif à la bioéthique. - Le projet de loi relatif à la bioéthique qui s'apprête à ouvrir les portes de l'aide médicale à la procréation aux couples des femmes et aux femmes célibataires¹³⁴⁴, confirme encore une fois la malléabilité du principe d'égalité et son confinement au sein du périmètre tracé par la conception de la famille du for. Pour l'heure, la

de définition à un droit en attente de reconstruction », *RTD Civ.*, n° 3, 2015, pp. 505-516, qui constatait l'absence de volonté du législateur de suivre jusqu'aux bouts la voie ouverte par la loi du 17 mai 2013 qui contenait à son sens les prémisses de l'ouverture de l'aide médicale à la procréation au-delà du seul couple hétérosexuel. Madame CAIRE étend, quant à elle, l'analyse au-delà de la seule conception de la famille. Elle voit dans les conditions d'accès à l'aide médicale à la procréation un choix de modèle de société (A.-B. CAIRE, « L'ouverture des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation : vers l'avènement de l'anthropotechnie procréative ? », *RDSS*, n° 2, 2018, pp. 298-310, § 8).

¹³⁴¹ En ce sens, J. HAUSER, « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par prétérition et procrastination », *Dr. fam.*, n° 1, 2013, dossier 7, § 27 ; B. HAFTEL, « Reconnaissance des adoptions homoparentales prononcées à l'étranger : valse-hésitation à la Cour de cassation », *AJ Fam.*, n° 7-8, 2012, p. 397, spéc. le point « Contretemps - 1. L'heure de Strasbourg ». Monsieur ROUX constate quant à lui le risque d'effet boule de neige que peut entraîner le fondement des réformes sur le principe d'égalité, v. J. ROUX, « *Vox clamantis in deserto*. L'appel ignoré du Conseil constitutionnel à "priver d'effet" le recours illicite à la PMA et à la GPA », *op. cit.*, § 25.

¹³⁴² V. *supra*, § 296 et s.

¹³⁴³ V. *supra*, § 137 et s.

¹³⁴⁴ Art. 1^{er} du projet de loi français *relatif à la bioéthique* n° 686, déposé le 3 août 2020, adopté en deuxième lecture avec modifications par l'Assemblée nationale.

loi introduit une différence entre couples homosexuels et hétérosexuels. La différence est considérée comme légitime au vu du but de la loi, c'est-à-dire de remédier à une infertilité pathologique du couple. Ce projet de loi met néanmoins en avant le principe d'égalité pour proposer d'ouvrir l'aide médicale à la procréation aux couples de femmes¹³⁴⁵.

619. Une précision s'impose néanmoins. Des femmes demeurent exclues du droit d'accès aux techniques l'aide médicale à la procréation par le projet de loi. À ce sujet, Monsieur PICHARD a souligné que malgré le but affiché d'aboutir à une loi qui ne différencie pas entre les femmes, le projet de loi interdit à la femme mariée d'avoir un enfant en ayant recours à une technique d'insémination artificielle sans le consentement de son conjoint¹³⁴⁶. À nouvelle inégalité, nouvelle justification. Cette fois-ci, la présomption de paternité vient expliquer l'exclusion¹³⁴⁷. Le conjoint devrait en effet être déclaré le parent de l'enfant, alors que la présomption ne joue qu'à l'égard des hommes. Cela signifie que la femme mariée souhaitant avoir recours, seule, à l'insémination artificielle fait l'objet d'un traitement différent par rapport aux autres femmes, afin d'éviter que la survie de la présomption de paternité ne crée une autre différence de traitement. Rappelons en effet que ce mécanisme introduit une différence entre les enfants nés dans et hors mariage¹³⁴⁸. Si ces femmes étaient autorisées à avoir recours à l'aide médicale à la procréation, la présomption de paternité, son nom l'indique, ne jouerait pas pour l'épouse de la femme ayant recours à l'insémination artificielle. Le choix de conserver la présomption de paternité, ainsi que le refus d'en faire une présomption de parenté, témoigne, encore une fois, de choix dans la définition de la famille de l'ordre juridique français.

620. N'oublions cependant pas qu'en l'absence de cette différence de traitement la loi n'aurait pas pour autant garanti l'ouverture totale de l'aide médicale à la procréation aux femmes. Les femmes ne respectant pas les conditions d'âge fixées par la loi seraient, par exemple, toujours

¹³⁴⁵ V., cependant, Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Étude à la demande du Premier ministre, révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, p. 49, qui souligne que le principe d'égalité ne commande pas cette ouverture. Comme le rappelle Monsieur MORANGE, cette position se comprend dans la mesure où les situations qui sont considérées comme étant différentes peuvent faire l'objet de traitements distincts (J. MORANGE, « La procréation médicalement assistée et la cohérence du droit », *RFDA*, n° 1, 2019, pp. 111-120, spéc. note n° 29). Encore une fois, les exigences substantielles d'égalité ne se définissent qu'en déterminant quelles situations sont comparables et doivent faire l'objet d'un traitement identique, ce qui ne découle pas du principe d'égalité lui-même (v. *supra*, § 63 et s.).

¹³⁴⁶ M. PICHARD, « "Toutes les femmes" ? », *D.*, n° 39, 2019, pp. 2143-2148, spéc. § 2. Monsieur PASTOR souligne par ailleurs que le projet de loi bioéthique adopté le 4 février 2020 réserve le remboursement aux couples infertiles, en introduisant de la sorte une différence de fait. V. J.-M. PASTOR, « Le Sénat divisé sur le projet de loi bioéthique », *D. actualité*, 6 février 2020.

¹³⁴⁷ L'auteur souligne d'ailleurs qu'une telle exclusion de la femme mariée n'était pas inéluctable, v. M. PICHARD, « "Toutes les femmes" ? », *op. cit.*, p. 2143, spéc. la première partie de l'article.

¹³⁴⁸ V. *supra*, § 534 et s.

exclues.

Cela nous ramène ainsi au point initial de notre analyse. Les inégalités de traitement ne peuvent pas être éliminées en matière familiale. Quel que soit le périmètre de la conjugalité et de la parenté tracée, cette ligne passera toujours par la distinction de ce qui est autorisé en droit de la famille de ce qui est exclu, de ce qui est compris dans la conception de la famille de l'ordre juridique du for et de ce qui ne l'est pas.



621. Il ressort de ces analyses que le pluralisme familial vertical est accepté de manière limitée par les ordres juridiques, conformément à la conception de la famille respective, et que ces limitations se concrétisent notamment dans la définition d'exigences substantielles de différence de traitement.

622. **Les différences de traitement, crayon dessinant le pluralisme des formes de conjugalité.** - Plus généralement, les développements qui précèdent ont montré que l'un des éléments dictant la définition d'exigences substantielles d'identité ou de différence de traitement est la volonté de l'ordre juridique de s'ouvrir au pluralisme familial. Cela a pu être montré en ce qui concerne la différenciation des formes de conjugalité au regard des droits et devoirs des membres du couple entre eux et relativement au droit d'accès à la parenté. Le lien unissant l'ouverture au pluralisme familiale et les exigences substantielles d'égalité permet de comprendre que la prévision de différences de traitement entre les différentes formes de conjugalité constitue l'instrument même à travers lequel l'ordre juridique dessine sa conception du couple et, plus généralement, de la famille.

Les considérations qui précèdent permettent notamment de mettre en évidence que l'ouverture même de plusieurs formes de conjugalité implique de considérer que chacune d'entre elles est distincte de l'autre. Cette distinction se construit à travers l'attribution de droits et obligations distincts, ou à travers l'attribution des mêmes prérogatives mais dans des mesures différentes selon la forme de conjugalité considérée. Les formes familiales sont donc distinguées et hiérarchisées selon l'ampleur de l'engagement requis par les membres de chaque type de couple à travers la prévision de différences de traitement relatives aux droits et obligations découlant de chaque type d'union.

Les différences de traitement constituent en ce sens le crayon dessinant la conception de la famille. Il existe un lien inextricable entre les contenus de l'égalité et la conception de la famille d'un ordre juridique. Cela implique que l'identité de traitement est garantie uniquement là où

la définition de la conception de la famille n'exige pas de différencier les traitements. Certes, nous avons vu que la prévision d'identités de traitement de situations est l'un des possibles instruments de la protection d'intérêts individuels¹³⁴⁹. Néanmoins, lorsqu'un ordre juridique décide d'accroître la protection de l'intérêt des individus appartenant à une catégorie donnée, cela témoigne à son tour de l'évolution de la conception de la famille. Rappelons nos conclusions relatives à l'époque de la promotion de la famille fondée sur le mariage. L'exigence de protéger, par exemple, l'intérêt de l'enfant n'était pas inconnue. Seulement, le besoin de promouvoir la famille fondée sur le mariage était considéré comme prééminent. L'intérêt de l'enfant pouvait ainsi être protégé uniquement dans une mesure compatible avec la promotion de la conception de la famille de l'époque¹³⁵⁰. Cela nous a permis de comprendre que si un État décide d'accroître la protection d'un intérêt individuel, c'est en raison du fait que le législateur a diminué la faveur pour la forme familiale prédominant jusqu'alors. Cette promotion passe en effet, comme nous l'avons vu, par la prévision de différences de traitement¹³⁵¹. Il s'ensuit qu'aussi bien la prévision d'inégalités que d'identités de traitement, relativement aux droits et obligations attachés à chaque forme d'union, est subordonnée à la conception de la famille de l'ordre juridique en cause. Ainsi, la diversité de traitement des types de couples persistera tant que ce pluralisme des formes d'union juridiquement reconnues participera à la conception française et italienne de la famille.

À la lumière de la diversité des conceptions de la famille entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique italien, il n'est ainsi pas possible de considérer que la proximité culturelle de deux ordres juridiques est le gage de la définition d'exigences substantielles d'égalité similaires. La supposée convergence des solutions commandées par le principe d'égalité et par la continuité des situations au sein d'une communauté de valeurs doit aussi être contestée. Le particularisme des exigences substantielles d'égalité définies au niveau national empêche de leur attribuer une vocation universelle. La discontinuité des situations ne peut donc pas se justifier en s'appuyant sur l'universalisme attribué au principe d'égalité. Les solutions commandées par la conception du principe d'égalité de chaque ordre juridique peuvent en effet varier indépendamment de l'appartenance à la même communauté de valeurs et du caractère partagé des traditions des ordres juridiques en cause.

¹³⁴⁹ V. *supra*, § 491 et s.

¹³⁵⁰ V. *supra*, § 434 et s.

¹³⁵¹ V. *supra*, § 399 et s.

Conclusion du premier chapitre

623. Le fait que les contenus de l'égalité ne soient pas internationaux, à l'instar des dispositions d'égalité dont ils sont tirés, n'impliquait pas *ipso facto* que les ordres juridiques nationaux définissent concrètement des contenus divergents. Relativement à des ordres juridiques issus de la tradition judéo-chrétienne, les exigences substantielles d'égalité définies auraient notamment pu être similaires et amener à adopter, au nom du principe d'égalité, des solutions convergentes. Le risque de discontinuité aurait donc concerné de manière quasi exclusive les litiges impliquant des ordres juridiques culturellement plus éloignés. Cette potentielle renonciation à la continuité des situations se serait ainsi justifiée par l'universalisme du principe d'égalité. Dans cette optique, cette caractéristique pourrait être attribuée au principe d'égalité en raison de l'importance donnée à ce dernier, couplée à la convergence des solutions commandées par ce principe à travers les États partageant les mêmes traditions, et donc, du caractère limité du risque de discontinuité des situations dans une grande partie des litiges potentiels.

L'analyse a cependant montré que la proximité culturelle trouve sa limite en la matière familiale. La France et l'Italie définissent en la matière des contenus de l'égalité différents. La raison d'une telle divergence a été trouvée en démontrant que le facteur guidant les autorités nationales dans la définition des exigences substantielles d'égalité est la conception de la famille qui, elle, est spécifique à chaque ordre juridique. Les exigences substantielles d'égalité ont donc un caractère particulariste. De nombreuses divergences ont en effet pu être mises en lumière dans l'analyse du droit de la famille à différentes époques, à partir du XX^e siècle et jusqu'aujourd'hui.

624. Initialement, la faveur aussi bien italienne que française pour la conception traditionnelle de la famille, qui voyait en l'homme le chef du groupement familial fondé sur le mariage, exigeait de prévoir les différences de traitement permettant de promouvoir cette forme familiale et d'en assurer la stabilité. Dans un second temps, les ordres juridiques français et italiens ont connu un même mouvement caractérisé par la diminution de la protection de la famille fondée sur le mariage. Ce travail a cependant eu lieu avec des temporalités différentes. Cette différence marque un attachement profond de l'Italie à la conception traditionnelle de la famille, ce qui peut être lié à l'influence que la religion catholique a exercée, et exerce encore partiellement, sur le travail d'élaboration législative en matière familiale dans ce pays. Ces divergences ne permettent pas uniquement de confirmer que la définition des exigences substantielles d'égalité

est strictement subordonnée à la conception de la famille de l'ordre juridique du for à chaque moment de l'histoire. Elles permettent également de comprendre que les facteurs qui contribuent à forger la conception de la famille de l'ordre juridique du for influencent *a fortiori* la prévision d'identités et de différences de traitement. Avec le temps, le décalage entre la législation française et italienne concernant l'abandon de la famille fondée sur le mariage en tant que modèle unique s'est résorbé et, avec lui, la divergence des nombreux contenus de l'égalité définis en France et en Italie relativement, notamment, au statut de la femme et des enfants nés hors mariage. Certaines divergences persistent néanmoins. Les conceptions de la famille continuent, par ailleurs, d'évoluer et de nouvelles divergences dans les exigences substantielles d'égalité définies dans ces ordres juridiques sont apparues. Tel a été le cas concernant les enfants dont le lien de filiation n'est pas ou pas encore établi. Ces enfants sont en effet couverts par la règle de l'identité de traitement consacrée à l'article 315 du Code civil italien, tandis qu'ils ne sont pas couverts par la règle d'identité de traitement inscrite à l'article 310 du Code civil français. Tel est également le cas en ce qui concerne le degré d'acceptation par l'État français et italien du pluralisme familial. Bien que le couple de même sexe continue d'être considéré comme différent du couple de sexe opposé relativement au droit de se marier, il n'existe pas de véritable hiérarchie entre le mariage et l'union civile de droit italien, là où une différence plus marquée peut être mise en évidence entre le couple marié et le couple pacsé en droit français. Des divergences ont pu être mises en évidence en matière d'adoption. Enfin, face aux techniques d'aide médicale à la procréation, une nouvelle divergence entre les contenus de l'égalité français et italiens est susceptible de voir le jour si le projet de loi visant l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à « toutes » les femmes¹³⁵² devait être adopté. Cela s'accompagnerait par ailleurs en France de la création d'une inégalité de traitement à l'égard de la femme mariée souhaitant avoir recours, seule, à l'insémination artificielle¹³⁵³.

Ces exemples ont montré que la prévision d'égalités et de différences de traitement a été employée à partir des années soixante-dix pour dessiner de nouvelles conceptions de la famille. Ce résultat est donc obtenu à travers l'application de la règle méthodologique de l'égalité de traitement¹³⁵⁴, sous-entendue par les dispositions d'égalité analysées dans la première partie de cette étude¹³⁵⁵. Cette règle constitue ainsi l'un des instruments à travers lesquels les ordres juridiques français et italien définissent la famille telle qu'ils l'envisagent. Les inégalités de

¹³⁵² V. spéc. art. 1^{er} du projet de loi français *relatif à la bioéthique* n° 686, déposé le 3 août 2020, adopté en deuxième lecture avec modifications par l'Assemblée nationale.

¹³⁵³ M. PICHARD, « "Toutes les femmes" ? », *op. cit.*, p. 2143 et s., spéc. § 2.

¹³⁵⁴ V. *supra*, § 178 et s.

¹³⁵⁵ V. *supra*, § 63.

traitement continuant donc nécessairement d'être prévues afin de structurer les formes familiales selon la conception de la famille que l'État fait sienne. L'identité de traitement peut uniquement conquérir les territoires dans lesquels l'État n'exige pas de conserver des différences de traitement dans le but de dessiner et encadrer la famille, telle qu'il la conçoit¹³⁵⁶. L'identité de traitement ne découle alors pas des consécutions du principe, si nombreuses soient-elles. Elle dérive, en revanche, de la volonté ou de la nécessité législative de prendre en compte les intérêts des sujets en cause, les enfants et les membres des couples. Cela peut d'ailleurs passer par d'autres voies que l'identité de traitement, y compris des différences de traitement. La survie de la présomption de paternité en atteste. La diversité des conceptions de la famille explique que les contenus de l'égalité divergent en matière familiale malgré la proximité culturelle et géographique de la France et de l'Italie. Cela signifie alors que la proximité culturelle n'est pas un gage de continuité des situations adoptées au nom du principe d'égalité. Le particularisme des exigences substantielles d'égalité définies au niveau national ne permet donc pas de justifier d'en faire une application universalisante. Comme Monsieur JULLIEN le demande, à l'unisson avec Madame LOCHAK, comment fonder l'universalisme des droits de l'homme et, en ce qui nous concerne, du principe d'égalité, « alors qu'il est manifeste qu'ils sont issus d'un conditionnement historique particulier ? »¹³⁵⁷. Il est malaisé de justifier, en droit international privé de la famille, le respect des exigences substantielles d'égalité au détriment de la continuité des situations, notamment dans les litiges impliquant des ordres juridiques n'appartenant pas à la même communauté de valeurs, en sachant que, contrairement aux apparences, les solutions amenées par ce principe divergent au sein même de celle-ci en matière familiale.

Cependant, les ordres juridiques français et italien doivent se conformer aux contenus de l'égalité définis au niveau supranational. S'agissant d'ordres juridiques supranationaux, il serait possible d'imaginer que les facteurs guidant ce travail ne soient pas empreints des particularismes nationaux. Les exigences substantielles d'égalité définies seraient, en ce sens, si non objectives, du moins objectivables, ce qui pourrait justifier autrement de leur attribuer une vocation universelle. C'est ce qu'il convient de vérifier à présent.

¹³⁵⁶ En ce sens, M. PICHARD, *Le droit à l'étude de législation française, Economica, op. cit.*, p. 164, qui souligne que « le recours à l'égalité comme principe est nécessairement borné par sa conformité au sens que le corps social entend lui donner aujourd'hui ». V. également Ph. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, pp. 417-430, et spéc. p. 425 : « la situation actuelle [...] ne peut changer, là encore, que par un choix, et non par l'application quasi-mécanique d'une prétendue égalité [...] ».

¹³⁵⁷ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité, op. cit.*, p. 180 ; F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures, op. cit.*, p. 161.

Chapitre 2) Des exigences dépendantes de conceptions européennes de la famille ?

625. Il vient d'être expliqué que le particularisme des conceptions étatiques de la famille, duquel dépend la définition des exigences substantielles d'égalité au niveau national, empêche d'attribuer à ces dernières une vocation universelle. Le souci d'ordonnement de la société selon les conceptions morales propres à l'ordre juridique national est en revanche absent au niveau supranational. Les ordres juridiques supranationaux¹³⁵⁸ appréhendent en effet une pluralité de sociétés. Il serait alors possible d'imaginer que les applications des règles d'égalité consacrées à ce niveau soient déliées de la promotion d'une conception de la famille.

626. La distance des particularismes des conceptions nationales de la famille pourrait notamment amener à considérer que les exigences substantielles d'égalité au niveau supranational sont, dans une certaine mesure, objectivables. Cela permettrait alors de justifier l'attribution d'une vocation universelle à ces contenus de l'égalité et, par là, d'en imposer le respect, y compris au détriment de la continuité des situations.

627. **Limitation de l'analyse à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et au droit de l'Union européenne.** - Cette analyse devra être développée relativement aux instances supranationales dont le travail est susceptible d'influencer la définition française et italienne des exigences substantielles d'égalité. Rappelons que la seule consécration de dispositions d'égalité au niveau supranational ne suffit pas à définir des contenus de l'égalité. Nous croyons avoir démontré que les autorités françaises et italiennes restent libres, en matière familiale, de déroger aux exigences substantielles d'égalité dans un but d'intérêt général¹³⁵⁹. De plus, avec toute disposition d'égalité autre qu'une interdiction de la discrimination en raison de critères spécifiques, les autorités opèrent de manière libre l'analyse comparative des situations¹³⁶⁰. Nous avons pu en conclure que les contenus de l'égalité ne découlent pas directement des dispositions d'égalité. Pour que leur définition trouve

¹³⁵⁸ Rappelons que l'expression « ordre juridique » est tenue pour synonyme de l'expression « système juridique » mais qu'il s'agit d'un choix de style. V. en effet les nuances qu'introduit D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans le conflit de lois*, op. cit. Adde, Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », op. cit., pp. 19-39, spéc. p. 2.

¹³⁵⁹ V. *supra*, § 123 et s. et § 137 et s.

¹³⁶⁰ V. *supra*, § 67 et s.

son origine au niveau supranational, il est alors nécessaire que l'ordre juridique du for ait l'obligation de se conformer aux interprétations des règles d'égalité données par une instance supranationale. En effet, nous avons déjà souligné qu'en l'absence d'obligation juridique, les ordres juridiques pourront tenir compte, par exemple, des avis, recommandations et résolutions adoptées par des organismes internationaux. Les instances nationales demeurent cependant *in fine* libres de définir une exigence substantielle d'égalité divergente, notamment lorsque l'avis ne correspond pas à la conception de la famille de l'ordre juridique national¹³⁶¹. Ainsi, un contenu de l'égalité ne trouvera véritablement son origine au niveau supranational que lorsque l'État a l'obligation d'y conformer son droit national.

628. Pour cette raison, nous avons limité l'analyse de l'influence supranationale dans la définition des exigences substantielles d'égalité au niveau national en matière familiale à l'étude du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit en effet là des instances supranationales susceptibles de définir des exigences substantielles d'égalité en matière familiale auxquelles les ordres juridiques français et italien sont tenus de se conformer¹³⁶². La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme influence d'ailleurs le droit de l'Union européenne. L'article 6 § 3 TUE énonce en effet que les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux¹³⁶³. La Cour de justice s'appuie parfois sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁶⁴ et celle-ci fait référence à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³⁶⁵. Le droit de l'Union et le système de la Convention européenne des droits de l'homme s'influencent ainsi mutuellement¹³⁶⁶ et la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme font preuve

¹³⁶¹ V. *supra*, § 224 et s.

¹³⁶² V. *supra*, note n° 131.

¹³⁶³ L'art. 6 § 2 TUE énonce par ailleurs que l'Union adhère à la CESDH. V. cependant l'avis rendu par la Cour de justice CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, sur lequel v. F. PICOD, « La Cour de justice dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP*, n° 6, 2015, pp. 230-234 ; H. LABAYLE, F. SUDRE, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, n° 1, 2015, pp. 3-22 ; J.-P. JACQUÉ, « CJUE-CEDH : 2-0 », *RTD eur.*, 2014, p. 823 ; « Dossier : Après l'avis 2/13 de la Cour de justice », *Revue UE*, n° 600, 2016, pp. 398-447.

¹³⁶⁴ Comme nous allons le voir au cours des développements qui vont suivre au sujet de l'affaire CJCE, 7 janvier 2004, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State For Health* (par la suite *K. B.*), C-117/01, préc., spéc. *infra*, § 781.

¹³⁶⁵ V. par exemple, CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, *D.*, 2003, p. 525, n. C. Bîrsan, *ibid.*, p. 1935, chron. J.-J. Lemouland, *ibid.*, p. 2023, n. A.-S. Chavent-Leclère, *AJDA*, 2002n p. 1277, chron. J.-F. Flauss, *RTD civ.*, 2002, p. 782, obs. J. Hauser, *ibid.*, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud, *AJ fam.*, 2002, p. 413, obs. F. Granet, *RDSS*, 2003, p. 137, obs. F. Monéger, *JCP G*, 2003.I.109, chron. F. Sudre.

¹³⁶⁶ V. à ce sujet V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les influences réciproques de la Convention européenne des droits de l'homme et l'ordre juridique de l'Union européenne », in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS, E.

de respect mutuel¹³⁶⁷. Depuis l'adoption de la CDFUE, la Cour de justice interprète de manière autonome les droits qu'elle garantit¹³⁶⁸. La Charte impose néanmoins l'interprétation conforme des dispositions qu'elle contient à la CESDH¹³⁶⁹ tout en laissant la porte ouverte à une protection plus étendue en application de la Charte¹³⁷⁰. Une divergence des solutions appelées par l'un et l'autre de ces textes s'est d'ailleurs concrétisée et a été réglée en application de la présomption dite « Bosphorus »¹³⁷¹, supposant l'équivalence du niveau de protection offerte par la Charte et la Convention¹³⁷².

629. C'est donc à l'intérieur de ce cadre qu'il est nécessaire de rechercher l'existence d'exigences substantielles d'égalité dont le contenu puisse être considéré comme objectif du fait de leur origine supranationale. Pour que cela soit le cas, il est cependant nécessaire de s'assurer que ces instances sont déliées de toute conception de la famille. La subordination de la définition de contenus de l'égalité à ce facteur empêcherait d'attribuer un caractère d'objectivité aux concrétisations des dispositions d'égalité opérées par ces instances. Une conception de la famille, quelle qu'elle soit, est tributaire de jugements de valeur d'ordre moral. Rappelons en effet que la conception de la famille se construit nécessairement en ayant recours aux exigences substantielles d'égalité. Les différences de traitement permettent d'exclure de la notion de famille certaines relations, de hiérarchiser des formes familiales. L'exigence d'identité de traitement permet en revanche de définir quelles situations familiales ont une égale

CUJO (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Pedone, Paris, 2013, p. 747 ; D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "Je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, pp. 31-49 ; L. POTVIN- SOLIS, « Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne dans la garantie des droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, op. cit., pp. 591-602 ; J.- P. JACQUÉ, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », in E. DECAUX, P. IMBERT ET L. E. PETTITI (dir.), *La CEDH article par article*, Economica, Paris, 2^e éd., 1999, p. 41 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La CEDH et la CJCE après le traité d'Amsterdam: de l'emprunt à l'appropriation », *Europe*, n° 10, 1998, pp. 3-7 ; F. BENOÎT-ROHMER, « L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *RTD eur.*, n° 1, 2011, pp. 145-172 ; G. COHEN- JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 3^e éd., 2002.

¹³⁶⁷ M. DOUCHY-LOUDOT, V. MAGNIER, S. GUINCHARD et al., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2019, p. 489 ; F. MARCHADIER, J.-P. MARGUÉNAUD, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », op. cit., p. 58, § 116.

¹³⁶⁸ M. DOUCHY-LOUDOT, V. MAGNIER, S. GUINCHARD et al., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 492 et les références citées par ces derniers. Pour aller plus loin v. L. PALLIER, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pedone, Paris, 2017.

¹³⁶⁹ Art. 52 § 3 CDFUE ; art. 53 CDFUE.

¹³⁷⁰ Art. 52 § 3 in fine CDFUE.

¹³⁷¹ Du nom de l'affaire l'ayant vu naître, CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim şirketi c. Irlande*, req. n° 45036/98, RFDA, 2006, p. 566, n. J. Andriantsimbazovina, AJDA, 2005, p. 1886, chron. J.-F. Flauss, RTD eur., 2005, p. 179, n. J.-P. Jacqué, JCP A, 2005, p. 1311, n. D. Szymczak.

¹³⁷² Pour aller plus loin, v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, 4^e éd., PUF, Paris, 2017, pp. 726-729.

dignité aux yeux de l'ordre juridique en cause.

630. La question est donc de savoir si la Cour européenne des droits de l'homme et les instances de l'Union européenne protègent des conceptions de la famille lorsqu'elles donnent une substance aux dispositions d'égalité qu'elles garantissent. Une réponse affirmative conduirait à conclure que les exigences substantielles d'égalité définies au niveau supranational, tout comme celles qui sont définies au niveau national, ont un caractère particulariste qui empêche de leur conférer une portée universelle. Or, les réponses s'avèrent être effectivement affirmatives, bien que dans des proportions, et pour des raisons, distinctes. Il ressort notamment de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que celle-ci, tout comme les différents ordres juridiques nationaux, adopte une conception de la famille en fonction de laquelle elle définit les exigences substantielles d'égalité (**Section 1**). Il ressort en revanche de l'étude du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice que les contenus de l'égalité sont ici définis dans le but de respecter les conceptions de la famille des États membres, à moins que la poursuite de l'un des objectifs propres à l'Union ne commande une solution différente (**Section 2**).

Section 1) Les dispositions d'égalité au service de la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme

631. À partir de l'arrêt *Pellegrini*¹³⁷³, la Cour européenne des droits de l'homme exige que le respect de la Convention homonyme fasse partie des paramètres de contrôle de l'applicabilité des normes étrangères¹³⁷⁴. La loi et les décisions étrangères contraires à la Convention et, en ce qui nous concerne, aux contenus de l'égalité définis par la Cour européenne doivent ainsi être écartées, bien que des modulations soient possibles¹³⁷⁵. L'analyse des fondements guidant la Cour européenne des droits de l'homme dans la définition d'exigences substantielles d'égalité en matière familiale n'a pas encore fait l'objet d'une étude spécifique¹³⁷⁶. Cette étude est

¹³⁷³ CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, req. n° 30882/96, L. SINOPOLI, « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome (A propos de l'arrêt Pellegrini contre Italie du 20 juillet 2001) », *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, pp. 2-12.

¹³⁷⁴ Sur cette question v. F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, op. cit., pp. 5-11, § 3 ; R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, op. cit., spéc.

¹³⁷⁵ Cette question sera développée dans la prochaine partie de cette étude. V. *infra*, § 899 et s.

¹³⁷⁶ Il existe en revanche des études relatives à la notion de « vie familiale » se dégageant de la jurisprudence de la Cour. V. F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2000 ; A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

cependant nécessaire dans le but de savoir si un certain degré d'objectivité, et donc d'universalisme, peut être attribué à ces exigences. La réponse conditionne en effet la question de savoir si leur respect sans réserve pourrait se justifier¹³⁷⁷ lorsque cela conduit à la discontinuité des situations dans les litiges impliquant des ordres juridiques n'appartenant pas au Conseil de l'Europe.

632. Limitation du champ de recherche jurisprudentiel. - L'analyse a été concentrée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, rendue depuis ses aurores jusqu'à aujourd'hui¹³⁷⁸, et ayant trait au respect de l'égalité de traitement en matière familiale¹³⁷⁹.

La recherche a été effectuée sur la base de données HUDOC¹³⁸⁰. Ont été recherchés les arrêts rendus par les Chambres de la Cour, ainsi que par la Grande Chambre sur la base des articles 8, 14, 8 et 14, 12, 12 et 14 de la Convention, ainsi que de l'article 5 du Protocole n° 7 et de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 de la Convention. Les décisions relatives à l'admissibilité des requêtes auxquelles la Cour a renvoyé dans ses arrêts ont été ajoutées à cela. Les décisions relatives à l'admissibilité des requêtes dans lesquelles la violation de l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH a été alléguée ont été également incluses dans la recherche, en raison de la rareté des arrêts au principal dans lesquels la Cour s'est prononcée sur la violation d'une telle disposition¹³⁸¹.

633. Sur cette base ont été sélectionnés les arrêts ayant trait à la notion de famille et soulevant des questions relatives à l'égalité de traitement. Les arrêts concernant la création d'une famille, exclue par la Cour de la notion de vie familiale mais appréhendée par la notion de vie privée, ont été inclus dans la recherche afin de cerner les limites de la notion de vie familiale tracées

l'homme », *AJ fam.*, n° 11, 2004, pp. 380-383 ; F. SUDRE, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Némésis, Bruxelles, 2002 ; Ch. BLANC-FILLY, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Thèse, Université Montpellier 1, a.a. 2013-2014 ; F. KRENC, M. PUÉCHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque organisé le 4 mai 2007 par l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris*, Bruylant, Némésis, 2008 ; J.-J. LEMOULAND, M. LUBY, (dir.), *Le droit à une vie familiale : actes du colloque du 30 juin 2006 à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*, Dalloz, Paris, 2007 ; S. LAGOUTTE, *Le droit au respect de la vie familiale dans la jurisprudence conventionnelle européenne*, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, a.a. 2001-2002. Pour un résumé de la jurisprudence sur les exigences d'égalité posées par la CEDH en matière familiale, v. L. TOMASI, « La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: agli artt. 8 e 14 CEDU », *op. cit.*, pp. 39-52.

¹³⁷⁷ Nous verrons en effet que des conditions, notamment de proximité, peuvent être prévues. V. *infra*, § 900 et s.

¹³⁷⁸ La recherche a été clôturée le 14 septembre 2018.

¹³⁷⁹ 92 arrêts ont pu être manuellement sélectionnés en raison de leur pertinence, selon les critères qui vont être exposés. Une liste de ces arrêts triés en fonction des questions d'égalité soulevées est disponible en **Annexe**

¹³⁸⁰ Disponible sur le site <https://hudoc.echr.coe.int/fre>.

¹³⁸¹ En éliminant les versions linguistiques multiples de chaque arrêt, la recherche ne produit que 11 résultats [données au 1^{er} octobre 2018].

par la Cour. Cela appellera en effet des analyses relatives à l'application de la disposition d'égalité implicitement contenue dans l'article 8 garantissant le droit au respect à la vie privée et familiale à « toute personne ». Les arrêts dans lesquels la discrimination alléguée était fondée sur le statut familial de la personne ont également été inclus¹³⁸². L'analyse des droits accordés ou refusés aux individus en fonction de leur statut familial est en effet pertinente afin de se questionner relativement à l'existence d'une hiérarchie ou bien d'une sous-classification des formes familiales.

634. La définition de la vie familiale donnée par la Cour en application du seul article 8 a en revanche été exclue de la présente analyse¹³⁸³. Notre recherche n'a en effet pas pour but d'étudier la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme mais uniquement de rechercher la *ratio* suivie par les juges dans les applications des règles d'égalité en matière familiale. Relativement à la notion de vie familiale dégagée par la Cour, il convient de rappeler uniquement que l'article 14 exige l'applicabilité, entre autres, des articles 8 et 12, comme condition de sa propre applicabilité¹³⁸⁴. L'analyse de la violation alléguée de l'article 14 est donc possible uniquement si la situation en cause rentre dans le champ d'application matériel de ces dernières dispositions, tel que défini par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, si, par exemple, l'opinion dissidente exprimée par le juge FITZMAURICE à l'occasion de l'affaire *Marckx c. Belgique*¹³⁸⁵ avait été majoritaire, tout élément relatif à l'état des personnes aurait dû, suivant son avis, être exclu du champ matériel de l'article 8. Le juge considère que l'affaire avait « essentiellement pour objet une question de filiation, et c'est cette question, et non la vie familiale, qui lui donne son véritable caractère »¹³⁸⁶. Il continue en affirmant que « la catégorie fondamentale en cause est donc celle de l'état des personnes ; or les questions d'état ne sont pas traitées par l'article 8 : elles n'entrent pas dans son champ

¹³⁸² Les arrêts suivants ont notamment été inclus : CEDH, 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, req. n° 20060/927, préc., relatif à l'exonération des femmes célibataires de plus de quarante-cinq ans sans enfants de la cotisation pour les allocations familiales ; l'arrêt CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, req. n° 14518/89, préc., relatif au refus des juridictions nationales d'accorder une rente d'invalidité à une femme en raison de son statut de mère ; les arrêts CEDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, req. n° 36042/97, préc., et CEDH, 10 mai 2007, *Runkee et White c. Royaume-Uni*, req. n° 42949/98, préc., relatifs à la réclamation par des veufs les allocations accordées aux veuves.

¹³⁸³ V. à ce sujet la synthèse jurisprudentielle proposée par L. TOMASI, « La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: agli artt. 8 e 14 CEDU », *op. cit.*, pp. 39-52, qui conclut en considérant que la Cour de Strasbourg a « tracé les principes d'un "droit européen de la famille" » (*ibid.*, p. 52).

¹³⁸⁴ L'article 14 de la Convention exige que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la [...] Convention » soit assurée sans discrimination.

¹³⁸⁵ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

¹³⁸⁶ V. § 10 de l'opinion dissidente du juge FITZMAURICE sous l'arrêt CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

d'application »¹³⁸⁷. Le juge fonde sa conviction sur l'esprit ayant conduit à garantir le respect de ce droit, ce qui avait trait, dans son opinion, à la « protection domiciliaire »¹³⁸⁸ de l'individu. La discrimination des enfants découlant de la diversité des modes d'établissement de la filiation dans et hors mariage n'aurait, de ce fait, pas pu être analysée. Ainsi, devant la Cour européenne des droits de l'homme, toute application de l'article 14 en matière familiale est nécessairement conditionnée par le périmètre d'application des articles 8 et 12.

635. **Exclusions des résultats non pertinents.** - L'article 1^{er} du Protocole n° 12, interdit les mêmes discriminations que l'article 14. Cependant, à la différence de ce dernier, il fait de cette prohibition un droit autonome, non subordonné à l'applicabilité d'autre disposition de la Convention¹³⁸⁹. Cette disposition n'a, pour l'heure¹³⁹⁰, pas donné lieu à des décisions en matière familiale. Elle risque d'ailleurs d'être peu utile, en raison de l'étendue du champ d'application de l'article 8 et de sa combinaison avec l'article 14 de la Convention, ainsi qu'en raison de l'existence d'autres règles ayant trait à la notion de famille, telles que l'article 12 et l'article 5 du Protocole n° 7 de la Convention¹³⁹¹. Les ratifications de ce Protocole demeurent par ailleurs peu nombreuses à l'heure actuelle¹³⁹².

636. L'application faite par la Cour de l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH n'a, de même, pas fourni d'éléments utiles à cette recherche. Relativement aux affaires dans lesquelles la Cour

¹³⁸⁷ *Idem.*

¹³⁸⁸ *Ibid.*, § 7. Le juge fournit une liste d'exemples des éléments pouvant caractériser, à son sens, une violation du droit à la vie familiale. Il nous dit que « [L'individu] et sa famille ne devaient plus être exposés au sinistre toc-toc de quatre heures du matin à la porte, aux intrusions domestiques, perquisitions et interrogatoires, aux contrôles, retards et confiscations de correspondance, à l'installation d'appareils d'écoute (mouchards), aux restrictions d'emploi de la radio et de la télévision, à l'écoute ou au débranchement du téléphone, aux mesures privatives comme les coupures d'électricité ou d'eau, à des abominations comme le fait d'obliger les enfants à rapporter les activités de leurs parents, et même parfois des époux à témoigner l'un contre l'autre, bref à toute la gamme des pratiques inquisitoriales fascistes et communistes, de ces pratiques comme on n'en connaissait presque plus, du moins en Europe occidentale, depuis les époques d'intolérance religieuse et d'oppression jusqu'à leur réapparition (l'idéologie remplaçant la religion) dans de nombreux pays entre les deux guerres mondiales et par la suite. C'est tout cela, et non la réglementation interne, nationale, des rapports familiaux qui fait l'objet de l'article 8 ; et c'était pour éviter ces horreurs, ces tracasseries et ces vexations que "(la) vie privée et familiale (...) (le) domicile et (...) (la) correspondance" devaient être respectés, que l'individu devait être investi du droit à ce respect - et non pas pour réglementer l'état civil des enfants en bas âge ».

¹³⁸⁹ Pour aller plus loin v. F. EDEL, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 22, disponible à l'adresse https://www.echr.coe.int/Documents/Pub_coe_HFfiles_2010_22_FRA.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020], spéc. pp. 38-50.

¹³⁹⁰ Recherche sur la base de donnée *Hudoc* clôturée le 1^{er} octobre 2018.

¹³⁹¹ Pour une analyse prospective de la portée de l'art. 1^{er} du Protocole n° 12, v. G. GONZALEZ, « Le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA*, n° 1, 2002, pp. 113-123.

¹³⁹² Le Protocole, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, compte, à l'heure actuelle, 10 ratifications [données au 2 octobre 2010].

a admis l'applicabilité de l'article 5 du Protocole n° 7¹³⁹³, la disposition a été principalement invoquée par les requérants pour contester les décisions nationales attribuant l'autorité parentale à un seul des parents, ou limitant le droit de visite du parent ne résidant pas avec l'enfant, indépendamment de toute discrimination en raison du sexe¹³⁹⁴. Dans de rares affaires, en revanche, la disposition a été invoquée afin de contester l'attribution d'un droit ou d'un bien à un seul époux¹³⁹⁵. Dans la plupart des affaires néanmoins, les griefs relatifs à la violation de ces dispositions ont été analysés par la Cour sous l'angle de l'article 8 ou de la combinaison des articles 8 et 14. La Cour a ainsi considéré dans ces affaires que les griefs ne soulevaient aucune question distincte de celles relevant des autres dispositions de la Convention. L'analyse par la Cour des allégations de violation de l'article 5 du Protocole n° 7 montre uniquement que cette disposition n'est pas violée lorsque l'intérêt de l'enfant commande la solution adoptée au niveau

¹³⁹³ Exclusion faite des affaires dans lesquelles l'invocation de l'article 5 du Protocole n° 7 de la CEDH a été jugée manifestement mal fondée, la Cour et, avant elle, la Commission, ont précisé que les affaires concernant l'attribution de droits à toute personne autre que les conjoints sont exclues du champ d'application personnel de cet article. Ce dernier n'a ainsi pas été considéré comme applicable dans les affaires concernant des concubins (Comm. EDH, 12 avril 1996, *Kajjalainen c. Finlande* (déc.), req. n° 24671/94 ; Cour EDH, 7 janvier 2003, *Degrace c. France* (déc.), req. n° 64910/01 ; Cour EDH, 14 février 2006, *Kajari c. Finlande* (déc.), req. n° 65040/01) ni relatifs à l'attribution de la garde d'un enfant aux grands parents à l'exclusion d'un parent (Comm. EDH, 15 mai 1996, *Nick et Hokkanen c. Finlande* (déc.), req. n° 24627/94). La Cour a également précisé que la référence aux droits et responsabilités à caractère civil contenue à l'art. 5 précité exclut du champ d'application matériel de celui-ci les cotisations sociales (Comm. EDH, 18 janvier 1996, *Klopper c. Suisse* (déc.), req. n° 25053/94 ; Comm. EDH, 18 janvier 1996, *Frischknecht c. Suisse* (déc.), req. n° 28334/95). La Cour a souligné que l'article 5 du Protocole n° 7 se réfère uniquement à l'attribution par la loi des droits et responsabilités à caractère civil et non pas à la manière dont les juges nationaux ont appliqué les dispositions consacrant ces droits et obligations (Cour EDH, 17 février 2004, *Monory c. Hongrie et Roumanie* (déc.), req. n° 71099/01 ; Cour EDH, 27 juillet 2006, *Iosub Caras c. Roumanie*, req. n° 7198/04).

¹³⁹⁴ Relativement notamment aux affaires concernant l'attribution de la garde à un seul parent ou à l'étendue du droit de visite du parent n'ayant pas l'autorité parentale sur l'enfant v. Cour EDH, 10 mars 2005, *Brach c. France* (déc.), req. n° 49535/99, préc. ; Cour EDH, 15 novembre 2005, *Fiala c. République Tchèque* (déc.), req. n° 26141/03, préc. ; Cour EDH, 29 novembre 2005, *Kotan c. République Tchèque* (déc.), req. n° 26136/03, préc. ; Cour EDH, 29 novembre 2005, *Choc c. République Tchèque* (déc.), req. n° 25213/03, préc. ; Cour EDH, 29 novembre 2005, *Kříž c. République Tchèque* (déc.), req. n° 26634/03, préc. ; Cour EDH, 6 décembre 2005, *Pedović c. République Tchèque* (déc.), req. n° 27145/03, préc. ; Cour EDH, 13 décembre 2005, *Zakharova c. France* (déc.), req. n° 57306/00, préc. ; Cour EDH, 10 janvier 2006, *Patera c. République Tchèque* (déc.), req. n° 25326/03, préc. ; Cour EDH, 31 janvier 2006, *Mezl c. République Tchèque* (déc.), req. n° 27726/03, préc. ; Cour EDH, 28 mars 2006, *Kapr c. République Tchèque* (déc.), req. n° 7152/03, préc. ; Cour EDH, 11 avril 2006, *Ferreira Alves c. Portugal* (déc.), req. n° 25053/05, préc. ; Cour EDH, 18 juillet 2006, *Reslová c. République Tchèque*, req. n° 7550/04, préc. ; Cour EDH, 8 janvier 2007, *Vorel c. République Tchèque* (déc.), req. n° 39527/06, préc. ; Cour EDH, 18 janvier 2007, *Kaplan c. Autriche*, req. n° 45983/99, préc. ; Cour EDH, 9 mai 2007, *Vinicky c. République Tchèque* (déc.), req. n° 204/07, préc. ; Cour EDH, 12 février 2008, *R.R. c. Roumanie (n° 1)* (déc.), req. n° 1188/05, préc. ; Cour EDH, 15 mars 2011, *R.R. c. Roumanie (n° 3)* (déc.), req. n° 18074/09, préc. ; Cour EDH, 15 avril 2014, *Dorca c. Roumanie* (déc.), req. n° 59651/13, préc.

¹³⁹⁵ Relativement à l'attribution d'un bien à un époux à la suite d'un jugement de divorce, v. Comm. EDH, 9 septembre 1998, *E.P. c. République Slovaque* (déc.), req. n° 33706/96, préc. Relativement à la contestation par l'épouse, en sa qualité de co-propriétaire d'un bien immobilier avec son époux, de l'absence de convocation à prendre part à la procédure engagée contre son mari visant à statuer sur l'autorisation d'agrandissement de l'immeuble, v. Comm. EDH, 28 juin 1995, *Pfeuffer c. Allemagne* (déc.), req. n° 26704/95, préc.

national¹³⁹⁶. L'appréciation que les États ont donné de l'intérêt de l'enfant n'a, pour l'heure, jamais été remise en question par la Cour. En dehors des cas où l'intérêt de l'enfant était en cause, la Cour s'est limitée à vérifier que la décision d'attribution, notamment, de droits à un seul des époux ou des parents n'était pas arbitraire¹³⁹⁷.

637. **Hypothèse de travail.** - À la lumière de l'exclusion de telles règles, les réponses à la question de savoir si les applications des dispositions d'égalité contenues dans la Convention sont tournées vers la protection d'une conception de la famille doivent être recherchées à partir de l'analyse de la jurisprudence relative aux articles 8, 14, 8 et 14, 12 et 12 et 14. Rappelons qu'une réponse positive à cette question nous conduirait à réfuter le second fondement possible de l'universalisme attribué aux dispositions d'égalité, et plus exactement aux exigences substantielles d'égalité définies au niveau supranational. Ce facteur d'influence ne peut en effet pas être délié de considérations d'ordre moral. Cela empêcherait alors d'attribuer une objectivité aux contenus de l'égalité d'origine européenne et par là de justifier que leur protection amène à la discontinuité des situations dans les litiges impliquant des ordres juridiques non liés par ces dispositions d'égalité. Une analyse exhaustive de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la non-discrimination en matière familiale permet toutefois de confirmer cette hypothèse.

638. De nombreuses confirmations de l'absence de neutralité des applications que la Cour a fait des règles d'égalité consacrées par la CESDH en matière familiale ont pu être trouvées. Dans certains cas, l'incohérence de l'analyse de la comparabilité des situations par rapport à la disposition d'égalité en cause dévoile la volonté d'orienter l'application de la Convention dans le sens de la protection d'une conception de la famille qui se veut parfois large et parfois restrictive (§ 1). Dans d'autres cas, l'analyse de la légitimité des intérêts que les États protègent par des inégalités de traitement dévoile quelles sont les conceptions de la famille refusées et les conceptions admises (§ 2).

¹³⁹⁶ Comm. EDH, 23 janvier 1996, *Olle c. République Slovaque* (déc.), req. n° 28407/95, préc. ; Comm. EDH, 9 septembre 1998, *Purtonen c. Finlande* (déc.), req. n° 32700/96, préc. ; Cour EDH, 31 août 1999, *Heckl c. Autriche* (déc.), req. n° 32012/96, préc. ; Cour EDH, 11 juillet 2000, *Cernecki c. Autriche* (déc.), req. n° 31061/96, préc. ; Cour EDH, 22 novembre 2001, *R.W. et C.T.G.-W. c. Autriche* (déc.), req. n° 36222/97, préc. ; Cour EDH, 13 février 2003, *Silc c. Slovaquie* (déc.), req. n° 45936/99, préc. ; Cour EDH, 4 janvier 2005, *Sanxaridis c. République Tchèque* (déc.), req. n° 14789/04, préc. ; Cour EDH, 26 juillet 2007, *Chepelev c. Russie*, req. n° 58077/00, préc. ; Cour EDH, 3 juillet 2018, *Khalanchuk c. Ukraine* (déc.), req. n° 71797/13, préc.

¹³⁹⁷ Comm. EDH, 28 juin 1995, *Pfeuffer c. Allemagne* (déc.), req. n° 26704/95, préc. ; Comm. EDH, 22 octobre 1997, *Foskjaer c. Danemark* (déc.), req. n° 29245/95, préc. ; Comm. EDH, 9 septembre 1998, *E.P. c. République Slovaque* (déc.), req. n° 33706/96, préc. ; Cour EDH, 14 décembre 2003, *Kallo c. Hongrie* (déc.), req. n° 70558/01, préc. ; Cour EDH, 9 mars 2004, *Fabisik c. Slovaquie* (déc.), req. n° 51204/99, préc. ; Cour EDH, 25 mai 2004, *Szakaly c. Hongrie*, req. n° 59056/00, préc.

§1) Au stade de l'analyse de la comparabilité des situations

639. Une forte influence de la conception de la famille que la Cour a adoptée à chaque époque se dégage de l'analyse de la comparabilité des situations. Cela passe notamment par la distorsion des exigences méthodologiques posées par les différentes dispositions d'égalité¹³⁹⁸ consacrées par la Convention. La généralité de l'article 8 a notamment fait l'objet d'interprétations fluctuantes, lesquelles ont notamment permis à la Cour de donner à la « vie familiale » les contours souhaités **(I)**. Parfois, en revanche la conception de la famille se dégage des analyses de la comparabilité que la Cour a effectuées dans le cadre de l'application combinée des articles 8 et 14 **(II)**.

I) La généralité de l'article 8 au service de la conception de la famille de la CEDH

640. **La généralité de l'article 8 entre indifférenciation et catégorisation des individus.** - L'article 8 donne une définition de son propre champ d'application personnel, le droit au respect de la vie privée et familiale étant assuré par la Convention à « toute personne ». Il s'agit donc d'une règle générale. Il est possible d'attribuer à la règle générale deux significations.

641. Il est possible de considérer que ce type de règle porte en elle une exigence d'identité de traitement indépendamment de la consécration d'une disposition d'égalité. La généralité d'une norme n'est effectivement pas dictée par le principe d'égalité mais par l'absence de limitation de ses destinataires¹³⁹⁹. En présence de règles générales, les autres consécutions textuelles des dispositions d'égalité viendront alors simplement renforcer la prohibition de distinctions. Selon cette lecture, il devrait donc y avoir violation du droit à la vie privée et familiale lorsque la Convention est applicable et que ce droit n'est pas garanti à un individu ou à une catégorie d'individus¹⁴⁰⁰.

642. Une seconde lecture de la généralité de la règle existe cependant. Celle-ci porte à voir en la règle générale une expression de la règle de l'égalité de traitement. L'exclusion de certaines catégories du champ d'application d'une règle générale est donc possible, à condition qu'elle ne soit pas arbitraire, et donc, qu'elle ne traite pas de manière différente des situations

¹³⁹⁸ Ce que nous avons analysé *supra*, v. § 81 et s. et § 91 et s.

¹³⁹⁹ En ce sens, D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 39 et s.

¹⁴⁰⁰ En ce sens, G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 15.

analogues¹⁴⁰¹. Par exemple, relativement à l'article 8, l'exclusion de la situation d'un couple ou d'un individu de la notion de vie familiale implique ainsi de considérer cette dernière comme étant différente par rapport aux situations ayant été qualifiées de « familiales » par la Cour.

643. Il n'existe pas de consensus doctrinal concernant le choix de l'une ou de l'autre de ces lectures de la généralité de la règle. Encore faudrait-il, toutefois, que le choix entre indifférenciation et catégorisation ne soit pas effectué de manière variable par les juridictions. Or, tel n'est pas le cas dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Une oscillation peut être mise en lumière relativement à la définition du champ d'application *ratio personae* de la règle. Celui-ci est en effet parfois universel et parfois conditionné par la comparabilité des situations. Il apparaîtra que le choix de retenir l'une ou bien l'autre de ces définitions dépend de la conception de la famille que la Cour fait sienne à chaque époque. La généralité de la règle a ainsi été entendue comme empêchant, ou bien comme permettant, la catégorisation des individus, tantôt pour offrir, tantôt pour dénier la protection du droit au respect de la vie familiale.

644. **La généralité comme indifférenciation du champ d'application personnel de l'article 8 utilisé pour garantir le droit au respect de la vie familiale sans discrimination.** - Le célèbre arrêt *Marckx*¹⁴⁰² marque le début de l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière familiale. Il portait, entre autres, sur l'allégation de discrimination découlant de la différence des modes d'établissement de la filiation naturelle dans et hors mariage. À cette occasion, la cour a conforté la théorie de l'indifférenciation, et notamment de l'impossibilité d'exclure des catégories d'enfants des destinataires de l'article 8 de la CESDH. « [L]'article 8 ne distingue pas entre famille "légitime" et famille "naturelle" »¹⁴⁰³ – affirme la Cour. « Pareille distinction se heurterait aux mots "toute personne", [ce que l'article 14] confirme en prohibant [...] les discriminations fondées sur "la naissance" »¹⁴⁰⁴ – continuait-elle. Elle conclut ainsi à la violation des articles 8 et 14 combinés. La généralité de la règle fait alors double emploi avec l'article 14. C'est sur cette base que la Cour avait, dans cette affaire, sanctionné des dispositions de droit belge introduisant des différences de traitement dans le mode d'établissement de la filiation maternelle naturelle et légitime, ainsi que dans les effets

¹⁴⁰¹ V. *supra*, § 64.

¹⁴⁰² CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

¹⁴⁰³ *Ibid.*, § 31.

¹⁴⁰⁴ *Idem.*

produits par ces filiations¹⁴⁰⁵.

645. La généralité comme indifférenciation du champ d'application personnel de l'article 8 niée pour refuser le droit au respect de la vie familiale sans discrimination. - Cette lecture de la généralité comme indifférenciation de la règle inscrite à l'article 8 n'a toutefois pas été systématiquement adoptée par la Cour. Une situation se dénote pour la clarté de l'exclusion de la notion de vie familiale. Il s'agissait de la relation entre deux personnes de même sexe.

646. Relativement au droit au respect de la vie privée, l'inclusion des couples homosexuels parmi les destinataires de l'article 8 et, par là, l'indifférenciation des destinataires de la règle, n'a jamais été questionnée par la Cour¹⁴⁰⁶. L'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle a d'ailleurs été affirmée depuis les premières décisions de la Cour en la matière. Cette dernière avait en effet implicitement appréhendé ces discriminations dans l'affaire *Smith et Grady*¹⁴⁰⁷, relatif à la révocation d'individus de l'armée en raison de leur homosexualité, puis explicitée la même année dans le cadre de l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta*¹⁴⁰⁸, relatif à un cas de refus d'attribution de l'autorité parentale à un père en raison de son orientation sexuelle. En revanche, lorsque la Commission EDH a été appelée à se prononcer sur l'applicabilité de la notion de vie familiale aux individus homosexuels¹⁴⁰⁹, elle a considéré que « des relations homosexuelles durables entre deux hommes ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention »¹⁴¹⁰. Cette même analyse

¹⁴⁰⁵ Nous serons cependant amenée à montrer dans un second temps que le choix des techniques d'analyse que la Cour applique est orienté vers l'obtention d'un résultat. Dans d'autres affaires, le juge strasbourgeois a ainsi ignoré les considérations relatives à la généralité de la norme développées dans l'arrêt *Marckx* et légitimé des différences de traitement (Comm. EDH, 3 mai 1983, *X. et Y. c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 9369/81 ; Comm. EDH., 14 mai 1986, *S. c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 11716/85 ; Comm. EDH., 19 mai 1992, *Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas* (déc.), req. n° 15666/89 ; CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne* (déc.), req. n° 56501/00. Cf. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc., spéc. § 94 ; CEDH, 22 juillet 2010, *P.B. et J.S. c. Autriche*, req. n° 18984/02). V. *infra*, § 651 et s.

¹⁴⁰⁶ Parmi les premiers arrêts où la Cour a précisé que la vie sexuelle relève de la notion de vie privée v. CEDH, Plén., 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc., § 41 ; CEDH, Plén., 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, req. n° 10581/83 ; CEDH, 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, req. n° 15070/89, préc. ; CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, préc. ; CEDH, 31 juillet 2000, *A.D.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 35765/97 ; CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c. Autriche*, req. n°s 39392/98 et 39829/98 ; CEDH, 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, req. n° 45330/99, préc..

¹⁴⁰⁷ CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, préc. La Cour, après avoir conclu à la violation de l'article 8, considère que « les griefs relatifs à la discrimination que les requérants auraient subie en raison de leurs préférences sexuelles [...] coïncident en pratique, bien que présentés sous un angle différent, avec la plainte que la Cour a déjà examinée sur la base de l'article 8 de la Convention » (§ 115). Dans le même sens CEDH, 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, req. n°s 31417/96 et 32377/96, préc.

¹⁴⁰⁸ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96, § 28, préc.

¹⁴⁰⁹ Dans les décisions Comm. EDH, 3 mai 1983, *X. et Y. c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 9369/81, préc. ; Comm. EDH., 14 mai 1986, *S. c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 11716/85, préc. ; Comm. EDH., 19 mai 1992, *Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas* (déc.), req. n° 15666/89, préc.

¹⁴¹⁰ Comm. EDH., 14 mai 1986, *S. c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 11716/85, préc.

sera d'ailleurs reprise par la Cour européenne des droits de l'homme dans la décision *Mata Estevez c. Espagne*¹⁴¹¹, relative à une demande de pension prévue pour le conjoint survivant, par le concubin survivant de même sexe. Cette opération de définition des destinataires de la règle implique de considérer la situation du couple homosexuel comme étant différente de la situation du couple hétérosexuel¹⁴¹². L'universalité du champ d'application personnel de l'article 8 de la Convention a, à travers ce biais, été écartée. Cela se situe donc en opposition par rapport à l'analyse offerte par la Cour dans l'arrêt *Marckx*, où elle avait insisté sur la nécessité de n'exclure aucun individu de la notion de vie familiale que la Cour déduisait de la référence de cette disposition à « toute personne »¹⁴¹³.

647. Dix ans plus tard, la Cour a été confrontée à l'affaire *Schalk et Kopf*¹⁴¹⁴. Un couple de même sexe s'estimait discriminé du fait de l'interdiction, en droit autrichien, du mariage entre personnes du même sexe, et du fait qu'avant l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré dans ce pays, le couple homosexuel ne faisait l'objet d'aucune reconnaissance juridique. Afin de répondre à cette dernière question en particulier¹⁴¹⁵, la Cour a dû en premier lieu décider si le couple de même sexe était couvert par la notion de « vie familiale » protégée par l'article 8, dans le but de savoir si les articles 8 et 14 combinés étaient applicables en l'espèce. Pour ce faire, la Cour a opéré une analyse de la comparabilité des situations afin de déterminer le champ d'application personnel de l'article 8. En répondant par l'affirmative, la Cour a réintégré l'article 8 de l'universalité de son applicabilité *ratione personae*. Elle a manifesté, par là, le changement de sa conception de la famille¹⁴¹⁶. On en déduit ainsi que l'ancienne conception amenait la Cour à exclure les couples homosexuels de la notion de « vie familiale », tout en y incluant la famille naturelle. Son évolution a ensuite amené la Cour à revenir sur son analyse de la comparabilité des couples homosexuels et hétérosexuels. Ces images successives de la famille ont notamment pu être dessinées par la Cour à travers la sélection, dans chaque cas, des instruments d'égalité les plus appropriés pour aboutir à la définition souhaitée de la vie familiale. Dans le premier cas, la référence à l'indifférenciation posée par la règle a permis à la Cour d'élargir l'assise de la garantie du droit au respect de la

¹⁴¹¹ CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne* (déc.), req. n° 56501/00, préc..

¹⁴¹² V. *supra*, § 64 les développements concernant l'analyse de la généralité de la règle en tant qu'exigence de garantir une égalité *intracatégorielle*. Rappelons que cette lecture permet de distinguer des situations en considérant qu'elles sont différentes de celle que la règle régit. L'analyse de la position de la Cour de l'époque concernant les couples de même sexe a également été axée autour de la différence des situations par P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, op. cit., p. 88.

¹⁴¹³ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, § 31, préc.

¹⁴¹⁴ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

¹⁴¹⁵ L'analyse de la Cour concernant le droit au mariage des couples de même sexe sera analysée *infra*, § 719 et s.

¹⁴¹⁶ V. également dans ce sens CEDH, 22 juillet 2010, *P.B. et J.S. c. Autriche*, req. n° 18984/02, préc.

vie familiale sans discrimination aux enfants nés hors mariage. Cependant, du fait de la comparabilité entre les individus homosexuels et hétérosexuels qu'elle avait affirmée dans les arrêts *Smith et Grady*¹⁴¹⁷ et *Salgueiro da Silva Mouta*¹⁴¹⁸, cette lecture de la généralité de la norme consacrée à l'article 8 de la CESDH aurait conduit la Cour à offrir aux homosexuels une protection de la vie familiale comparable à celle qui était garantie aux individus hétérosexuels. En effet, l'ouverture du droit au respect de la vie privée et familiale à une catégorie d'individus implique que ce droit leur soit garanti sans discrimination, notamment en raison de l'orientation sexuelle, conformément à l'exigence posée par l'article 14 de la CESDH. La volonté d'aboutir à la solution opposée a ainsi conduit la Cour à écarter la lecture de la généralité de la règle dans le sens de l'indifférenciation et, avec elle, la comparabilité de la situation du couple composé par deux personnes du même sexe et du couple composé par deux personnes du sexe opposé. Cette opération a ainsi permis aux juges d'exclure les couples homosexuels de la notion de vie familiale.

Le couple a donc été initialement entendu sans un sens hétéronormé. D'autres éléments viendront corroborer cette lecture dans la suite de notre analyse¹⁴¹⁹.

648. Ce ne sera que plus tard, avec l'arrêt *Karner*¹⁴²⁰ qui sera analysé par la suite¹⁴²¹, que la Cour laissera présager de l'extension de la notion de vie familiale aux couples de même sexe. L'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁴²² viendra ensuite formaliser le changement d'une telle vision de la famille. Les mœurs ayant évolué, la Cour a modifié son analyse de la comparabilité des situations du couple homosexuel et hétérosexuel en revenant ainsi implicitement à une lecture indifférencialiste de l'article 8.

649. La généralité de l'article 8 utilisée pour justifier la limitation de l'applicabilité *ratione personae* de l'article 12. - Il convient par ailleurs de remarquer qu'une fois l'indifférenciation de l'article 8 réadmise par la Cour dans l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁴²³, la Cour a, par la même occasion, exploité cette caractéristique de la règle afin de justifier l'exclusion du

¹⁴¹⁷ CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et 33986/96, préc.

¹⁴¹⁸ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96, préc.

¹⁴¹⁹ V. *infra*, § 698 et s.

¹⁴²⁰ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, *RTD Civ.*, 2003, p. 764, n. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2004.I.107, n. F. Sudre.

¹⁴²¹ V. *infra*, § 658 et s.

¹⁴²² CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

¹⁴²³ *Ibid.*, §§ 87-95.

droit au mariage pour les couples de même sexe¹⁴²⁴. La Cour observa que, « pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes. Toutefois, toutes les autres dispositions matérielles de la Convention accordent des droits et libertés à "toute personne" ou indiquent que "nul" ne peut être l'objet de certains traitements interdits. Force est donc de considérer que les mots employés à l'article 12 ont été choisis délibérément »¹⁴²⁵. L'indifférenciation de la plupart des dispositions de la Convention, y compris donc l'article 8, est nouvellement mise en exergue dans cet arrêt¹⁴²⁶. Mais elle le fait, cette fois-ci, dans le but de montrer le contraste par rapport à la formulation de l'article 12 ouvrant le droit au mariage aux hommes et aux femmes. Les requérants plaidaient que ce libellé n'impliquait pas nécessairement qu'un homme ne puisse épouser qu'une femme et *vice versa*. C'est alors en s'appuyant sur la généralité de l'article 8, dont l'universalité de l'applicabilité *ratione personae* avait été jusque-là déniée, que la Cour justifie maintenant la possibilité de limiter le droit au mariage appréhendé par l'article 12, qui, lui, ne fait pas référence à « toute personne ».



650. Cela montre ainsi que la lecture de la généralité de la norme, et de la disposition d'égalité qu'elle porte, change selon le résultat recherché par la Cour, résultat dicté par sa conception de la famille au fil des époques.

II) Une analyse de la comparabilité des situations orientée par la conception de la famille

651. Les analyses offertes par la Cour en application de l'article 14 en dehors de critères de discrimination expressément interdits ne peuvent pas fournir d'éléments déterminants relativement au dessin d'une image de la famille par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour doit en effet procéder à une analyse de la comparabilité des situations. Or, nous avons déjà eu l'occasion de souligner que cette opération ne peut pas faire abstraction d'une part de subjectivité inhérente à l'analyse elle-même¹⁴²⁷. Nous ne saurons alors pas démontrer de

¹⁴²⁴ *Ibid.*, § 55. Cette exclusion sera réaffirmée à maintes reprises et est acceptée encore aujourd'hui par la Cour. V. CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, préc. ; CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, req. n° 40183/07, préc. ; CEDH, 14 juin 2016, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, req. n° 35214/09, préc.

¹⁴²⁵ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 55.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, § 55.

¹⁴²⁷ V. *supra*, §§ 202-203.

manière suffisamment certaine la protection d'une conception de la famille uniquement à travers ces choix **(A)**. Cette orientation est en revanche bien visible dans certains cas de contrôle du respect des prohibitions de la discrimination en raison de critères déterminés. Rappelons, en effet, que ce type de disposition d'égalité impose de considérer comme comparables les catégories d'individus qu'elles couvrent¹⁴²⁸. Or, la Cour européenne des droits de l'homme procède parfois à l'analyse de la comparabilité des situations en dépit du postulat posé par l'interdiction des discriminations elle-même. Ces cas contribuent à montrer comment la Cour plie les règles d'égalité qu'elle est amenée à appliquer pour qu'elles conduisent à un résultat conforme à la conception de la famille que la Cour européenne des droits de l'homme fait sienne **(B)**.

A) Des cas opportuns d'analyse de la comparabilité des situations

652. La Cour de Strasbourg contrôle le respect par les États de l'interdiction des discriminations posée à l'article 14 combiné avec les autres dispositions de la Convention. Nous avons vu qu'il s'agit d'une interdiction générale des discriminations. L'article 14 en effet, donne une liste de critères de discriminations interdits, mais interdit également les discriminations fondées sur « toute autre situation ». Relativement aux situations autres que celles relevant des critères de discrimination explicitement interdits, les juges doivent procéder à une analyse comparative des situations. Dans ces cas, la violation de l'article 14 pourra être caractérisée seulement à la condition de considérer, premièrement, que les situations en cause sont comparables et, deuxièmement, que l'atteinte au principe de non-discrimination est justifiée¹⁴²⁹.

653. Or, la situation familiale des individus n'est pas un critère de discrimination interdit. Ainsi, lorsque la Cour a été appelée à se prononcer sur la diversité de traitement des couples mariés et des couples de concubins¹⁴³⁰, d'un côté, et des couples mariés et des couples unis par

¹⁴²⁸ V. *supra*, § 93 et s.

¹⁴²⁹ V. *supra*, § 81 et s. et § 123 et s.

¹⁴³⁰ CEDH, Gr. Ch., 18 décembre 1986, *Johnston c. Irlande*, req. n° 9697/82, préc. ; CEDH, 27 avril 2000, *Shackell c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 45851/99 ; CEDH, Gr. Ch., 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, *RTDH*, 2009, p. 513, n. J.-P. Marguénaud, *Dr. fam.*, 2008, alerte 44, n. . Bruggeman, *RTD civ.*, 2008, p. 458, obs. J. Hauser ; CEDH, 4 novembre 2008, *Courten c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 4479/06 ; CEDH, 10 février 2011, *Korosidou c. Grèce*, req. n° 9957/08 ; CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, préc. ; CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07, préc.

un partenariat enregistré¹⁴³¹, d'un autre, la Cour a, à juste titre, procédé à l'analyse de la comparabilité des situations en cause.

654. La comparaison du couple marié au couple de concubins. - Lorsque les griefs présentés à la Cour concernaient la différence de traitement des couples mariés et des couples de concubins, la Cour, et la Commission avant elle,¹⁴³² ont systématiquement considéré que le mariage est une institution largement reconnue comme conférant un statut particulier à ceux qui y souscrivent¹⁴³³. La Cour a parfois précisé que le mariage est caractérisé par un ensemble de droits et obligations légales qui le différencie du concubinage¹⁴³⁴. C'est sur cette considération que la Cour fonde encore aujourd'hui l'absence de comparabilité entre les couples mariés et non mariés. Or, la Cour peut légitimement se prononcer dans ce sens dans la mesure où cette comparaison est appréhendée par l'interdiction générale des discriminations. Cela implique en effet que les juges portent leur propre appréciation relativement à la comparabilité ou à la différence des situations¹⁴³⁵.

655. Comparaison du couple marié et uni par un partenariat enregistré. - Il convient de remarquer qu'en revanche, face aux réclamations de l'égalité des droits dans le partenariat enregistré et dans le mariage par les couples homosexuels ayant accès uniquement à la première forme d'union, comme c'était le cas dans les affaires *Schalk et Kopf*¹⁴³⁶ et *Chapin et Charpentier*¹⁴³⁷, la Cour considère que la différence de traitement relève de la marge d'appréciation des États. De plus, dans ces arrêts la Cour a relevé l'existence d'une tendance européenne relative à la différence de régimes des deux types de conjugalité, ce qui lui a permis de considérer les différences de traitement comme étant légitimes. Il convient de remarquer qu'au niveau de la méthodologie suivie dans l'application de l'article 14, la Cour ne se prononce pas sur la comparabilité des situations, mais elle analyse l'existence d'un consensus européen, ce qu'elle fait habituellement afin de rechercher une justification des discriminations. Il est alors

¹⁴³¹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc. ; CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, req. n° 40183/07, préc.

¹⁴³² Comm. EDH, 11 novembre 1986, *Lindsay c. Royaume-Uni* (déc.), n° 11089/84, point 1,b).

¹⁴³³ CEDH, 27 avril 2000, *Shackell c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 45851/99, préc., point 1 ; CEDH, Gr. Ch., 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, préc., § 63 ; CEDH, 4 novembre 2008, *Courten c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 4479/06, préc., considérations en droit de la Cour ; CEDH, 10 février 2011, *Korosidou c. Grèce*, req. n° 9957/08, préc., § 64 ; CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, préc., § 68 ; CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07, préc., § 106.

¹⁴³⁴ Ainsi CEDH, 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, § 50, préc. ; CEDH, 27 avril 2000, *Shackell c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 45851/99, préc., point 1 ; Comm. EDH, 11 novembre 1986, *Lindsay c. Royaume-Uni* (déc.), n° 11089/84, préc., point 1,b).

¹⁴³⁵ Cela a fait l'objet de développement *supra*, § 81 et s.

¹⁴³⁶ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 109.

¹⁴³⁷ CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, req. n° 40183/07, préc., § 51.

possible de considérer que la Cour ici, comme elle l'a déjà fait par ailleurs¹⁴³⁸, pose une *hypothèse de comparabilité*. Le raisonnement consiste ainsi implicitement à dire que si les situations sont différentes, la différence de traitement est *ipso facto* légitime, mais même à supposer que les situations soient comparables, la différence de traitement est justifiée par l'absence d'un consensus européen. Il convient toutefois de remarquer que dans une telle optique, le but de la loi ainsi que le caractère proportionnel de la discrimination ne sont pas relevés par les juges. Or, telles sont les conditions de la justification des discriminations que la Cour elle-même pose¹⁴³⁹. Cela laisse ainsi transparaître la sélection d'un *modus operandi* de la part de la Cour, lui permettant de valider la différence de traitement. Nous verrons qu'il ne s'agit pas du seul cas où la Cour procède de la sorte.



656. La liberté dont dispose la Cour, notamment dans le choix de l'élément déterminant la comparabilité ou la diversité des situations, ne permet toutefois pas de formuler des conclusions certaines relatives à la subordination de tels choix à la conception de la famille. Nous avons en effet vu qu'un tel choix ne peut pas être supprimé dans le cadre de l'exercice d'une analyse de comparabilité¹⁴⁴⁰.

657. Toutes autres sont en revanche les conclusions qu'il est possible de tirer des cas dans lesquels, malgré la pertinence de critères de discriminations interdits, la Cour procède à une analyse de la comparabilité de situations dont l'incohérence résulte du fait que la Convention en impose d'emblée la comparabilité. L'analyse de ces cas nous permettra de dévoiler de manière plus certaine la conception de la famille de la Cour guidant les applications qu'elle fait des interdictions explicites des discriminations.

B) Des cas inattendus d'analyse de la comparabilité des situations

658. La comparabilité des situations dont le traitement a été établi en fonction du sexe et de la naissance n'a jamais été remise en question par la Cour européenne des droits de l'homme. En revanche, et en dépit de l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle explicitement consacrée par la Cour, cette dernière a procédé à l'analyse de la comparabilité,

¹⁴³⁸ V. CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, préc., § 37 ; CEDH, 29 novembre 2007, *Ismailova c. Russie*, req. n° 37614/02, § 56.

¹⁴³⁹ V. *supra*, §§ 672 et 706-709.

¹⁴⁴⁰ V. *supra*, § 184 et s.

des couples homosexuels et hétérosexuels à plusieurs reprises. Tel a été le cas afin de réintégrer l'article 8 dans son caractère indifférencialiste précédemment présenté¹⁴⁴¹ (1). Tel a été, plus récemment, le cas afin d'admettre la différenciation des formes de conjugalité pour les couples hétérosexuels et homosexuels (2).

1) Réparer une incohérence d'analyse par une autre : de l'exclusion à l'intégration du couple homosexuel dans la notion de vie familiale

659. Nous avons vu que dans l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁴⁴² la Cour fait accéder le couple homosexuel au droit à la protection de la vie familiale. Il convient de souligner que la Cour a eu besoin de justifier cette ouverture puisqu'elle l'avait jusque-là exclue. Rappelons que la précédente limitation, nous l'avons vu, était critiquable en raison de la différence d'analyse que la Cour proposait par rapport à celle qu'elle avait retenue dans l'arrêt *Marckx*¹⁴⁴³ du point de vue de la généralité de l'article 8¹⁴⁴⁴. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁴⁴⁵, pour justifier l'ouverture de la notion de vie familiale sans discrimination aux couples homosexuels, la Cour procède à une analyse de la comparabilité des situations. Elle considère ainsi que du fait de l'évolution du consensus européen, les situations peuvent maintenant être considérées comme comparables. La mise en œuvre de l'analyse de la comparabilité de la situation des homosexuels et des hétérosexuels, pris individuellement ou en tant que couple, est inopportune en l'espèce. L'analyse de la comparabilité des couples homosexuels et hétérosexuels contrevient en effet à l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle que la Cour a elle-même tirée de l'article 14 de la CESDH.

660. Nous avons en effet vu comment les interdictions sélectives des discriminations opèrent dans le cadre de la règle de l'égalité de traitement. Ces critères posent une présomption de comparabilité¹⁴⁴⁶. Seul un motif légitime devrait donc pouvoir justifier la différence de traitement. En effet, lorsqu'on interdit la discrimination en raison, par exemple, du sexe, on ne saurait arguer que la différence entre la situation d'un homme ou d'une femme dérive d'une caractéristique propre de l'un ou de l'autre sexe. Cela revient en effet à neutraliser l'interdiction de la discrimination. La différence de traitement peut être admise dans ce cadre de contrôle

¹⁴⁴¹ V. *supra*, § 640 et s.

¹⁴⁴² CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

¹⁴⁴³ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

¹⁴⁴⁴ V. *supra*, §§ 645-648.

¹⁴⁴⁵ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

¹⁴⁴⁶ V. *supra*, § 93 et s.

uniquement si une justification légitime existe. Ainsi, les couples de personnes de même sexe *doivent* être considérés comme comparables aux couples de sexes différents du simple fait de l'existence d'une interdiction en raison de l'orientation sexuelle. On remarquera par ailleurs qu'une telle méthodologie a toujours été respectée par la Cour relativement aux interdictions des discriminations en raison du sexe et de la naissance¹⁴⁴⁷. La comparabilité des situations des hommes et des femmes ou des enfants nés dans ou hors mariage a en effet parfois, mais non systématiquement, été relevée par la Cour¹⁴⁴⁸. Elle n'a toutefois jamais, et à juste titre, été questionnée.

661. L'analyse par la Cour de la comparabilité des couples homosexuels et hétérosexuels dans l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁴⁴⁹ manifeste par la même occasion qu'avant cet arrêt elle considérait de manière implicite que les situations des couples homosexuels et hétérosexuels devaient être considérées comme différentes du fait de l'absence d'un consensus européen à cet égard. C'est en réalité à ce stade que le problème méthodologique que dévoile l'arrêt *Schalk et Kopf* a trouvé son origine. C'est en effet la considération, implicite et inappropriée, de la différence des

¹⁴⁴⁷ Relativement à l'interdiction des discriminations en raison de la naissance en matière familiale, v. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, §§ 34 et 41, préc. ; CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, req. n° 8695/79, §§ 39-40, préc. ; CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97, §§ 44-47, préc. ; CEDH, 3 octobre 2000, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, req. n° 28369/95, § 36 ; CEDH, 11 octobre 2001, *Hoffmann c. Allemagne*, req. n° 34045/96, §§ 53 et 56 ; CEDH, 22 décembre 2004, *Merger et Cros c. France*, req. n° 68864/01, *Europe*, 2005, comm. 107, n. V. Lechevallier, *JCP G*, 2005, p. 83, n. F. Sudre, *RTD Civ.*, 2005, p. 335, n. J.-P. Marguénaud, *Dr. fam.*, 2005, étude 17, n. S. Le Chuiton, §§ 33-34 ; CEDH, 28 mai 2009, *Brauer c. Allemagne*, req. n° 3545/04, §§ 34-35 ; CEDH, 9 février 2017, *Mitziinger c. Allemagne*, req. n° 29762/10, § 37, préc. Relativement aux interdictions des discriminations en raison du sexe en matière familiale, v. CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, préc., §§ 35-37 ; CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, req. n° 14518/89, § 67, préc. ; CEDH, 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, req. n° 20060/927, §§ 39-40, préc. ; CEDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, req. n° 36042/97, §§ 34-36, préc. ; CEDH, 10 mai 2007, *Runkee et White c. Royaume-Uni*, req. n° 42949/98, préc., (dans cet arrêt la différence de traitement en raison du sexe est admise de manière totalement implicite puisque la Cour ne s'attèle qu'à la recherche de la justification de la mesure, cf. § 34 ets.) ; CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90, préc., §§ 26-27 ; CEDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, req. n° 29865/96, préc., §§ 55-56 ; CEDH, 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, req. n° 664/06, préc., §§ 42-44 ; CEDH, 28 mai 2013, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu c. Turquie*, req. n° 7971/07, préc., § 21 ; CEDH, 3 septembre 2013, *Tuncer Güneş c. Turquie*, req. n° 26268/08, § 19 ; CEDH, 10 décembre 2013, *Tanbay Tüten c. Turquie*, req. n° 38249/09, § 27 ; CEDH, 7 janvier 2014, *Cusan et Fazzo c. Italie*, req. n° 77/07, §§ 62-63, préc. ; CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n° 20458/92, préc., §§ 34-35 ; CEDH, 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, req. n° 44399/05, préc., § 29 ; CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n° 30078/06, §§ 131-133, préc. ; CEDH, 2 octobre 2012, *Hulea c. Roumanie*, req. n° 33411/05, préc., §§ 40-41.

¹⁴⁴⁸ L'analyse a été développée de manière explicite dans les affaires suivantes : CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, spéc. § 34 et 41, préc. ; CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, préc., §§ 35-37 (hypothèse de comparabilité des situations) ; CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, req. n° 14518/89, § 67, préc. ; CEDH, 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, req. n° 20060/927, §§ 39-40, préc. ; CEDH, 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, req. n° 44399/05, préc., § 29 ; CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n° 30078/06, préc., §§ 131-133.

¹⁴⁴⁹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, *ibid.*, p. 765, n. J. Hauser, *JCP G*, 2010, p. 1013, obs. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2010, p. 333, obs. V. Avena-Robardet.

situations, confortée par l'absence du consensus européen, qui avait permis à la Cour d'exclure dans un premier temps les couples homosexuels de la notion de vie familiale.



662. L'analyse de la comparabilité des situations n'est alors que le remède employé par la Cour dans l'arrêt *Schalk et Kopf* afin de revenir sur la distorsion méthodologique opérée dans la jurisprudence précédente. À travers ce procédé en effet, l'article 8 dans sa consécration du droit au respect de la vie familiale se retrouve, enfin, à nouveau appliqué « à toute personne ». Il ne s'agit cependant pas du seul cas dans lequel la Cour a procédé à une analyse incohérente de la comparabilité du couple homosexuel et hétérosexuel dans le but de légitimer une différence de traitement autrement illicite.

2) Incohérence ou technique ?

663. Trois confirmations de la sélection par la Cour des techniques de contrôle du respect des règles d'égalité de traitement viennent des arrêts *Gas et Dubois*¹⁴⁵⁰, rendu en 2012, *Taddeucci et Mc Call*¹⁴⁵¹, datant de 2016 et *Ratzenböck et Seydl*¹⁴⁵², rendu en 2017. Leur analyse corrobore l'idée que la Cour choisit le *modus operandi* à suivre dans chaque affaire dans le but d'aboutir à une solution conforme à sa conception de la famille.

664. Dans l'affaire *Gas et Dubois* il était question, entre autres, de l'exclusion des couples homosexuels, notamment des couples de femmes, des techniques d'aide médicale à la procréation. Ces techniques sont ouvertes en droit français aux couples hétérosexuels, mariés ou non, et c'est donc sur le fondement de l'orientation sexuelle que les requérantes alléguent une violation des articles 8 et 14 combinés. À cette occasion la Cour a considéré que le but de la loi étant de remédier à une situation d'infertilité pathologique, la situation du couple homosexuel n'était pas comparable à la situation du couple hétérosexuel¹⁴⁵³. La Cour procède ainsi à une analyse comparative des situations et, constatant une différence de situations, conclut à la non-violation des articles 8 et 14 de la CESDH.

¹⁴⁵⁰ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, A. Dionisi-Peyrusse, *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc, *RTD civ.*, 2012, p. 275, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2012, p. 589, n. A. Gouttenoire et F. Sudre.

¹⁴⁵¹ CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, req. n° 51362/09, D., 2016, p. 2100, n. H. Fulchiron, *RTD civ.*, 2016, p. 799, obs. J.-P. Marguénaud.

¹⁴⁵² CEDH, 26 octobre 2017, *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, req. n° 28475/12, *Dr. fam.*, 2018, comm. 117, n. J.-R. Binet, *JCP G*, 2017, p. 1230, n. H. Surrel, *Dr. fam.*, 2017, chron. 3, n. A. Gouttenoire, F. Marchadier.

¹⁴⁵³ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, préc., § 63.

665. L'affaire *Taddeucci et Mc Call* portait sur le refus que les autorités italiennes avaient opposé à une demande d'attribution du droit de séjour pour raison familiale introduite par le concubin de même sexe d'un ressortissant italien. Le refus était motivé par le fait que le droit italien réservait ce droit au seul conjoint. Les requérants estimaient avoir subi une discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Le gouvernement italien faisait cependant valoir que le même refus aurait été opposé à un couple non marié composé de deux personnes de sexe opposé. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a analysé la comparabilité des situations des couples non mariés de même sexe et de sexe différent et elle a conclu dans le sens de la différence des situations. Pour ce faire, elle a insisté sur la possibilité, pour un couple de sexe opposé, de régulariser sa situation en se mariant, possibilité qui était fermée aux couples de même sexe. Or, la Cour exige ici le traitement différent de deux situations différentes au nom de l'article 14 de la CESDH combiné avec l'article 8. Sur cette base, elle considère que les couples de même sexe auraient dû être traités de manière différente. Plus précisément, ces couples auraient dû se voir garantir une possibilité d'obtenir le droit au séjour pour motif familial en dépit de l'absence en droit italien de la possibilité pour ces couples de se marier.

666. L'affaire *Ratzenböck et Seydl* concernait également l'allégation de la violation combinée des articles 8 et 14 de la part d'un couple hétérosexuel. Le couple s'était vu refuser l'accès à l'union civile au motif que cette forme de conjugalité était réservée aux couples de même sexe. La Cour, après avoir rappelé que face aux discriminations en raison de l'orientation sexuelle la marge d'appréciation des États est étroite, relève la similarité du régime du mariage et de l'union civile en droit autrichien¹⁴⁵⁴. La Cour souligne qu'en l'absence d'accès au mariage pour les couples homosexuels, l'union civile garantit leur besoin de reconnaissance légale¹⁴⁵⁵. La Cour conclut sur ce fondement à l'absence de comparabilité des couples homosexuels et hétérosexuels en raison du fait que les couples homosexuels n'ont pas le droit de se marier et que le partenariat est le seul moyen d'obtenir une reconnaissance juridique¹⁴⁵⁶.

667. Dans ces trois cas, la Cour a, de nouveau, procédé à une analyse comparative induite des situations du couple homosexuel et hétérosexuel. Rappelons en effet qu'à partir du moment où la discrimination en raison de l'orientation sexuelle est prohibée, les couples de même sexe et de sexe différent ne peuvent plus être considérés comme étant différents. Tel est d'ailleurs le

¹⁴⁵⁴ CEDH, 26 octobre 2017, *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, req. n° 28475/12, préc., § 40.

¹⁴⁵⁵ *Idem*.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, § 42.

seul but de la prohibition des discriminations en raison de critères déterminés¹⁴⁵⁷. Un motif d'intérêt général doit donc être invoqué pour légitimer la différence fondée sur l'orientation sexuelle¹⁴⁵⁸. Affirmer qu'un couple de même sexe se trouve dans une situation différente par rapport aux couples de sexe opposé revient ainsi à ignorer le postulat de comparabilité que l'interdiction des discriminations pose. Par ailleurs, dans l'arrêt *Ratzenböck et Seydl*, la Cour ne se prononce pas réellement sur le respect de l'article 14 dans cette affaire. La conclusion relative à la différence des situations est en effet tirée de l'analyse du caractère suffisant du respect du droit à la vie familiale des couples homosexuels d'un côté et des couples hétérosexuels de l'autre. Autrement dit, la Cour s'est en réalité prononcée uniquement sur le respect par la législation autrichienne en cause de l'article 8.

Une critique de l'analyse de la comparabilité des situations opérée dans ce même arrêt par la Cour doit être ajoutée à ces considérations. Nous partageons l'avis des juges TSOTSORIA et GROZEV qui, dans leurs opinions dissidentes, ont souligné la confusion que la Cour a opérée dans son analyse. Ils soulignent que la Cour, au lieu d'appréhender les couples en tant que réalité sociale, a conçu ces derniers en tant que groupements créés par la loi, et que le législateur a, par ce fait même, pu choisir de les traiter différemment. Ils soulignent que les couples sont, au contraire, des groupements sociaux existant indépendamment des choix législatifs et que la Cour avait déjà souligné la comparabilité du besoin de reconnaissance des couples homosexuels et hétérosexuels.

Nous nous permettrons d'ajouter à ces remarques, que la Cour adopte dans son analyse relative à la comparabilité, un raisonnement circulaire. Elle considère, en effet, que les couples homosexuels sont différents puisqu'ils ont été traités différemment par le législateur. Or, relativement à l'accès au mariage, la Cour continue de permettre l'exclusion des couples de même sexe en raison des particularités de l'institution¹⁴⁵⁹. Ces particularités viennent, entre autres, du fait que le mariage est spécifiquement appréhendé par l'article 12, contrairement aux autres formes familiales qui, elles, sont appréhendées sous l'angle de l'article 8. Or, les autres formes familiales sont bien soumises au respect de l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle. À cet égard, les justifications admises pour exclure les couples homosexuels du mariage ne peuvent être appliquées pour exclure les couples hétérosexuels de l'union civile. Si l'article 12 permet, dans la jurisprudence de la Cour, de laisser à l'appréciation nationale l'ouverture au mariage en raison de prévisions spécifiques de telle disposition, tel

¹⁴⁵⁷ V. *supra*, § 93 et s.

¹⁴⁵⁸ V. *supra*, § 123 et s.

¹⁴⁵⁹ Ce point sera abordé plus amplement par la suite. V. *infra*, § 718 et s.

n'est pas le cas pour les autres formes de conjugalité. Le fait que le législateur ait choisi de limiter l'accès à l'union civile aux couples de même sexe ne peut pas impliquer, de ce fait même, la différence de la situation des couples homosexuels et hétérosexuels.

668. Il ressort d'une telle analyse la volonté de la Cour de permettre le schisme du couple hétérosexuel et homosexuel du point de vue de la forme de conjugalité qui *doit* être ouverte à l'un ou à l'autre. La jurisprudence montre que les États parties au Conseil de l'Europe *peuvent mais ne doivent pas* ouvrir le mariage aux couples de même sexe et qu'ils *peuvent mais ne doivent pas* ouvrir les partenariats enregistrés aux couples de sexe différent. Le mariage est ainsi la forme d'union par excellence du couple hétérosexuel tandis que le partenariat enregistré est la forme d'union par excellence du couple homosexuel, bien qu'elle admette que les États adoptent une vision plus englobante de chacune de ces formes de conjugalité.

669. L'arrêt *Gas et Dubois* laissait en revanche comprendre que, là où la conception hétéronormée de la conjugalité commençait à être abandonnée par la Cour, il n'en allait pas de même relativement à la conception hétéronormée de la parenté, en ce qui concerne les enfants à naître.

670. L'analyse de la comparabilité opérée par la Cour dans l'arrêt *Taddeucci et Mc Call* et, surtout, la conclusion de l'exigence de différence de traitement qu'elle en tire mérite en revanche une analyse à part. La différence des situations, ainsi que l'exigence de la différence de traitement, n'est en effet pas relevée par la Cour dans le cadre d'une analyse visant à s'assurer du respect du principe d'égalité formelle, dont les prohibitions des discriminations sont une expression, mais du principe d'égalité réelle. La différence de situation à laquelle les juges font référence est en effet une différence de fait que le respect de l'égalité formelle ne suffisait pas à résorber. Le droit italien traitait en effet de manière identique des situations comparables, conformément à ce qu'exige le respect du principe d'égalité formelle et plus précisément la prohibition des discriminations en raison de l'orientation sexuelle telle qu'habituellement interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Tel n'est cependant pas l'objet que la Cour européenne des droits de l'homme a choisi d'analyser dans l'arrêt *Taddeucci et Mc Call*. Il s'agit en revanche de la poursuite de l'égalité réelle et nous pouvons regretter que le raisonnement suivi ne soit pas explicite. Ce dernier principe se distingue en effet de la recherche d'égalité formelle. L'égalité réelle n'exige pas le traitement identique des situations comparables, mais, au contraire, le traitement différent des situations comparables là où la prévision d'un traitement identique des situations ne suffit pas

à résorber une différence de fait. La référence de la Cour à la différence de situations donne ainsi l'impression d'une incohérence dans l'analyse du respect de la prohibition des discriminations. La présentation de la part de la Cour du principe applicable en l'espèce peut s'expliquer par le fait que la Convention prohibe uniquement les discriminations, mais ne consacre pas expressément le principe d'égalité formelle, ni le principe d'égalité réelle. Les juges semblent ainsi tirer des dispositions d'égalité textuellement consacrées l'exigence de respect du principe d'égalité réelle. Cela conduit cependant à mélanger deux analyses distinctes. L'impression de contradiction dans les raisonnements suivis, exigeant, parfois, le traitement identique des couples de même sexe et de sexe opposé et, parfois, leur traitement différent, pourrait cependant être évitée en précisant que, dans ces derniers cas, le contrôle ne vise pas à garantir le respect du principe d'égalité formelle mais à savoir si l'égalité réelle a été suffisamment poursuivie par l'ordre juridique du for.



671. L'ensemble de ces choix est toutefois cohérent avec la théorie par nous défendue, visant à considérer que la Cour fait une application des dispositions d'égalité contenues dans la Convention orientée vers la protection de sa conception de la famille. Les techniques relatives à l'application des dispositions d'égalité sont à chaque fois sélectionnées par la Cour, bien au-delà de ce que le respect de la méthodologie de chaque type de norme d'égalité permettrait. C'est précisément à travers cette sélection que la Cour parvient à imposer sa conception de la famille à chaque époque de sa jurisprudence. Cette analyse trouvera d'autres confirmations dans la jurisprudence de la Cour relative à la justification des discriminations, ce que nous allons présentement étudier.

§2) Au stade de l'analyse des justifications des dérogations

672. La Cour européenne des droits de l'homme prévoit la possibilité de justifier les différences de traitement des situations comparables et elle suit une procédure standardisée des étapes du contrôle, notamment en application de l'article 14. Elle détermine premièrement si la norme poursuit un but légitime et, si tel est le cas, elle cherche à savoir si l'atteinte au respect de la disposition d'égalité est proportionnée au but recherché. L'analyse de cette dernière étape implique notamment la détermination de la marge d'appréciation de l'État. Afin d'établir cette marge, la Cour recherche initialement l'existence d'un consensus relatif à la progression vers

l'identité de traitement, dans le domaine en cause, pour en déduire, lorsqu'elle peut trouver un tel consensus, que la marge d'appréciation des États est étroite.

673. La référence à un consensus européen permet de manière théorique à la Cour de donner à sa jurisprudence une assise démocratique¹⁴⁶⁰, tirée de l'analyse comparative des droits des États parties au Conseil de l'Europe. Cela impliquerait ainsi que la Cour impose des évolutions dans les droits nationaux uniquement lorsqu'un consensus européen est établi. Or, un tel *modus operandi* n'est pas systématiquement suivi par la Cour, ce qui peut dévoiler d'autres manifestations de la subordination des concrétisations des règles d'égalité par la Cour à une conception donnée de la famille. Une étude proposée par Monsieur SUDRE mérite d'être relatée. Elle permet en effet de montrer que l'importance que la Cour elle-même donne à cet élément est en effet très fluctuante **(I)**. Il nous sera permis de montrer que le critère guidant la Cour peut être trouvé dans la conception de la famille qu'elle entend protéger **(II)**.

I) Variation de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales

674. La Cour européenne des droits de l'homme en revanche fait varier son degré d'intromission dans la catégorisation opérée par le législateur de plusieurs facteurs¹⁴⁶¹. Madame TULKENS et Monsieur DONNAY déplorent, en reprenant la critique avancée par Monsieur GANSHOF VAN DER MEERSCH¹⁴⁶², la difficulté à les identifier, ce qui rend « la décision du juge européen [...] en définitive imprécise et incertaine, voire opaque et arbitraire »¹⁴⁶³. Elle renvoie par ailleurs à la démonstration de Monsieur VAN DROOGHENBROECK relative à

¹⁴⁶⁰ F. TULKENS, L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC*, n° 1, 2006, pp. 3-24, spéc. § 62.

¹⁴⁶¹ Si la Cour précise en effet que l'étendue de la marge « varie selon les circonstances, les domaines et le contexte » (v., e.a., CEDH, Gr. Ch., 5 septembre 2017, *Fábián c. Hongrie*, req. n° 78117/13, § 114 ; CEDH, Gr. Ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n° 37452/02, § 88 ; CEDH, Gr. Ch., 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 65731/01 et 65900/01, § 51 ; CEDH, Gr. Ch., 18 février 2009, *Andrejeva c. Lettonie*, req. n° 55707/00, § 82), Madame TULKENS et Monsieur DONNAY ont bien synthétisé les différents facteurs susceptibles d'influencer l'étendue de la marge d'appréciation que la Cour EDH laisse aux États. Ils font notamment référence à la matière en cause, à la nature du droit auquel il est porté atteinte et la gravité de cette limitation, à l'existence d'un consensus européen, à la diversité des approches nationales, ainsi qu'au caractère exceptionnel de la situation. V. F. TULKENS, L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 3-24, spéc. §§ 46-55 ; L. TOMASI, « La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: agli artt. 8 e 14 CEDU », *op. cit.*, p. 52.

¹⁴⁶² Aussi bien Madame TULKENS que Monsieur GANSHOF VAN DER MEERSCH sont d'anciens juges de la Cour européenne.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, § 62.

l'absence de corrélation systématique entre l'étendue de la marge d'appréciation établie et l'intensité du contrôle appliqué¹⁴⁶⁴.

675. Le consensus européen est l'un des facteurs les plus employés par la Cour, permettant aux juges de décider quelle marge laisser au législateur national. En l'absence d'une position majoritaire au sein des États parties au Conseil de l'Europe, les législateurs sont censés être libres de faire leurs propres choix relatifs, parfois, à la comparabilité des situations et, le plus souvent, à la possibilité de justifier des discriminations. Au contraire, l'existence d'un consensus est censée réduire cette marge¹⁴⁶⁵. Une telle *ratio decidendi* trouve son fondement dans une « conception commune » des droits de l'homme affirmée par le Préambule de la Convention que la Cour s'emploierait donc à rechercher.

676. Une étude proposée par Monsieur SUDRE fait cependant état des emplois biaisés et orientés que la Cour fait du consensus européen afin de l'asservir à la position qu'elle souhaite adopter¹⁴⁶⁶. L'auteur montre en effet en premier lieu que la notion de consensus est indéterminée, en ce que la Cour n'a pas affirmé s'il s'agit d'un référent qualitatif ou quantitatif¹⁴⁶⁷. La référence que la Cour fait, en s'attendant à la recherche d'un consensus, au nombre d'États garantissant ou refusant un certain droit, devrait permettre de pencher vers la seconde option. Cependant, note l'auteur, « trop souvent, l'interprétation consensuelle s'avère déroutante dans sa pratique et ses errements focalisent les critiques tant de la doctrine – méthode

¹⁴⁶⁴ *Idem.*, citant S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant et Publications de Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001, p. 544. V. également sur ce sujet S. TOUZÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Éd. A. Pedone, Paris, 2016, et spéc. S. BESSON, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », in S. TOUZÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, op. cit., p. 57 et s. et spéc. pp. 70-76 qui met en exergue que le contrôle exercé par la Cour a tendance à s'exercer de manière préventive, abstraite et remédiable ; D. SZYMCZAK, « La question de l'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties », in S. TOUZÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, op. cit., spéc. pp. 132-139, qui critique l'usage du précédent et de la technique du consensus par la Cour européenne.

¹⁴⁶⁵ F. SUDRE, « La mystification du "consensus" européen », *JCP G*, n° 50, 2015, doc. n° 1369, pp. 2293-2299, spéc. p. 2294, § 4.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.* ; du même auteur, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 33 ; « Les moyens de renforcement de la motivation de la Cour », in S. TOUZÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, op. cit., spéc. pp. 197-209. Dans le même sens H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, op. cit., pp. 171-185, spéc. p. 182.

¹⁴⁶⁷ F. SUDRE, « La mystification du "consensus" européen », op. cit., p. 2294, § 4.

"aléatoire"¹⁴⁶⁸, aux "résultats imprévisibles"¹⁴⁶⁹, "masque du pouvoir discrétionnaire du juge européen"¹⁴⁷⁰ – que des juges eux-mêmes - ainsi Françoise TULKENS, qui dénonce "le flou qui, de plus en plus, entoure l'usage et la mise en œuvre du consensus européen" »¹⁴⁷¹. M. SUDRE démontre ainsi l'existence d'arrêts apocritiques, niant d'abord et affirmant ensuite l'existence d'un consensus européen¹⁴⁷². Il illustre des arrêts qui ignorent le consensus¹⁴⁷³ en le minimisant ou en considérant qu'il n'est pas pertinent afin de décider de la marge d'appréciation à laisser aux États, des arrêts qui transmutent le consensus existant en une absence de consensus¹⁴⁷⁴, pour laisser ainsi aux États une marge d'appréciation là où elle aurait dû relever l'existence d'un clair consensus européen. L'auteur montre également une oscillation entre les arrêts dans lesquels l'existence d'une communauté de vues au sein des États membres du Conseil de l'Europe n'est qu'un simple facteur pertinent¹⁴⁷⁵ et les arrêts dans lesquels cette considération est l'élément déterminant¹⁴⁷⁶, permettant à la Cour de trancher. L'auteur remarque que la Cour considère que le consensus est un élément déterminant lorsqu'elle considère que ce dernier ne peut pas être caractérisé. Cela lui permet ainsi de laisser une ample marge d'appréciation au législateur¹⁴⁷⁷. Inversement, lorsque la Cour considère que le

¹⁴⁶⁸ L'auteur cite B. PASTRE-BELDA, « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », *RTDH*, 2015, n° 101, pp. 89-113, spéc. p. 92.

¹⁴⁶⁹ L'auteur cite G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Cour européenne des droits de l'homme*, Némésis-Anthémis, Liège, 2014, p. 117.

¹⁴⁷⁰ L'auteur cite son article F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I, doc. n° 335, pp. 1365-1368.

¹⁴⁷¹ F. SUDRE, « La mystification du "consensus" européen », *op. cit.*, p. 2295, § 6.

¹⁴⁷² Ainsi CEDH, Gr. Ch., 5 juin 2015, *Lambert c. France*, req. 46043/14, *JCP G*, 2015, p. 805, n. F. Sudre, *Dr. fam.*, 2015, comm. 180, n. J. -R. Binet, *D.*, 2015, p. 1625, n. F. Vialla, *AJDA*, 2015, p. 1732, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

¹⁴⁷³ L'auteur cite les arrêts CEDH, 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n° 25579/05 ; CEDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, req. n° 57813/00 ; CEDH, Gr. Ch., 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, req. n° 42202/07 ; CEDH, Gr. Ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, req. n° 42857/05.

¹⁴⁷⁴ Ainsi, les arrêts CEDH, Gr. Ch., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98, *Dr. fam.*, 2003, comm. 58, n. P. Murat, *JCP G*, 2003.II.10049, n. A. Gouttenoire, F. Sudre, *AJDA*, 2003, p. 603, chron. J.-F. Flauss, *D.*, 2003, p. 739, chron. B. Mallet-Bricout, *RDSS*, 2003, p. 219, n. F. Monéger, *RTD civ.*, 2003, p. 276, obs. J. Hauser ; CEDH, Gr. Ch., 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n° 43835/11.

¹⁴⁷⁵ CEDH, Gr. Ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, req. n° 42857/05, préc.

¹⁴⁷⁶ CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04, *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. Flauss, *D.*, 2010, p. 604, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat, *RFDA*, 2009, p. 741, étude S. Peyrou-Pistouley, *AJ pénal*, 2009, p. 81, obs. G. Roussel, *RSC*, 2009, p. 182, obs. J.-P. Marguénaud.

¹⁴⁷⁷ L'auteur répertorie les domaines dans lesquels la Cour a considéré que les États avaient une large marge d'appréciation, à savoir l'avortement, le recours à la FIV, l'exposition de crucifix dans les salles de classe de l'école publique, l'obligation de témoignage en matière pénale des partenaires non enregistrés, la liberté syndicale des ministres du culte, le port du foulard islamique dans l'espace public, l'autorisation du mariage homosexuel et la reconnaissance de changement de sexe, l'arrêt d'un traitement médical ayant pour conséquence d'entraîner la mort du malade, le don d'embryons à des fins de recherche scientifique, la qualification juridique l'entrave à la circulation routière sur une autoroute publique et la responsabilité pénale des journalistes du fait d'infractions commises au cours d'une manifestation, V. F. SUDRE, « La mystification du "consensus" européen », *op. cit.*, p. 2294, §5.

consensus n'est pas un élément déterminant, elle le fait dans le but de limiter la marge d'appréciation laissée aux États¹⁴⁷⁸.

677. Monsieur SUDRE met parallèlement en exergue des manifestations dans lesquelles l'absence de consensus est contournée¹⁴⁷⁹. Tel est le cas dans l'affaire *Mennesson c. France*¹⁴⁸⁰ touchant à un domaine soulevant des questions d'ordre éthique et justifiant la nécessité de minimiser l'importance de l'absence d'un consensus afin de limiter la marge d'appréciation laissée aux États. Tel est également le cas dans les affaires où, malgré l'absence d'un consensus au niveau des États membres du Conseil de l'Europe, la Cour arrive à déduire l'existence d'un tel accord des *tendances* se dessinant dans le panorama européen¹⁴⁸¹, bien que le nombre des États participant à ce mouvement soit minoritaire¹⁴⁸² ou fortement minoritaire¹⁴⁸³. Elle relève également l'existence de *tendances internationales*¹⁴⁸⁴ créées en s'appuyant sur l'existence d'autres instruments internationaux qu'elle sélectionne elle-même et qu'elle combine à sa jurisprudence antérieure et à la pratique des États¹⁴⁸⁵. L'auteur relève cependant qu'« il y a "tendance" et "tendance", selon que la Cour veut ou non mettre à jour un hypothétique "consensus" lui permettant de limiter la marge d'appréciation de l'État et faire pencher la balance des intérêts... du bon côté »¹⁴⁸⁶.



678. Nous partageons ainsi l'avis de l'auteur lorsqu'il considère que le juge européen « instrumentalise le "consensus" selon qu'il entend préserver ou réduire la marge d'appréciation de l'État au vu de la fin qu'il poursuit »¹⁴⁸⁷. Il nous sera permis d'ajouter une pierre à l'édifice

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 2297, §§ 18-20. L'auteur cite les arrêts CEDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni*, req. n° 74025/01, RSC, 2006, p. 662, chron. F. Massias, AJDA, 2006, p. 466, chron. J.-F. Flauss ; CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, préc.

¹⁴⁷⁹ F. SUDRE, « La mystification du "consensus" européen », *op. cit.*, p. 2297, § 17.

¹⁴⁸⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* n° 65192/11, préc.

¹⁴⁸¹ F. SUDRE, « La mystification du "consensus" européen », *op. cit.*, p. 2297, § 21-25.

¹⁴⁸² Comme cela était le cas dans l'affaire CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari c. Italie*, req. n° 18766/11 et 36030/11, préc.

¹⁴⁸³ Comme cela était le cas dans l'affaire CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos c. Grèce*, req. n° 29381/09, préc.

¹⁴⁸⁴ F. SUDRE, « La mystification du "consensus" européen », *op. cit.*, p. 2298, § 26-30.

¹⁴⁸⁵ *Idem.*, p. 2298, § 27. L'auteur cite à cet égard l'arrêt CEDH, Gr. Ch. 12 novembre 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*, req. n° 34503/97 ; CEDH, Gr. Ch., 17 sept. 2009, *Scoppola c. Italie* (n° 2), req. n° 10249/03 ; CEDH, 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 ; CEDH, Gr. Ch., 9 juill. 2013, *Vinter c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09.

¹⁴⁸⁶ F. SUDRE, « La mystification du "consensus" européen », *op. cit.*, p. 2298, § 24.

¹⁴⁸⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 147, p. 224.

en montrant qu'une telle subjectivité dans l'emploi de la notion du consensus en application des règles d'égalité en matière familiale est orientée par la conception de la famille de la Cour.

II) L'inégale importance du consensus européen

679. Les aurores de la jurisprudence de la Cour relative notamment à l'égalité des enfants et des époux pouvaient donner une impression de « course » vers l'égalité découlant du haut niveau d'exigence des justifications des discriminations posé par la Cour **(A)**. L'élargissement de l'analyse de la jurisprudence relative aux interdictions des discriminations permet toutefois de remettre en cause une telle hypothèse. Il apparaîtra en effet que la Cour suit une méthodologie différente selon l'étendue des droits qu'elle envisage pour chaque catégorie juridique relevant de la notion de « vie familiale » **(B)**. Nous sommes ainsi d'avis que la Cour sélectionne la méthodologie de contrôle du respect des règles d'égalité qu'elle va employer afin de dessiner plus finement la conception de la famille dont elle brosse les contours à travers l'application, notamment, de l'article 8. Dans ce sens, alors, l'interdiction des discriminations devient un outil permettant à la Cour de déterminer ce que la « famille » peut ou doit être dans son optique. Il n'est pas possible de considérer que les exigences substantielles d'égalité qui en découlent sont le fruit d'une analyse objectivable et qu'elles peuvent donc avoir une vocation universelle.

A) La poursuite de l'égalité

680. Les premières applications des règles d'égalité par la Cour européenne des droits de l'homme concernaient l'interdiction des discriminations en raison de la naissance et du sexe, et plus particulièrement, l'égalité de traitement des enfants **(1)** et des époux **(2)**. Ces arrêts laissaient transparaître une ferme volonté d'éliminer les différences de traitement. Nous verrons toutefois par la suite qu'une telle neutralité dans la poursuite de l'élimination des discriminations n'était qu'apparente, cette volonté égalisatrice correspondant elle-même à une certaine conception de la famille.

1) L'égalité des enfants

681. Dans l'affaire *Marckx*, lors de l'analyse de la conformité aux articles 8 et 14 de la différence des modes d'établissement de la filiation maternelle des enfants nés dans et hors mariage en droit belge, la Cour a recherché l'existence d'un consensus relatif à la progression

de l'égalité des enfants dans ce domaine¹⁴⁸⁸. Or, comme nous l'avons vu concernant l'évolution des droits étatiques de la famille, l'admission de l'identité de traitement implique de renoncer à favoriser la famille traditionnelle. La protection et la promotion d'une telle famille impliquent, en effet, précisément de défavoriser les autres formes familiales.

682. La Cour parvient dans l'affaire *Marckx* à conclure à l'existence d'un tel consensus¹⁴⁸⁹. C'est sur cette base qu'elle a restreint la marge d'appréciation de l'État belge et considéré finalement que la protection de la famille traditionnelle n'était pas proportionnée par rapport à l'atteinte portée à l'égalité des enfants¹⁴⁹⁰. Cependant, le raisonnement suivi par la Cour, concluant à l'existence d'un consensus, est critiquable. Cela permet de dévoiler la volonté de la Cour de pousser vers une vision plurielle de la famille dans un contexte européen qui s'en écartait encore largement. La Cour souligne en effet que « le droit interne de la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents, vers la consécration juridique intégrale de l'adage "mater semper certa est" »¹⁴⁹¹. L'arrêt ne cite toutefois pas les législations en question. Il est uniquement possible de trouver, dans la décision de la Commission,¹⁴⁹² une référence de la requérante aux législations néerlandaise, allemande, française, italienne et des pays scandinaves ayant « totalement ou presque » aboli les différences de traitement des enfants nés dans et hors mariage. Or, dans les législations française et italienne, les évolutions vers l'égalité dans l'établissement de la filiation maternelle n'auront lieu qu'au cours du XXI^e siècle¹⁴⁹³. La Cour citera également la Suisse et l'Allemagne au titre des États dont les législations avaient évolué vers l'égalité des enfants¹⁴⁹⁴, mais aucune législation n'a été spécifiquement mentionnée relativement à l'abandon des différences dans l'établissement de la maternité. La partialité des réformes mises en œuvre et que nous avons pu étudier relativement aux anciennes législations française et italienne de la famille¹⁴⁹⁵ a notamment été passée sous silence par la Cour.

683. La Cour s'appuie ensuite sur la Convention de Bruxelles du 12 septembre 1962 *sur l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels* et sur la Convention européenne du 15 octobre 1975 *sur le statut juridique des enfants nés hors mariage*¹⁴⁹⁶. Elle souligne que

¹⁴⁸⁸ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, §§ 40-41, préc.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, § 41.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, §§ 41 et 43.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, § 41.

¹⁴⁹² Comm. EDH, 29 septembre 1975, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, p. 120.

¹⁴⁹³ V. *supra*, § 450 et s.

¹⁴⁹⁴ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, § 41, préc.

¹⁴⁹⁵ V. *supra*, § 497 et s.

¹⁴⁹⁶ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, § 41, préc.

ces instruments avaient, à l'époque, été ratifiés seulement par quatre États. Elle tire néanmoins de la seule entrée en vigueur de ces conventions la réalité de l'évolution vers l'égalité des modes d'établissement de la maternité¹⁴⁹⁷.

684. Le consensus ainsi déduit par la Cour était loin de correspondre à l'état réel d'avancement vers l'égalité des États. Nous avons en effet pu voir qu'elle faisait, en réalité, face à une Europe qui désirait accroître la protection de l'intérêt de l'enfant né hors mariage, certes. Cela n'était néanmoins accepté que dans la mesure où les États pouvaient continuer à promouvoir la famille fondée sur le mariage¹⁴⁹⁸ à travers le maintien des autres inégalités.



685. La volonté de caractériser ce consensus européen, qui a permis à la Cour de réduire la marge d'appréciation des États, manifeste deux différentes finalités poursuivies par la Cour. La première est la réelle volonté de pousser les États vers l'élimination des discriminations. La deuxième est en revanche la volonté de promouvoir un pluralisme familial et notamment la pleine reconnaissance de la famille axée autour de l'enfant en tant qu'alternative à la famille fondée sur le mariage du couple, ce qui présupposait l'élimination de la faveur pour les naissances dans le mariage.

686. Cette dualité est confirmée par l'arrêt *A et A c. Pays-Bas*¹⁴⁹⁹ qui montre que la course vers l'égalité s'arrête là où elle ne correspond pas à la conception de la famille protégée. L'affaire, soumise à la Commission pour qu'elle statue sur sa recevabilité, concernait un enfant issu d'un premier mariage avant que le père ne se marie une seconde fois à l'étranger, aux Pays-Bas. Le père y résidait avec la seconde épouse et les enfants nés de ce mariage. L'enfant né du premier mariage s'est vu refuser le permis de séjour aux Pays-Bas demandé par son père puisque dans ce pays la polygamie faisait l'objet d'une interdiction d'ordre public. La violation des articles 8 et 14 combinés était alléguée sur la base de la différence de traitement dont l'enfant né d'un

¹⁴⁹⁷ Le même procédé sera suivi par la Cour dans l'arrêt *Johnston c. Irlande* (CEDH, Gr. Ch., 18 décembre 1986, req. n° 9697/82, § 74, préc.) dans une affaire relative à l'impossibilité de divorcer pour un couple dont l'un des membres a par la suite souhaité se remarier. Une telle impossibilité empêchait le couple de conférer à l'enfant né de cette union le statut d'enfant légitime et la législation ne permettait pas au parent de l'adopter, ce qui privait l'enfant de droits successoraux. La Cour analyse le caractère inégalitaire des dispositions en cause dans le cadre de l'analyse de conformité à l'art. 8. Elle décidera par la suite de ne pas devoir trancher séparément la question de la conformité aux articles 8 et 14.

¹⁴⁹⁸ Tels sont les résultats de l'analyse des législations française et italienne antécédentes à l'influence européenne, en sachant que les législations de ces deux pays ne présentaient pas d'asynchronie par rapport à la tendance des autres pays européens, ayant pour la plupart amélioré la situation des enfants nés hors mariage mais n'ayant égalisé que partiellement les statuts de ces catégories.

¹⁴⁹⁹ Comm. EDH, 6 janvier 1992, *A et A c. Pays-Bas* (déc.), req. n° 14501/89.

mariage par la suite devenu polygamique faisait l'objet, par rapport à un enfant issu d'un mariage monogamique. La Commission a cependant considéré que la différence de traitement était justifiée en considérant l'interdiction de la polygamie comme étant prévue par la loi et nécessaire « afin de garantir le bien-être économique du pays » et notamment à « la bonne exécution des contrôles d'immigration ». Elle a donc déclaré la requête irrecevable. Rappelons que la même année, dans la décision *Bibi c. Royaume-Uni*¹⁵⁰⁰ l'interdiction de la polygamie permettra de justifier la différence de traitement dont la seconde épouse polygamique a fait l'objet par rapport à l'épouse monogamique. Celle-ci s'était en effet vue interdire l'accès au territoire britannique dans le but de prévenir la création de mariages polygamiques¹⁵⁰¹.



687. La course vers l'égalité des enfants était ainsi poussée par la volonté de protéger une certaine conception de la famille. La preuve en a été donnée par le fait que là où l'égalité des enfants empêchait de protéger cette conception, la justification de la discrimination a été admise.

La course vers l'égalité des époux était également poussée par la conception de la famille et plus exactement par la volonté de refuser la conception traditionnelle de la famille.

2) L'égalité des époux

688. L'hypothèse de la volonté de la Cour de pousser les États vers l'élimination des discriminations indépendamment de toute volonté de définir une nouvelle conception de la famille pourrait à première vue trouver une confirmation par l'intransigeance avec laquelle la Cour, depuis l'origine, a traité les législations distinguant les traitements réservés aux hommes et aux femmes dans leurs rôles d'époux et d'épouses. La Cour a été appelée à se prononcer pour la première fois sur la compatibilité aux articles 8 et 14 de telles différences de traitement dans

¹⁵⁰⁰ Comm. EDH, 29 juin 1992, *Bibi c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 19628/92.

¹⁵⁰¹ En 2010, le même fondement permettra de justifier une atteinte à la vie familiale. Dans la décision CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat c. Malte* (déc.), req. n° 38797/07, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 665, n. L. d'Avout, la Cour a déclaré une autre requête inadmissible en considérant que l'interdiction de monogamie justifiait la lésion du droit à la vie privée et familiale. En l'espèce les autorités maltaises refusaient de reconnaître un mariage conclu à l'étranger ayant duré près de vingt ans après la dissolution de la précédente union à l'étranger, en raison du refus que Malte opposait à la reconnaissance de ce divorce. La requérante se plaignait également d'avoir subi une différence de traitement fondée sur la religion. La Cour considère cependant que la raison pour laquelle la reconnaissance du second mariage a été refusée était l'absence de dissolution du premier mariage et non parce qu'elle s'était mariée selon la religion musulmane. La différence n'était donc pas fondée sur le critère de la religion. La Cour relève enfin que le traitement dont la femme avait fait l'objet n'avait pas été arbitraire puisqu'aucune femme se trouvant dans la même situation ne voyait reconnue sa seconde union.

l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*¹⁵⁰². Il était question d'une législation prévoyant des règles plus restrictives pour l'immigration des hommes que des femmes dans ce dernier pays. Le gouvernement justifiait cette norme par l'existence d'une pénurie de travail et par le fait que les hommes avaient plus tendance que les femmes à chercher un emploi¹⁵⁰³. Dans cette affaire, la Cour a déduit que la marge d'appréciation des États pouvait être réduite du fait que « la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe »¹⁵⁰⁴, sans que la Cour ne détaille l'origine de son affirmation et sans faire état des droits positifs des États contractants à cette époque.

689. Cet arrêt allait d'ailleurs s'inscrire dans une mouvance plus large. En effet, toute législation assignant au mari une place de prééminence par rapport à son épouse, distinguant les rôles des époux ou insistant sur la différente sensibilité des deux sexes, sera systématiquement sanctionnée à partir de cet arrêt¹⁵⁰⁵.



690. Il paraîtrait ainsi ressortir de l'analyse que l'importance même de l'objectif de l'élimination des discriminations était l'élément motivant la révision de la vision traditionnelle de la famille. Cette analyse est toutefois partielle. L'élargissement du champ d'études à d'autres analyses de discriminations opérées par la Cour en matière familiale nous permet en effet de mettre en lumière une sensible variabilité du niveau d'exigence de justification des discriminations posé par la Cour. Il apparaîtra que la *ratio* guidant le choix du standard approprié par la Cour ne réside pas dans le critère de discrimination invoqué, ni dans les efforts de justification des gouvernements, mais dans la conception de la famille que la Cour fait sienne. Cela nous permettra ainsi de démontrer l'insuffisance de la consécration des règles d'égalité, ainsi que du contrôle de conformité à ces règles, à dicter des modifications de la conception de la famille autres que celles qui sont voulues. Aucune différence de traitement n'a en effet été éliminée lorsque la conception de la famille adoptée par la Cour supposait le maintien d'une différence de traitement.

¹⁵⁰² CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n°s 9214/80, 9473/81 et 9474/81, préc., *GACEDH*, n° 4.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, § 75.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, § 78.

¹⁵⁰⁵ V. parmi les premiers arrêts de la CEDH : CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, req. n° 14518/89, préc. ; CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90, préc. ; CEDH, 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, req. n° 20060/927, préc.

B) La poursuite d'une conception de la famille propre à la CEDH

691. L'élargissement de l'étude aux arrêts appliquant des dispositions d'égalité consacrées par la Convention européenne des droits de l'homme autres que les prohibitions des discriminations en raison de la naissance et du sexe permet de démontrer que la neutralité des applications des règles d'égalité, ainsi que la volonté de la Cour de lutter contre les différences de traitement, n'était qu'apparente. L'ancienne jurisprudence relative à l'égalité des parents indépendamment de leur sexe **(1)**, ainsi que la jurisprudence relative aux homosexuels pris en tant qu'individus ou en tant que membres d'un couple **(2)** permet, en effet, de mettre en lumière une sélection des méthodes de contrôle de la Cour, relativement aux applications des articles 8 et 14 et de l'article 12 de la Convention, subordonnée au résultat escompté, à savoir la protection de conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme.

1) Mise en perspective avec l'égalité des hommes et des femmes dans leur rôle de parent

692. L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre que celle-ci accepte ou refuse les justifications des discriminations avancées par les États selon qu'elles sont conformes ou contraires à sa conception de la famille. Une première preuve en est fournie par le fait que les analyses de la justification que la Cour opère n'ont pas été les mêmes selon que la discrimination en raison du sexe était invoquée relativement à l'assignation d'un rôle aux époux et aux épouses ou relativement à l'assignation d'un rôle aux pères et aux mères. Comme nous l'avons vu, la Cour a été intransigente dans la sanction des législations distinguant la vision de l'époux et de l'épouse. Néanmoins, des conclusions fort éloignées d'une course vers l'égalité se dégagent de l'analyse des différences de traitement des deux sexes, pris dans les rôles respectifs que certaines législations nationales leur attribuaient en tant que parents¹⁵⁰⁶.

693. Dans l'arrêt *Rasmussen*¹⁵⁰⁷ rendu en 1984, relatif à la différence existant dans les délais de contestation de la paternité par le père et par la mère, la Cour a analysé l'état du droit dans

¹⁵⁰⁶ Cela conforte l'idée de la « sexospécificité » de la filiation que Madame DIONISI-PEYRUSSE et Monsieur PICHARD relèvent en droit français. De ce point de vue, « on ne saurait définir de manière absolument identique maternité et paternité dès lors que, à la différence de la mère, le père ne saurait être défini par l'accouchement » (A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », *op. cit.*, p. 50).

¹⁵⁰⁷ CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, préc., JDI, 1986, p. 1074, n. P. Tavernier.

la législation en vigueur au Danemark jusqu'à la réforme survenue en 1982 venant égaliser le traitement des parents en la matière. La Cour relève qu'il n'existait pas de dénominateur commun relativement à l'égalité des délais de l'action par le père ou par la mère, ce dont elle déduisait que la marge d'appréciation des États demeurait large¹⁵⁰⁸. Quant à la justification invoquée par le Gouvernement, la Cour a affirmé que les États étaient en droit de considérer que la différence « se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant »¹⁵⁰⁹. La différence de traitement des pères et des mères se justifiait ainsi, car « les intérêts de la mère rejoignaient d'ordinaire ceux de l'enfant dont, dans la majorité des cas de divorce ou de séparation, elle se voyait attribuer la garde »¹⁵¹⁰. La Cour n'a ainsi pas contesté le caractère discriminatoire de la justification elle-même, l'attribution préférentielle de la garde de l'enfant aux mères n'étant alors pas contestée. La différence d'une telle position par rapport à celle que la Cour adoptait concernant l'égalité des hommes et des femmes en tant qu'époux est ainsi flagrante. La Cour aurait pu, comme dans ce dernier domaine, restreindre la marge d'appréciation des États en se fondant sur l'importance de la progression vers l'égalité des sexes, sur l'existence d'un nombre important de Conventions internationales, ou sur l'existence d'une évolution des législations nationales vers l'égalité, argument utilisé dans l'arrêt *Marckx*¹⁵¹¹. Le choix, au contraire, d'assouplir le degré de justification exigé, montre un emploi des méthodes de justification des discriminations en fonction de ce que commande de la conception de la famille. À l'époque, la hiérarchisation des rôles au sein du couple n'était pas admise, tandis que la vision des rôles parentaux demeurait distincte, la mère étant en principe considérée être le parent le plus à même de protéger l'intérêt de l'enfant. C'est donc cette image du rôle respectif des parents qui a motivé l'analyse de la violation des articles 8 et 14 de la CESDH opérée par la Cour.

694. Une telle distinction dans la sexuation des rôles parentaux n'a été clairement abandonnée que deux décennies plus tard. Dans l'arrêt *Petrovic*¹⁵¹² rendu en 1998 en effet, la Cour ne s'est pas prononcée sur la conformité à l'intérêt de l'enfant de l'exclusion des pères au bénéfice du congé parental. Elle s'était bornée à constater l'absence d'un consensus européen sur le sujet.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, §§ 39-41.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, § 41.

¹⁵¹⁰ *Idem.*

¹⁵¹¹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

¹⁵¹² CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n° 20458/92, RDSS, 1999, p. 599, n. F. Monéger, *D*, 1999, 141, n. J.-P. Marguénaud, J. Mouly.

Ce ne sera qu'à partir de l'arrêt *Weller*¹⁵¹³, rendu en 2009, et de l'arrêt *Zaunegger*¹⁵¹⁴, que la Cour affirmera clairement l'égalité des pères et mères, respectivement, en matière de congé parental et d'autorité parentale, et sanctionnera les traitements discriminatoires.



695. Les méthodes d'analyse de la justification de la discrimination en raison du sexe ont ainsi été choisies dans le but d'aboutir, au fil du temps, à un résultat conforme à la conception du rôle des parents aux yeux de la Cour. Or, l'étude de la jurisprudence montre que ce dernier était différencié par les juges là où la protection de sa conception de la famille de l'époque commandait de la conserver. La variabilité des méthodes de contrôle du respect des règles d'égalité se confirme également dans l'analyse de la jurisprudence relative à la réclamation de l'égalité de traitement par les individus et les couples homosexuels.

2) Mise en perspective avec la jurisprudence relative aux discriminations en raison de l'orientation sexuelle

696. Les standards de contrôle employés par la Cour pour décider de la conformité de la différence de traitement aux discriminations en raison de l'orientation sexuelle du couple ont évolué avec le temps.

Il est possible de mettre en lumière que cette évolution a été dictée par la volonté d'employer des techniques de contrôle du respect des articles 8 et 14 combinés **(a)** et 12 **(b)** de la Convention, permettant à chaque époque de protéger le couple de même sexe jugée nécessaire, et n'allant pas au-delà de cette mesure de la nécessité, conformément à la conception de la famille adoptée par la Cour.

¹⁵¹³ CEDH, 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, req. n° 44399/05, *JCP G*, 2009, p. 143, n. F. S. Suivi par les arrêts CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n° 30078/06, préc., et CEDH, 2 octobre 2012, *Hulea c. Roumanie*, req. n° 33411/05, préc.

¹⁵¹⁴ CEDH, 3 décembre 2009, *Zaunegger c. Allemagne*, req. n° 22028/04, *AJ fam.*, 2010, p. 434, obs. M. Felgentrager, *JCP*, 2010.I.839, obs. G. Kessler, *RTD civ.*, 2010, p. 773, n. J. Hauser, *JCP G*, 2010, p. 908, n. J. Jehl. Suivi par l'arrêt CEDH, 3 février 2011, *Sporer c. Autriche*, req. n° 35637/03.

a) L'évolution de la conception de la famille de la CEDH au prisme des articles 8 et 14 combinés

697. L'analyse de la jurisprudence relative à la protection des couples de même sexe par le biais des articles 8 et 14 combinés permet de mettre en lumière une ancienne conception hétéronormée de la famille protégée en ayant recours à l'analyse du consensus européen selon un critère quantitatif **(i)**. Le détachement partiel de cette conception ainsi que la volonté de poser des limites à cette évolution se sont manifestés par un double changement de méthodes de contrôle **(ii)**.

i) Une ancienne conception hétéronormée de la famille

698. **L'ancienne correspondance de la vision hétéronormée de la famille de la CEDH au consensus européen.** - L'asservissement des mécanismes propres aux différentes dispositions d'égalité et à leurs dérogations à la vision évolutive de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme permet de confirmer notre théorie de l'existence d'un lien intime unissant les contrôles du respect des interdictions des discriminations opérés par la Cour, ici, celles fondées sur l'orientation sexuelle, et sa vision de la famille.

699. Nous avons précédemment vu que la Cour a, dans un premier temps, imposé une conception hétéronormée de la famille à travers l'exclusion induite des couples de même sexe de la notion de vie familiale¹⁵¹⁵. Pour rappel, la Cour avait abouti à ce résultat en taisant la généralité de l'article 8 entendue comme indifférenciation de ses destinataires, alors que cette caractéristique avait été employée pour exiger l'élimination des différences de traitement des enfants nés dans et hors mariage. Cela nous a permis de montrer l'absence de volonté de la part de la Cour de pousser vers une conception de la famille englobant le couple de même sexe. La situation des personnes homosexuelles était toutefois appréhendée sous l'angle de la notion de vie privée, notion couvrant, dans la jurisprudence de la Cour, la question de la création d'une famille¹⁵¹⁶. C'est dans ce cadre que le contrôle du respect de l'interdiction des discriminations a commencé. La Cour a, pendant des années, suivi l'évolution des législations nationales afin de vérifier l'existence d'un consensus européen. Cela ressort des arrêts précités *Salgueiro da*

¹⁵¹⁵ V. *supra*, § 698 et s.

¹⁵¹⁶ Ce que la Cour a précisé, e.a., dans les arrêts CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, § 31, préc. ; CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n°s 9214/80, 9473/81 et 9474/81, préc., § 62 ; CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, préc., § 32.

*Silva Mouta*¹⁵¹⁷, rendu en 1999, concernant un refus d'attribuer l'autorité parentale au père en raison de son orientation sexuelle, de l'affaire *Mata Estevez*¹⁵¹⁸, datant de 2001, dans lequel le concubin homosexuel survivant réclamait la pension de survivant réservée par la loi espagnole au conjoint, ainsi que de l'arrêt *Frette*¹⁵¹⁹ rendu en 2002, concernant le refus de prononcer une adoption au profit d'un célibataire homosexuel. Dans l'ensemble de ces cas, la Cour a considéré qu'en l'absence d'un consensus européen, la marge d'appréciation des États demeurerait large. Ici, l'analyse du consensus n'a pas été brusquée par la Cour et a été fondée, comme cela est censé être toujours le cas¹⁵²⁰, sur un critère quantitatif, en recherchant la proportion d'États attribuant ou non le droit en cause aux individus homosexuels.

700. Le fait pour la Cour d'avoir recherché et constaté l'absence d'un consensus européen s'inscrit dans la ligne des choix tournés vers la protection d'une ancienne conception hétéronormée de la famille. Il convient en effet de rappeler nos constatations précédentes. Dans d'autres domaines, tels que l'égalité des enfants et des époux, la Cour n'a pas véritablement recherché combien d'États parties au Conseil de l'Europe avaient éliminé les différences de traitement entre enfants ou entre époux. Elle ne s'est donc pas fondée sur le critère quantitatif, mais qualitatif, afin d'établir l'existence du consensus. L'importance de la poursuite de l'égalité avait notamment été le critère amenant la Cour à considérer qu'un consensus existait. Or, relativement à l'égalité des couples homosexuels et hétérosexuels, la Cour n'emploie pas le critère qualitatif. Cette différence dans le standard de contrôle employé dévoie ainsi la volonté, désormais dépassée, de conserver une vision hétéronormée de la famille.

Des indices en matière d'accès à la parenté des individus et des couples homosexuels viennent corroborer cette analyse.

701. **Une vision hétéronormée de l'accès à la parenté.** - Nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer que l'arrêt *Gas et Dubois*¹⁵²¹ laisse imaginer une vision hétéronormée de l'accès à la parenté concernant l'enfant à naître¹⁵²². Rappelons que cette affaire concernait, entre autres,

¹⁵¹⁷ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96, *RTD civ.*, 2000, p. 313, obs. J. Hauser, *AJDA*, 2000, p. 526, chron. J.-F. Flauss, *JCP*, 2000.I.203, chron. F. Sudre, *Dr. fam.*, 2000, comm. n°45, obs. A. Gouttenoire-Cornut.

¹⁵¹⁸ CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne* (déc.), req. n° 56501/00, CEDH 2001-VI, préc.,.

¹⁵¹⁹ CEDH, 26 février 2002, *Frette c. France*, req. n° 36515/97, *D.*, 2002, p. 2024, obs. F. Granet et C. Courtin, *AJDA*, 2002, p. 401, n. I. Poirot-Mazères, *RTD civ.*, 2002, p. 280, obs. J. Hauser, *JCP G*, 2002, p. 1074, n. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre.

¹⁵²⁰ *V. supra*, §§ 674-675.

¹⁵²¹ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, . A. Dionisi-Peyrusse, *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc, *RTD civ.*, 2012, p. 275, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2012, p. 589, n. A. Gouttenoire et F. Sudre.

¹⁵²² *V. supra*, § 663 et s.

l'exclusion des couples homosexuels, notamment des couples de femmes, des techniques d'aide médicale à la procréation.

702. Auparavant, dans l'affaire *Fretté*¹⁵²³, la Cour avait été confrontée au refus des autorités françaises de prononcer une adoption en raison de l'orientation sexuelle de l'adoptant. À cette occasion, elle avait considéré que l'absence d'accord de la communauté scientifique relativement aux conséquences sur le développement de l'enfant de son accueil par un ou des parents homosexuels, ainsi que l'absence d'un consensus européen, justifiait la discrimination en raison de l'orientation sexuelle du requérant¹⁵²⁴. En d'autres termes, il n'était pas certain que, dans l'optique de la Cour, l'adoption d'un enfant par un individu ou par un couple homosexuel correspondait à l'intérêt de l'enfant.

703. L'arrêt *E.B. c. France*¹⁵²⁵ posant de nouveau, avec six ans d'écart, la question de l'arrêt *Fretté*, ne permettait pas de remettre en cause un tel constat. Le gouvernement français soutenait uniquement à cette occasion que le refus d'adoption d'un enfant de la part de Madame E.B. n'avait pas pour fondement son orientation sexuelle¹⁵²⁶. Il n'a en revanche pas argué, à la différence du cas *Fretté*¹⁵²⁷, que l'adoption aurait été contraire à l'intérêt de l'enfant. En l'absence de justifications invoquées par le gouvernement de la discrimination relevée par les juges, la Cour a ainsi naturellement conclu à la violation des articles 8 et 14. Dans cet arrêt la Cour n'a ainsi pas été amenée à se prononcer sur la conformité à l'intérêt de l'enfant de son insertion dans une famille mono ou biparentale homosexuelle. Il est cependant possible d'imaginer que, dans ce cas, la Cour n'aurait pas conclu à la violation des articles 8 et 14 de la CESDH. Cela a été par ailleurs confirmé par la suite dans l'arrêt *X et autres c. Autriche*¹⁵²⁸. La Cour a considéré que l'exclusion des couples homosexuels de l'adoption homoparentale avait pour but la protection de la famille traditionnelle et que la différence de traitement n'était pas

¹⁵²³ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, préc.

¹⁵²⁴ *Idem.*, §§ 39-43.

¹⁵²⁵ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n° 43546/02, *RTD civ.*, 2008, p. 249, n. J.-P. Marguénaud, *D.*, 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *RDSS*, 2008, p. 380, obs. C. Neirinck, *RJPF*, 2008, p. 22, n. S. Valory, *LPA*, 2008, p. 9, comm. F. Chaltiel, *JCP G*, 2008.II.10071, n. A. Gouttenoire et F. Sudre, *RTD fam.*, 2008, p. 942, n. G. Ruffieux, *AJDA*, 2008, p. 978, n. J.-F. Flauss, *AJ fam.*, 2008, p. 118, obs. F. Chénédé, *D.*, 2008, p. 2038, n. E. Royer, *RTD civ.*, 2008, p. 249, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2008.II.10071, n. A. Gouttenoire et F. Sudre.

¹⁵²⁶ *Idem.*, §§ 36-40.

¹⁵²⁷ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, § 36, *D.*, 2002, p. 2024, obs. F. Granet et C. Courtin, *AJDA*, 2002, p. 401, n. I. Poirot-Mazères, *RTD civ.*, 2002, p. 280, obs. J. Hauser, *JCP G*, 2002, p. 1074, n. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre.

¹⁵²⁸ CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07, *RTD civ.*, 2013, p. 329, obs. J.-P. Marguénaud, *D.*, 2013, p. 502, obs. I. Gallmeister, *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2013, p. 227, obs. F. Chénédé, *Dr. fam.*, 2013, comm. 53, n. C. Neirinck.

nécessaire afin d'atteindre un tel but. La Cour applique ici, à la question de la parenté adoptive, le nouveau standard de contrôle qu'elle avait commencé à employer depuis d'arrêt *Karner*¹⁵²⁹ en 2003, au sujet de la reconnaissance juridique des couples de même sexe.



704. Il ressort de ce qui précède que la Cour adoptait par le passé une conception hétéronormée de la famille. Si elle conserve cette posture au regard des enfants à naître, il en va autrement concernant les autres aspects de la matière familiale. Cette évolution a commencé avec l'arrêt *Karner* précité qu'il convient de présenter.

ii) L'abandon progressif de la conception hétéronormée de la famille

705. En 2003, dans le cadre de l'affaire *Karner*¹⁵³⁰, la Cour a radicalement changé d'approche relativement aux discriminations des couples homosexuels non mariés. La Cour a durci à cette occasion les exigences de justification des discriminations à l'encontre des homosexuels et a remplacé le critère de la proportionnalité de la mesure par le critère de la nécessité de cette dernière. Ce faisant, la Cour a manifesté une certaine volonté de sanctionner la protection de la vision traditionnelle de la famille (**α**). Il existe néanmoins des cas où la Cour a dû taire le standard ici appliqué en raison du fait que son application généralisée aurait amené une évolution de la conception de la famille plus ample que celle qui était souhaitée par la Cour (**β**).

α) Le refus de protéger la conception traditionnelle de la famille

706. **La nécessité de la mesure, nouveau paramètre de contrôle.** - La jurisprudence rendue dans la dernière décennie est caractérisée par une prise en compte variable du consensus européen en fonction des droits des homosexuels en cause et de la conception de la famille que l'octroi de ces droits véhicule. La protection de la vision traditionnelle de la famille paraît irrémédiablement condamnée par la Cour à travers l'introduction de la « nécessité de la mesure » en tant que nouveau paramètre de contrôle. Cette évolution a débuté avec l'arrêt *Karner*¹⁵³¹. Cette affaire portait sur le refus autrichien de garantir au concubin homosexuel survivant le droit à la transmission du bail. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré pour la première fois que la personne homosexuelle pouvait être appréhendée dans

¹⁵²⁹ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, *RTD Civ.*, 2003, p. 764, n. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2004.I.107, n. F. Sudre.

¹⁵³⁰ *Idem.*

¹⁵³¹ *Idem.*

sa qualité de concubin. Sur cette base, elle s'interroge sur la marge d'appréciation des États concernant la possibilité de considérer que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle était justifiée. À cet égard, la Cour considère pour la première fois que cette marge était étroite. La Cour dégage l'existence d'un consensus européen de l'analyse présentée par un tiers intervenant, une association de défense des droits des homosexuels, affirmant qu'un nombre croissant de juridictions nationales exige l'égalité de traitement des couples non mariés indépendamment de leur orientation sexuelle. Ce point ne sera pas détaillé dans l'arrêt. La correspondance d'un tel consensus à l'état du droit positif ne peut dès lors pas être vérifiée. La Cour se réfère également au Protocole n° 1 de la Convention ainsi qu'à plusieurs recommandations et résolutions des institutions européennes¹⁵³². La marge d'appréciation a donc été considérée comme réduite, essentiellement en raison de l'importance de la lutte contre les discriminations en raison de l'orientation sexuelle dans l'optique de la Cour. Une comparaison est ainsi possible avec la démarche employée par la Cour dans l'arrêt *Marckx*¹⁵³³ précédemment analysé¹⁵³⁴. De la même manière que la volonté de promouvoir la famille axée autour de l'enfant dans l'arrêt *Marckx*¹⁵³⁵, ici la Cour montre la volonté d'abandonner la conception hétéronormée du couple.

707. Cette évolution de la conception de la famille est amenée à travers l'introduction, dans cet arrêt, d'une nouvelle exigence de justification, inédite en la matière, venant remplacer la seule exigence de proportionnalité. Il s'agit de la notion de « nécessité » de la mesure discriminatoire. La Cour réservera par ailleurs ce paramètre de contrôle aux seules discriminations en raison de l'orientation sexuelle¹⁵³⁶ et, à partir de 2010, du sexe¹⁵³⁷. Cependant, depuis l'apparition de ce critère de contrôle, aucune décision relative aux discriminations en raison du sexe n'a concerné la matière familiale¹⁵³⁸.

¹⁵³² *Ibid.*, § 36.

¹⁵³³ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

¹⁵³⁴ V. *supra*, §§ 681-684.

¹⁵³⁵ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

¹⁵³⁶ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, préc. ; CEDH, 2 mars 2010, *Kozak c. Pologne*, req. n° 13102/02 ; CEDH, 22 juillet 2010, *P.B. et J.S. c. Autriche*, req. n° 18984/02, préc. ; CEDH, 12 juin 2012, *Genderdoc-M c. Moldavie*, req. n° 9106/06 ; CEDH, 9 octobre 2012, *X c. Turquie*, req. n° 24626/09 ; CEDH, 21 octobre 2010, *Alekseyev c. Russie*, req. n°s 4916/07, 25924/08 et 14599/09 ; CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07, préc. ; CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09, préc. ; CEDH, 23 février 2016, *Pajić c. Croatie*, req. n° 68453/13 ; CEDH, 14 juin 2016, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, req. n° 35214/09, préc.

¹⁵³⁷ CEDH, 21 octobre 2010, *Alekseyev c. Russie*, req. n°s 4916/07, 25924/08 et 14599/09, préc. Cette affaire concernait toutefois une discrimination en raison de l'orientation sexuelle. La Cour a appliqué pour la première fois un tel paramètre de contrôle à une discrimination en raison du sexe dans l'affaire *Emel Boyraz c. Turquie* (CEDH, 2 décembre 2014, req. n° 61960/08, préc.).

¹⁵³⁸ Recherche clôturée le 22 septembre 2019.

708. L'arrêt *Karner* a vu également surgir une analyse nouvelle de l'argument de la protection de la famille traditionnelle employé par les États afin de justifier une différence de traitement. La Cour continue de considérer que la protection de la famille traditionnelle est un but que les États peuvent poursuivre légitimement, comme elle l'avait fait, entre autres, dans l'affaire *Marckx*¹⁵³⁹, dans la décision *Mata Estevez*¹⁵⁴⁰ et dans l'affaire *Mazurek*¹⁵⁴¹. Elle considère, néanmoins, que « le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser »¹⁵⁴². Ce raisonnement sera réitéré par la Cour dans l'arrêt *Vallianatos*¹⁵⁴³, à l'occasion duquel la Cour sanctionnera la Grèce pour avoir réservé l'accès au pacte de vie commune aux couples hétérosexuels, en excluant les couples homosexuels au nom de la protection de la famille traditionnelle. Il sera également repris dans l'affaire *X et autres c. Autriche*¹⁵⁴⁴. Cela amènera la Cour à sanctionner la législation autrichienne refusant l'adoption coparentale aux couples non mariés de même sexe, là où ce droit était garanti aux couples de sexe opposé, au nom de la protection de la vision traditionnelle de la famille.

709. L'association de cette lecture de la protection de la famille traditionnelle à la notion de nécessité de la mesure discriminatoire n'est pas anodine au vu des effets qu'elle produit. Relativement à l'égalité des enfants et des sexes, nous l'avons vu, la Cour a toujours condamné les différences de traitement en s'appuyant sur son analyse de l'existence d'un consensus européen. Lorsque la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme a évolué, en abandonnant notamment l'ancienne vision hétéronormée de la conjugalité, ces analyses n'auraient cependant pas pu conduire à la sanction des différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle des membres du couple. La Cour ne pouvait en effet pas se fonder sur le nombre d'États qui garantissaient l'identité de traitement des catégories. Elle ne pouvait pas non plus avoir recours au nombre de Conventions internationales interdisant ces discriminations en matière familiale¹⁵⁴⁵. Cela explique que la Cour ait introduit un nouveau standard de contrôle lui permettant de parvenir à un résultat conforme à sa nouvelle conception

¹⁵³⁹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, préc. § 40 et s.

¹⁵⁴⁰ CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne* (déc.), req. n° 56501/00, préc., considérant en droit.

¹⁵⁴¹ CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97, préc., § 50 et s.

¹⁵⁴² CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, préc., § 41.

¹⁵⁴³ CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09, D., 2013, p. 2888, n. F. Laffaille, *AJDA*, 2014, p. 147, chron. L. Burgorgue-Larsen, *RTD civ.*, 2014, p. 89, obs. J. Hauser, *AJ fam.*, 2014, p. 49, obs. C. Beaudoin, *Dr. fam.*, 2013, alerte 58, n. M. Lamarche, *JCP G*, 2013, p. 1281, n. F. Sudre.

¹⁵⁴⁴ CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07, *RTD civ.*, 2013, p. 329, obs. J-P. Marguénaud, D., 2013, p. 502, obs. I. Gallmeister, *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2013, p. 227, obs. F. Chénédé, *Dr. fam.*, 2013, comm. 53, n. C. Neirinck.

¹⁵⁴⁵ Exception faire de l'art. 14 CESDH tel qu'interprété par la Cour et de l'art. 21 CDFUE il existe principalement des résolutions européennes en la matière.

de la famille. Soulignons en effet que la confrontation par la Cour de la « grande variété » des mesures permettant de protéger la famille traditionnelle à la notion de « nécessité de la mesure » conduit inévitablement à la sanction de la différence de traitement. La notion de « grande variété » implique en effet d'elle-même la possibilité de prévoir des alternatives, ce qui empêche *ipso facto* de considérer une mesure comme étant « nécessaire ». Par ailleurs, nous avons pu montrer que la protection et la promotion de la famille passaient précisément par un ensemble de normes ponctuelles venant défavoriser les situations familiales ne correspondant pas au modèle élu par l'État¹⁵⁴⁶. La protection de la conception de la famille dans un système normatif fonctionne donc de la même manière qu'une voute à croisée d'ogives. Il n'existe pas de norme « nécessaire » à la protection de la conception de la famille, tout comme il n'y a pas de pierre angulaire dans ces constructions architecturales. Dans ces voutes, le poids est supporté par l'ensemble des nervures, grâce au croisement de celles-ci. De la même manière, la promotion de la famille découle de l'ensemble du système normatif, sans qu'une norme en particulier ne constitue la clef de voute.



710. On comprend ainsi l'effet bouleversant de l'exigence de la nécessité de la mesure lorsque ce standard de contrôle est opposé à des normes visant à protéger la famille traditionnelle. Aucune différence de traitement n'est *nécessaire* dans ce cadre. La protection de la famille traditionnelle découle de l'ensemble des discriminations touchant les couples de même sexe. Il devient ainsi possible pour la Cour de déclarer contraire à la Convention chacune de ces normes prises isolément, ce qui rend impossible la protection de la famille traditionnelle, conçue en tant que famille hétéronormée. Cette transformation de la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme n'a cependant pas rimé avec un libéralisme sans limites. Cela a notamment conduit la Cour à revenir à son ancienne méthode de contrôle dans l'arrêt *Schalk et Kopf*.

β) La limite au libéralisme familial de la Cour

711. Le nouveau degré d'exigence de la nécessité de la mesure ayant été posé dans l'arrêt *Karner*, et n'ayant pas été remis en cause par la suite¹⁵⁴⁷, la Cour aurait dû logiquement

¹⁵⁴⁶ V. *supra*, § 399 et s.

¹⁵⁴⁷ V. CEDH, 2 mars 2010, *Kozak c. Pologne*, req. n° 13102/02, préc., § 92 ; CEDH, 22 juillet 2010, *P.B. et J.S. c. Autriche*, req. n° 18984/02, préc., § 42 ; CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09, préc., § 85 ; CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07, préc., § 140, préc.

l'appliquer à toute discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Tel n'a cependant pas été le cas dans l'arrêt *Schalk et Kopf* rendu en 2010. Cela témoigne encore une fois de l'instrumentalisation des techniques de justification des discriminations dans le but d'aboutir à un résultat conforme à la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme. Rappelons que la Cour était confrontée à la question de la conformité aux articles 8 et 14 combinés de la CESDH de l'absence, à l'époque de l'introduction de la demande, d'une forme de reconnaissance juridique des couples de même sexe en droit autrichien, contrairement aux couples de sexe opposé auxquels le droit au mariage était notamment garanti. La Cour a, comme cela a été précédemment relaté, considéré que le couple de même sexe était couvert par la notion de « vie familiale »¹⁵⁴⁸, ce qu'elle avait déjà annoncé dans l'arrêt *Karner* précité. La question se posait alors de savoir si la différence de traitement en raison de l'orientation sexuelle relativement au respect de la vie familiale du couple était justifiée. Pour ce faire, la Cour a délaissé le critère de la *nécessité* de la mesure qui avait d'ailleurs été invoqué par les requérants à l'appui de leur demande¹⁵⁴⁹. Elle a en revanche limité l'exigence de justification à des « raisons particulièrement graves »¹⁵⁵⁰ afin de considérer que la mesure respectait le critère de *proportionnalité*. La remarque des requérants demeurera sans réponse de la part de la Cour, le retour à l'ancien paradigme étant silencieusement effectué par cette dernière.

712. De plus, la Cour n'a pas véritablement recherché si des raisons particulièrement graves exigeaient le maintien de la discrimination. La Cour considère en lieu et place que les États bénéficiaient d'une marge d'appréciation large, avant que l'Autriche n'adopte une législation permettant aux couples de même sexe de conclure un partenariat enregistré¹⁵⁵¹. L'absence de vérification du critère annoncé a d'ailleurs conduit les juges ROZAKIS, SPIELMANN et JEBENS à formuler leur opinion dissidente. Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme soulignent en effet que :

« Ayant constaté l'existence d'une "situation comparable" (paragraphe 99 de l'arrêt) et souligné que « les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves » (paragraphe 97 de l'arrêt), la Cour aurait dû conclure à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 au motif que le gouvernement

¹⁵⁴⁸ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc., §§ 93-94.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, § 77.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, § 97.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, §§ 102-106.

défendeur n'a avancé aucun argument pour justifier la différence de traitement en cause mais s'est contentée d'invoquer principalement sa marge d'appréciation (paragraphe 80 de l'arrêt). Or en l'absence de solides raisons avancées par le gouvernement défendeur pour justifier la différence de traitement, il n'y a pas lieu de faire jouer la marge d'appréciation. En conséquence, "la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants" (paragraphe 98 de l'arrêt) est un facteur dénué de pertinence car il ne doit entrer en jeu que de manière secondaire en vue de l'application de la notion de marge d'appréciation. En effet, ce n'est que lorsque les autorités nationales fournissent des justifications que la Cour peut se déclarer convaincue, en tenant compte de la présence ou de l'absence d'un dénominateur commun, que celles-ci sont mieux placées qu'elle-même pour traiter efficacement la question »¹⁵⁵².

713. La renonciation au standard de contrôle posé dans l'arrêt *Karner*¹⁵⁵³ nous amène ainsi à confirmer une nouvelle fois notre hypothèse de la sélection des techniques employées par la Cour en fonction du résultat visé. Le recours au critère de la nécessité, de même qu'une véritable recherche des raisons graves justifiant la discrimination, aurait en effet conduit la Cour à constater la violation des articles 8 et 14 combinés de la CESDH. Le zigzag méthodologique opéré par la Cour reflète ainsi la volonté de plier les applications des règles d'égalité à un résultat conforme à sa conception de la famille, ici le refus de considérer que la reconnaissance juridique des couples de même sexe avait été opérée tardivement par l'Autriche.

714. Une confirmation de notre analyse procède de la comparaison du raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire *Schalk et Kopf*¹⁵⁵⁴ avec le raisonnement qu'elle adoptera dans l'affaire *Oliari*¹⁵⁵⁵. Dans cette dernière affaire, la question de la violation du droit à la vie privée et familiale et de la discrimination du couple homosexuel, dérivant de l'absence de reconnaissance juridique, est nouvellement posée. Pour répondre, la Cour reprend l'arrêt *Schalk et Kopf* relativement à l'analyse de la nécessité de garantir le droit au respect de la vie familiale aux couples de même sexe¹⁵⁵⁶. Néanmoins, elle procédera effectivement à l'analyse des arguments

¹⁵⁵² Point 8 de l'opinion dissidente sous l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, préc.

¹⁵⁵³ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, préc.

¹⁵⁵⁴ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, *ibid.*, p. 765, n. J. Hauser, *JCP G*, 2010, p. 1013, obs. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2010, p. 333, obs. V. Avena-Robardet.

¹⁵⁵⁵ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, préc.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, §§ 103 et 165.

invoqués pour justifier l'absence d'une protection juridique, et notamment législative, pour ces couples¹⁵⁵⁷. Sans surprise, le raisonnement de la Cour aboutira à caractériser la violation de l'article 8 de la Convention comme cela aurait dû être le cas dans l'arrêt *Schalk et Kopf* si ce *modus operandi* avait véritablement été suivi. La Cour n'estimera pas nécessaire d'analyser la violation alléguée des articles 8 et 14 combinés. Néanmoins, la comparabilité du couple homosexuel et hétérosexuel, si besoin en était¹⁵⁵⁸, avait été soulignée par la Cour dans l'arrêt *Schalk et Kopf*. Il est ainsi possible de considérer que l'analyse des motivations alléguées par le gouvernement italien relativement à l'absence de reconnaissance juridique des couples homosexuels, ainsi que l'analyse du consensus européen, auraient été les mêmes si la Cour avait procédé à la recherche d'une justification de la discrimination subie par le couple homosexuel par rapport au couple hétérosexuel.



715. Les volte-face méthodologiques auxquelles la Cour européenne des droits de l'homme a procédé concernant le contrôle du respect de l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle en matière familiale témoignent de la subordination des analyses à l'évolution de sa conception de la famille.

716. La volonté de sanctionner des différences de traitement correspondant à une conception hétéronormée du couple qu'elle considérait comme dépassée a amené la Cour à forger un nouveau critère de contrôle de la justification de la discrimination, là où le recours aux instruments classiques ne l'aurait pas permis.

717. La volonté d'encadrer le libéralisme conjugal¹⁵⁵⁹ vers lequel cette mouvance l'aurait précocement conduite, à savoir l'exigence de reconnaissance juridique des couples de même sexe, a amené la Cour à distordre l'ancien standard de contrôle dans le but de mettre un frein, dans l'arrêt *Schalk et Kopf* au pluralisme conjugal que l'arrêt *Karner* annonçait.

Ce n'est que lorsqu'elle a considéré que les temps étaient murs, à l'occasion de l'arrêt *Oliari*, que la cour est retournée à l'orthodoxie argumentative, bien que sous l'angle de l'article 8 uniquement. Ce *modus operandi* lui a en effet permis d'évoluer vers la conception pluraliste de la conjugalité qu'elle souhaitait désormais protéger.

Il ne s'agit cependant toujours pas d'un pluralisme sans bornes. Le refus d'imposer aux États

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, §§ 169-187.

¹⁵⁵⁸ Sur le caractère surprenant d'une telle analyse v. *supra*, § 658 et s.

¹⁵⁵⁹ V. également, soulignant le caractère limité du détachement d'un paradigme hétéronormé, S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN, « Introduction », *op. cit.*, pp. 1-26, spéc. pp. 16-17.

parties au Conseil de l'Europe l'ouverture du mariage aux couples de même sexe dans le cadre du contrôle du respect de l'article 12 que nous allons présentement étudier, demeure conforme à cette disposition.

b) La différence de traitement relative au droit au mariage au prisme de l'article 12

718. L'absence d'obligation faite aux États parties du Conseil de l'Europe d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe paraît trouver son explication dans les particularités rédactionnelles de l'article 12 (i). Le caractère orienté de la posture adoptée par la Cour apparaît néanmoins lors de la confrontation de la lecture que celle-ci a donnée de cette disposition relativement à d'autres cas d'espèce, et notamment relativement à l'endogamie et au mariage des transsexuels (ii).

i) Un modus operandi spécifique ?

719. Comme cela a été précédemment mentionné¹⁵⁶⁰, la Cour a été interrogée pour la première fois sur la question de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe dans le cadre de l'affaire *Schalk et Kopf*¹⁵⁶¹. Dans ce cadre, elle a considéré que seul l'article 12 couvre spécifiquement cette question, là où l'article 14 combiné avec l'article 8 a un but et une portée plus généraux¹⁵⁶². Or, ce choix de se fonder sur l'article 12 plutôt que sur l'article 14 implique que la Cour ne travaille pas à partir du postulat de la comparabilité des couples de même sexe et de sexe différent, ce qui exigerait de justifier la différence de traitement. Au contraire, la Cour tire la conformité des refus de l'Autriche d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe de la rédaction même de l'article 12 de la CESDH, indiquant qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». La Cour observe en effet que la référence faite par l'article 12 aux lois nationales « reflète la diversité des législations de chaque pays »¹⁵⁶³, diversité qui mérite d'être prise en compte puisque l'exercice du droit de se marier « entraîne des conséquences d'ordre personnel, social et juridique »¹⁵⁶⁴. Le mariage en effet, « possède des

¹⁵⁶⁰ V. *supra*, § 711 et s.

¹⁵⁶¹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

¹⁵⁶² *Ibid.*, § 101.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, § 60.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, § 49. V. également CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, préc., § 68 ; CEDH, Gr. Ch., 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, préc., § 63 ; CEDH, 27 avril 2000, *Shackell c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 45851/99, préc., point 1 des considérations en droit ; voir aussi CEDH, 29 juin 1999,

connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre »¹⁵⁶⁵. La Cour interprète de manière constante¹⁵⁶⁶ cette référence aux lois nationales comme exigeant de sa part la recherche d'un consensus européen relativement à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Pour l'heure, un tel consensus n'a pas pu être établi par la Cour, cette dernière ayant encore souligné en 2015 que seuls onze États avaient ouvert le mariage aux couples de même sexe¹⁵⁶⁷. Ce faisant, la Cour laisse aux États le soin de décider si les couples de même sexe et de sexe opposé se trouvent dans des situations comparables relativement au droit au mariage, en contournant ainsi la présomption de comparabilité que l'article 14 poserait.

720. Cette lecture de l'article 12, pris en tant que *lex specialis* par rapport à l'article 14, implique que la Cour ne s'interroge pas sur l'existence d'une justification de la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. Dès lors, la différence de traitement pourra être considérée comme légitime par la Cour jusqu'à ce qu'elle considère qu'il existe un consensus européen sur le sujet. Nous avons cependant déjà montré que la Cour caractérise ce consensus de manière différente selon le résultat qu'elle recherche¹⁵⁶⁸. Le mariage entre personnes de même sexe pourra ainsi être refusé par les États tant que la conception de la famille de la Cour n'évolue pas, et à la condition que cela se produise.



721. Ainsi présentée, la liberté laissée aux États concernant la question de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe semble découler de la structure même de l'article 12 de la Convention. Il s'agirait en effet d'une forme particulière de disposition d'égalité, dérogeant à l'article 14 et caractérisant une règle spéciale par rapport à l'application combinée des articles 8 et 14.

Nylund c. Finlande (déc.), req. n° 27110/95, point B, 2) des considérations en droit ; Comm. EDH, 11 novembre 1986, *Lindsay c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 11089/84, préc., point 1, b) des considérations en droit, et CEDH, Gr. Ch., 2 novembre 2010, *Şerife Yiğit c. Turquie*, req. n° 3976/05, § 72, *Dr. fam.*, 2010, comm. 176, n. V. Larribau Terneyre, *JCP G*, 2010, p. 1184, n. G. Gonzalez, *D.*, 2011, p. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *AJ fam.*, 2010, p. 544, obs. W. Jean-Baptiste.

¹⁵⁶⁵ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 62.

¹⁵⁶⁶ V. également CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, préc. ; CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, req. n° 40183/07, préc. Rapp. CEDH, Gr. Ch., *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, req. n° 37359/09, préc. ; CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc. ; CEDH, 14 juin 2016, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, req. n° 35214/09, préc.

¹⁵⁶⁷ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, préc., § 192.

¹⁵⁶⁸ V. *supra*, § 674 et s.

Cette interprétation n'a cependant pas été systématiquement reprise dans le cadre de l'analyse du respect de l'article 12.

ii) Le choix de ne pas imposer l'ouverture du mariage aux couples de même sexe

722. La mise en perspective de l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁵⁶⁹ avec les arrêts relatifs au droit au mariage en cas d'endogamie et au mariage du transsexuel permet de comprendre que le *modus operandi* suivi dans le premier arrêt est le fruit d'un choix. Il s'agit plus exactement d'une sélection de la technique de contrôle permettant à la Cour d'aboutir au résultat souhaité, celui de ne pas contraindre les États parties au Conseil de l'Europe à ouvrir le mariage aux couples de même sexe.

723. **Mise en perspective avec le *modus operandi* suivi relativement à l'interdiction d'endogamie.** - Dans l'arrêt *B. et L. c. Royaume-Uni*¹⁵⁷⁰, la Cour a été appelée à se prononcer sur la conformité à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme d'une interdiction de mariage opposée aux personnes unies par un lien d'alliance, et plus précisément à un couple formé par un beau-père et sa belle-fille.

724. Dans cet arrêt la Cour considère qu'en l'espèce l'interdiction de mariage n'était pas suffisamment apte à atteindre le but poursuivi par la norme qui était de protéger l'intégrité de la famille et d'éviter la confusion affective chez les fils de la belle-mère. Elle déduit cela de l'existence, en droit britannique, de la possibilité de demander une dispense à l'interdiction de mariage, ainsi que de l'absence de sanctions pénales relativement à ce type d'endogamie. La Cour considère en effet que l'« on ne saurait soutenir que [...] l'interdiction du mariage des requérants prévient la confusion ou l'insécurité émotionnelle alléguée »¹⁵⁷¹. L'on remarquera que, ce faisant, la Cour a recherché un but légitime poursuivi par la norme limitant le droit garanti par l'article 12, ainsi que la proportionnalité de celle-ci. Autrement dit, la Cour a appliqué le même standard de contrôle que celui qu'elle applique dans le cadre du contrôle du respect de l'article 14. Or, dans l'arrêt *Schalk et Kopf*, la Cour a précisément évité d'appliquer ce standard de contrôle à l'interdiction de mariage des couples homosexuels, au nom des particularités de l'article 12.

¹⁵⁶⁹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

¹⁵⁷⁰ CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, req. n° 36536/02, *Dr. fam.*, 2005, comm. 234, n. A. Gouttenoire, M. Larche, *RTD Civ.*, 2005, p. 735, n. J.-P. Marguénaud, p. 758, n. J. Hauser.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*, § 38, *T.d.A.*

725. Dans la suite de l'arrêt *B. et L. c. Royaume-Uni*, la Cour admettra d'ailleurs l'applicabilité conjointe des articles 12 et 14 à l'analyse d'un empêchement au mariage dû à l'existence d'un lien d'alliance¹⁵⁷². Elle considérera cependant qu'aucun problème distinct ne se posait sous cet angle¹⁵⁷³. Elle fera de même dans l'arrêt *Hämäläinen*¹⁵⁷⁴ relativement à l'analyse de la condition posée au changement du numéro d'identité de la personne ayant opéré une conversion sexuelle, exigeant notamment la dissolution d'un mariage ou sa conversion en partenariat enregistré¹⁵⁷⁵. À cette occasion la Cour a considéré que la situation du transsexuel n'était pas comparable à celle du cissexuel relativement au changement du numéro d'identité personnelle¹⁵⁷⁶. Bien que la Cour ne l'explicite pas, la différence de situation peut être trouvée dans le fait que la question du changement de numéro d'identité personnelle ne concerne pas le cissexuel, à la différence du transsexuel.

726. L'applicabilité des articles 12 et 14 combinés a en revanche été exclue en matière de mariage homosexuel dans l'arrêt *Oliari*. Pour ce faire, elle étend à la jonction de ces articles l'analyse qu'elle avait opérée dans l'arrêt *Schalk et Kopf* excluant l'applicabilité des articles 8 et 14 combinés. Elle considère que « malgré la graduelle évolution des États en la matière [...] l'article 12 de la Convention n'impose pas au Gouvernement l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel [...]. De même, dans l'arrêt *Schalk et Kopf*, la Cour a également exclu que l'article 14 combiné avec l'article 8, disposition dont la finalité et le champ d'application sont plus généraux, puisse s'interpréter comme imposant cette obligation. La Cour considère que cela est également vrai concernant l'article 14 combiné avec l'article 12 »¹⁵⁷⁷. Néanmoins, dans ce dernier arrêt la Cour avait exclu l'applicabilité des articles 8 et 14 combinés car la non-discrimination dans le cadre de sa vie privée et familiale constituait une règle générale par rapport au seul article 12. Une incongruité en ressort. De deux choses l'une. Soit l'article 12 contient une règle d'égalité en elle-même, ce qui rend superflue son analyse conjointement avec l'article 14. Soit les articles 12 et 14 peuvent être combinés, ce qui implique que l'article 12 ne contient pas une règle d'égalité spéciale par rapport à la règle générale qui découle de la combinaison des articles 8 et 14.

¹⁵⁷² À l'occasion de l'affaire *B. et L. c. Royaume-Uni (idem.)* la Cour n'a pas analysé la violation de l'article 12 combiné avec l'article 14 en considérant qu'aucune question séparée ne se posait à cet égard (§§ 42-43).

¹⁵⁷³ *Ibid.*, § 43.

¹⁵⁷⁴ CEDH, Gr. Ch., *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, req. n° 37359/09, préc., § 110 et s., *AJ. fam.*, 2012, p. 621, n. B. de Boysson, *RTD civ.*, 2014, p. 855, n. J. Hauser, *D.* 2013, p. 152, n. F. Marchadier, *Dr. fam.*, 2015, comm. 1, n. J.-R. Binet.

¹⁵⁷⁵ *Idem.*

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*, § 112.

¹⁵⁷⁷ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, §§ 192-193, préc., *T.d.A.*

727. Ainsi, l'exclusion de l'applicabilité des articles 8 et 14 et 12 et 14 en matière de mariage homosexuel, là où cette dernière possibilité a été admise concernant la disposition d'autres conditions au mariage, résulte d'une lecture des règles d'égalité de la Convention orientée. Le facteur directeur est encore une fois la finalité poursuivie conformément à la conception de la famille de la Cour, ici commandant de permettre aux États parties au Conseil de l'Europe de continuer de refuser une conception du mariage déliée de la question du sexe et de l'orientation sexuelle des époux.

728. Comment expliquer donc l'exclusion de l'applicabilité de l'article 14 en matière de mariage entre personnes de même sexe ? La constatation de l'absence d'un consensus européen dans l'arrêt *Schalk et Kopf* sur la base de l'article 12 uniquement lui permet notamment d'exclure plus facilement la violation de cet article, par rapport à la recherche de la proportionnalité de la mesure que l'application de l'article 14 aurait exigée. Considérons en effet que si cette analyse était opérée par la Cour, elle risquerait d'être confrontée à des gouvernements justifiant la différence de traitement par une volonté de protéger la conception traditionnelle de la famille. Or, nous avons vu¹⁵⁷⁸ que, depuis l'arrêt *Karner*¹⁵⁷⁹, lorsque tel est le but allégué par les États, la Cour requiert que la mesure soit nécessaire afin de l'atteindre, tout en considérant qu'une grande variété de mesures permet d'aboutir à une telle protection. Cela permet ainsi à la Cour de sanctionner de manière systématique les différences de traitement sur la base des articles 8 et 14 combinés¹⁵⁸⁰. L'application de ce *modus operandi* conduirait ainsi la Cour à exiger des États parties au Conseil de l'Europe l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

729. **Mise en perspective avec le *modus operandi* suivi concernant le droit au mariage du transsexuel.** - Une confirmation ultérieure vient du fait que les particularités de l'article 12 mises en exergue par la Cour n'ont pas empêché cette dernière d'ouvrir le mariage aux transsexuels à partir de l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*¹⁵⁸¹. Il convient de remarquer à ce propos qu'une telle ouverture n'est pas une simple conséquence de l'obligation que la Cour pose de garantir une reconnaissance juridique aux transsexuels ayant effectué une opération de

¹⁵⁷⁸ V. *supra*, § 706 et s.

¹⁵⁷⁹ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, préc.

¹⁵⁸⁰ V. *supra*, § 709.

¹⁵⁸¹ CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, D., 2003, p. 525, n. C. Bîrsan, *ibid.*, p. 1935, chron. J.-J. Lemouland, *ibid.*, p. 2023, n. A.-S. Chavent-Leclère, *AJDA*, 2002, p. 1277, chron. J.-F. Flauss, *RTD civ.*, 2002, p. 782, obs. J. Hauser, *ibid.*, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud, *AJ fam.*, 2002, p. 413, obs. F. Granet, *RDSS*, 2003, p. 137, obs. F. Monéger, *JCP G*, 2003.I.109, chron. F. Sudre ; v. également l'arrêt Jumeau, CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *I. c. Royaume-Uni*, req. n° 25680/94.

conversion sexuelle¹⁵⁸². Un changement dans la définition donnée au « sexe » en tant que condition d'accès au mariage a en effet été opéré par la Cour afin d'ouvrir au transsexuel le droit au mariage avec une personne du sexe opposé à son nouveau sexe.

730. La Cour soulignait en effet dans la jurisprudence précédente à l'arrêt *Christine Goodwin* que le sexe était appréhendé du point de vue chromosomique. La Cour affirmait ainsi que « l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Son libellé le confirme : il en ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille »¹⁵⁸³.

731. À la lumière de l'exigence posée par la Cour d'ouvrir le mariage aux transsexuels, le critère biologique a été remplacé par le critère de l'apparence sexuelle juridiquement reconnue. Le droit de se marier du transsexuel était demandé dans l'affaire *Christine Goodwin*¹⁵⁸⁴ par rapport à l'union avec une personne de sexe opposé au nouveau sexe de la requérante. Il s'agissait donc de deux personnes ayant l'apparence juridiquement reconnue d'un homme et d'une femme. En incluant l'individu ayant effectué une opération sexuelle dans la notion d'homme et de femme relativement au droit au mariage, la Cour opère un changement dans son analyse de la comparabilité des situations en cause. Une conception du sexe fondée sur le caractère biologique empêche en effet d'assimiler, par exemple, l'individu né en tant qu'homme ou femme et l'individu devenu homme ou femme à la suite d'une opération de conversion sexuelle. Le passage à une conception du sexe fondée sur l'apparence sexuelle juridiquement reconnue implique donc de considérer que ces situations sont comparables, contrairement à ce qu'impose une conception du sexe fondée sur le caractère biologique. L'arrêt *Christine Goodwin* marque donc un changement dans l'analyse de la comparaison des situations passant notamment par la redéfinition de la notion de sexe relativement au droit au mariage. La Cour, à la différence de l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁵⁸⁵, ne s'est donc pas fondée sur le renvoi fait par l'article 12 aux lois nationales pour définir le mariage et, ici, plus exactement la notion de sexe des futurs époux. Les juges auraient cependant pu suivre un autre raisonnement. Ils auraient

¹⁵⁸² CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, req. n° 13343/87, *JCP G*, 1992.II.21955, n. T. Garé, *D.*, 1993, p. 101, n. J.-P. Marguénaud, *RTD Civ.*, 1992, p. 540, J. Hauser, D. Huet-Weiller, *D.*, 1992, p. 323, n. C. Lombois.

¹⁵⁸³ CEDH, Plén., 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, § 49, *JDI*, 1987, p. 796, n. P. Tavernier, *AFDI*, 1987, p. 293, n. V. Coussirat-Coustère. V. également CEDH (Plén.), 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84 ; CEDH, Gr. Ch., 22 avril 1997, *X, Y ET Z c. Royaume-Uni*, req. n° 21830/93 ? *D.*, 1997, p. 582, n. S. Grataloup, *JCP G*, 1998.I.107, n. F. Sudre, *RTD civ.*, 1997, p. 1011, n. J.-P. Marguénaud ; CEDH, Gr. Ch., 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n°s 22985/93 et 23390/94, *D.*, 1998, p. 370, obs. J.-F. Renucci.

¹⁵⁸⁴ CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc., § 95.

¹⁵⁸⁵ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

notamment pu distinguer les questions en cause. D'un côté, ils auraient pu exiger que la conversion sexuelle soit juridiquement reconnue par les législations nationales. D'un autre côté, ils auraient pu décider qu'il relevait de la marge d'appréciation des États de décider si la condition de la différence de sexe afin d'accéder au mariage devait être appréhendée dans son aspect biologique uniquement, ou bien sous les deux angles de la biologie et de l'apparence sexuelle juridiquement reconnue.

732. Or, la Cour a souligné dans cet arrêt que l'institution du mariage avait été bouleversée par l'évolution de la société d'un côté, et que des changements avaient eu lieu dans le domaine de la transsexualité¹⁵⁸⁶. Elle n'a toutefois pas montré que les modifications dans la vision du mariage intervenue dans les États avaient eu lieu relativement au changement dans la manière de définir juridiquement l'homme et la femme. Le choix de laisser aux États une marge d'appréciation aurait été d'autant plus justifié que la Cour, dans l'arrêt *Christine Goodwin*, a affirmé que peu d'États autorisaient le mariage des transsexuels. Elle souligne que « le nombre des pays qui autorisent le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle est inférieur à celui des États qui reconnaissent la conversion sexuelle elle-même »¹⁵⁸⁷.

733. Il apparaît alors que la Cour n'a pas simplement fait découler le droit au mariage des transsexuels de l'obligation pour le Royaume-Uni de permettre la reconnaissance du changement de sexe. La Cour a en effet opéré une véritable modification des conditions d'accès au mariage, déconnectée de l'existence d'un consensus européen.

734. Les justifications apportées par la Cour quant à la nécessité d'ouvrir le mariage aux transsexuels viennent alors confirmer la sélection opérée une fois de plus par la Cour des techniques employées en fonction de la solution envisagée en matière familiale. Dans l'arrêt *Christine Goodwin* en effet, la Cour considère l'absence de consensus comme insusceptible de justifier l'exclusion du droit au mariage de cette catégorie d'individus. Elle considère en effet que « cela reviendrait à conclure que l'éventail des options ouvertes à un État contractant peut aller jusqu'à interdire en pratique l'exercice du droit de se marier »¹⁵⁸⁸. Si l'on observe la modification de la définition d'homme et de femme qu'une telle ouverture implique, l'on ne saurait éviter de rappeler que l'interdiction continue d'être acceptée pour les couples de même sexe précisément en raison de l'absence d'un consensus européen.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, § 100.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, § 103.

¹⁵⁸⁸ *Idem.*

735. Il est d'ailleurs curieux de remarquer que, dans l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁵⁸⁹, la Cour a justifié l'exclusion du mariage pour les couples homosexuels en comparant cette question à l'ouverture de ces droits aux transsexuels. Les juges de Strasbourg se sont en effet appuyés sur la considération que dans l'arrêt *Christine Goodwin* « la Cour a noté que le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle recueillait une grande adhésion »¹⁵⁹⁰. Or, nous l'avons vu, l'analyse développée dans l'arrêt *Christine Goodwin* est assise sur les changements qui avaient eu lieu en matière de reconnaissance juridique du changement de sexe et non relativement à la question de l'admission du mariage du transsexuel, qui restait controversée entre les États. La différence du raisonnement suivi par la Cour par rapport à la jurisprudence relative à l'interdiction du mariage des couples de même sexe vient ainsi apporter une nouvelle confirmation de la subordination des applications des dispositions d'égalité consacrées dans la Convention à la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme.



736. La lecture que la Cour a donnée de l'article 12 dans l'arrêt *Schalk et Kopf* n'est pas univoque. Des lectures distinctes ont été livrées concernant le droit au mariage en cas d'endogamie et relativement au mariage du transsexuel. Cela laisse comprendre que le recours à ce *modus operandi* ne peut pas être délié de la volonté de continuer à permettre aux États de limiter l'accès au mariage aux couples hétérosexuels.

737. Plus généralement, il ressort des pages qui précèdent que la Cour européenne des droits de l'homme a forgé plusieurs standards de contrôle alternatifs, chacun lui permettant d'aboutir à un résultat distinct. Cet arsenal permet à la Cour de sélectionner à chaque fois la technique de contrôle qui lui permet d'aboutir au résultat souhaité. Ce résultat est notamment dicté par la conception de la famille adoptée par la Cour. Il s'agit d'une conception qui, à l'instar de celle des ordres juridiques nationaux, est évolutive. Dans l'ensemble, il en ressort une conception du couple qui a été hétéronormée par le passé. Aujourd'hui en revanche la protection par les États de la conception traditionnelle du couple est systématiquement rejetée par la Cour. Sa conception reste en revanche hétéronormée en ce qui concerne l'accès à la parenté en ce qui concerne l'enfant à naître. La Cour protège l'égalité des époux. Elle assimile le transsexuel au cissexuel en ce qui concerne le droit au mariage. Elle exige que l'interdiction de mariage pour motif d'endogamie soit proportionnée au but poursuivi.

¹⁵⁸⁹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

¹⁵⁹⁰ CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc.

La Cour protège également une conception pluraliste mais encadrée de la famille. Le pluralisme est de mise lorsqu'il est question de protéger l'intérêt de l'enfant. En ce sens, le mariage des parents ne peut pas donner lieu à une protection accrue de l'enfant. Le pluralisme est également nécessaire dans le but d'assurer une protection au couple de même sexe. En revanche, elle accepte que le mariage demeure le type de conjugalité par excellence du couple de sexe opposé et que le partenariat enregistré soit l'union réservée aux couples de même sexe. De même, la Cour accepte que les différentes formes de conjugalités fassent l'objet d'une hiérarchisation.

738. Rappelons que le but de cette analyse était de rechercher si un certain degré d'objectivisation pouvait être attribué aux exigences substantielles d'égalité définies par la Cour. Cela pourrait en effet justifier d'attribuer une vocation universelle à ces contenus de l'égalité. L'objectivisation de ces dernières justifierait alors d'en imposer le respect dans les litiges impliquant des ordres juridiques qui ne garantissent pas le principe d'égalité. De même, elle justifierait que la protection de ces exigences substantielles d'égalité conduise à la discontinuité des situations dans les litiges impliquant des ordres juridiques extérieurs au Conseil de l'Europe. Cette objectivisation ne peut cependant pas être attribuée aux contenus de l'égalité définis par la Cour européenne des droits de l'homme. L'étude offerte par Monsieur SUDRE à laquelle nous nous sommes référée montre que la Cour caractérise le consensus européen d'une manière variable, qualitative ou quantitative. En poursuivant le travail entamé par l'auteur, nous espérons avoir démontré que le choix du standard employé pour caractériser le consensus dans le cadre de l'application des règles d'égalité inscrites dans la Convention dépend notamment du but recherché par la Cour. Or, ce but consiste en la protection de la conception de la famille qu'elle adopte. Elle peut notamment caractériser un consensus là où peu d'États adoptent la conception de la famille que la Cour entend protéger. Inversement, elle peut refuser de caractériser un consensus européen malgré le nombre élevé d'États européens partageant un même point de vue, quand cela ne correspond pas à la conception de la famille qu'elle adopte.

739. L'instrumentalisation des techniques de contrôle du respect des règles d'égalité par la Cour ne se limite cependant pas à celle de la notion de consensus européen.

Il a été par exemple montré que la généralité de la règle contenue dans l'article 8 est interprétée dans le sens de l'indifférenciation là où elle souhaitait garantir un droit en dépit de l'absence d'un consensus européen. La généralité a en revanche été interprétée comme posant une interdiction de traitements arbitraires là où elle souhaitait considérer qu'une situation devait être traitée de manière différente par rapport aux autres sans avoir à analyser la justification de

la différence de traitement.

Concernant les interdictions des discriminations en raison de critères spécifiques couverts par l'article 14 il a été exposé que parfois la Cour ignore le postulat de la comparabilité des situations que cette disposition pose.

Il a également été montré que l'article 12 est parfois considéré comme une *lex specialis* par rapport à l'article 14, alors que dans d'autres circonstances elle applique les articles 12 et 14 de manière combinée.

740. Il s'ensuit que la définition des exigences substantielles d'égalité de la part de la Cour européenne des droits de l'homme dépend d'une conception de la famille qui ne découle pas de l'analyse comparée des droits de la famille des États parties au Conseil de l'Europe, mais d'une conception de la famille qui lui est propre. Aucune objectivité ne peut être attachée aux exigences substantielles d'égalité qui trouvent leur origine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La vocation universelle attribuée à ces contenus de l'égalité sur la base de ce postulat doit donc être réfutée en raison du particularisme de ces dernières. Le respect de ces exigences substantielles d'égalité au détriment de la continuité des situations perd ainsi son fondement. Il convient à présent de voir que des considérations d'un autre ordre amènent aux mêmes conclusions concernant les contenus de l'égalité découlant du droit de l'Union européenne.

Section 2) Les dispositions d'égalité en droit de l'Union européenne entre la protection d'objectifs propres et le respect des conceptions nationales de la famille

741. La recherche du caractère objectivable des exigences substantielles d'égalité définies au niveau supranational doit se poursuivre avec l'analyse du droit de l'Union européenne. Cette dernière est en effet le second ordre juridique¹⁵⁹¹ susceptible de définir des exigences substantielles d'égalité en matière familiale dont le respect s'impose en France et en Italie. La question est donc de savoir si une vocation universelle peut être attribuée à ces contenus de l'égalité issus du droit de l'Union, justifiant de renoncer à la continuité des situations dans les litiges impliquant des ordres juridiques extérieurs à celle-ci. Rappelons d'ailleurs à cet égard que les États membres sont tenus de conformer leurs solutions juridiques aux exigences posées

¹⁵⁹¹ Rappelons que nous avons retenu une définition large de l'ordre juridique, v. *supra*, note n° 27.

par le droit de l'Union européenne. Ceci concerne également la résolution de litiges privés internationaux, comme nous le verrons plus amplement dans la prochaine partie de cette étude¹⁵⁹².

742. Nous avons pu exposer que la définition des contenus de l'égalité par la France et l'Italie, ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme, dépend de la conception de la famille que ces ordres juridiques et cette juridiction adoptent. La question qui se pose est ainsi de savoir s'il en va de même concernant le droit de l'Union européenne. Cela implique d'analyser les concrétisations dont font l'objet les règles d'égalité relevant de ce droit¹⁵⁹³, dans la mesure où elles sont susceptibles d'influencer les droits matériels de la famille des États membres, et d'exercer une influence sur la réglementation des situations familiales internationales.

743. **Le champ d'application matériel des règles d'égalité en matière familiale.** - Comme Monsieur RODIÈRE le résume, « [l]a prohibition des discriminations – et, ajouterons-nous, la garantie du principe d'égalité – par l'Union européenne est [...] limitée par les compétences de celle-ci »¹⁵⁹⁴. « Le droit de l'Union, – nous rappelle l'auteur, – n'a pas pour objet ou pour finalité de protéger les droits de l'homme, mais l'exercice de libertés économiques ou l'attribution des droits sociaux »¹⁵⁹⁵. Bien que la consécration de l'article 13 TCE, aujourd'hui devenu l'article 19 TFUE, a élevé les interdictions des discriminations fondées sur les critères prohibés au rang de nouvel objectif, sa poursuite est cependant à son tour limitée au champ des compétences de l'Union européenne¹⁵⁹⁶. Or, celle-ci n'est pas compétente¹⁵⁹⁷ pour réglementer

¹⁵⁹² V. *infra*, § 1217 et s., spéc. § 1220.

¹⁵⁹³ Les principes d'égalité et de non-discrimination en droit de l'Union européenne ont été présentés dans la première partie de cette étude. V. *supra*, §§ 86, 87, 95 et 103. Pour une synthèse des consécutions progressives des règles d'égalité dans le droit primaire et dérivé du droit de l'Union v. I. OMARJEE, *Droit européen de la protection sociale*, Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 306-310 ; P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, pp. 183-188.

¹⁵⁹⁴ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 185, § 159-3. La limitation du champ d'applicabilité matériel des règles d'égalité issues du droit de l'Union européenne avait déjà été relevée *supra*, § 113.

¹⁵⁹⁵ *Idem.*

¹⁵⁹⁶ *Idem.*

¹⁵⁹⁷ La référence aux compétences de l'Union européenne procède aujourd'hui d'une simplification. La logique des compétences est en effet remise en cause depuis le traité de Maastricht, à la lumière notamment de l'introduction de la citoyenneté européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice qui a suivi (CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department* (par la suite *Baumbast*), aff. 413/99, AJDA, 2003, p. 1038, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, RSC, 2003, p. 156, obs. L. Idot ; CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* (par la suite *Grzelczyk*), aff. C-184/99, *Europe*, 2011, comm. 316, n. Y. Gautier, *Dr. soc.*, 2001, p. 1103, n. J.-P. Lhernould, *RDSS*, 2002, p. 396, obs. I. Daugareilh, *RTD eur.*, 2003, p. 553, n. F. David ; CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop contre Office national de l'emploi* (par la suite *D'Hoop*), aff. C-224/98 ; CJCE, 12 mai 1998, *María Martínez Sala c. Freistaat Bayern* (par la suite *Martínez Sala*), aff. C-85/96). V. en ce sens M. BENLOLO CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007 ; C. MARZO, *La*

les aspects purement internes du droit de la famille¹⁵⁹⁸. Il en découle que le champ de recherche des règles d'égalité de l'Union ayant un impact en matière familiale est limité. L'analyse du droit de l'UE demeure néanmoins pertinente. La poursuite de certains objectifs de l'Union, tels que la création d'un marché unique, la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, et plus récemment, la construction d'un statut unique qui transcende ces espaces¹⁵⁹⁹, a progressivement amené les institutions à créer des instruments applicables à la matière familiale¹⁶⁰⁰. Dès l'origine, la mobilité des travailleurs¹⁶⁰¹, puis des citoyens européens¹⁶⁰², a

dimension sociale de la citoyenneté européenne, PUAM, Aix-en-Provence, 2011 ; S. MAILLARD, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, PUAM, Aix-en-Provence, 2008). Selon la thèse de Madame MAILLARD, il faudrait distinguer en fonction de la nationalité et des liens du ressortissant d'un État tiers avec un citoyen de l'Union, voire un travailleur ressortissant d'un État tiers en séjour permanent (*ibid.*).

¹⁵⁹⁸ L'art. 81, § 3, TFUE seul donne au Conseil une compétence pour adopter les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière suivant un régime particulier exigeant l'unanimité de tous ses membres. La Cour de justice a précisé que le droit de l'Union « n'a pas pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple », CJCE, 12 juillet 1984, *Ulrich Hofmann contre Barmer Ersatzkasse* (par la suite *Hofmann*), aff. 184/83, préc., § 24. V. S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, op. cit. Pour une position critique quant aux objectifs et à l'opportunité de la compétence attribuée par l'article 81 § 3, v. I. BARRIÈRE-BROUSSE, « L'improbable européanisation du droit international privé de la famille », op. cit.

¹⁵⁹⁹ E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in B. FAUVARQUE-COSSON, E. PATAUT, J. ROCHFELD, *La citoyenneté européenne*, vol. 3, Société de Législation comparée, 2011, pp. 27-62, spéc. p. 3.

¹⁶⁰⁰ V. à ce propos S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, op. cit. ; P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., p. 317, § 268-3.

¹⁶⁰¹ Art. 48 TCEE, devenu art. 39 TCE, puis art. 45 TFUE. Pour le détail des règlements et directives adoptés en matière de liberté de circulation des travailleurs, puis des « inactifs », v. S. HENNION-MOREAU, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, 3^e éd., PUF, Paris, 2017, pp. 78-79. Concernant le passage de la notion de « travailleur migrant » à celle de « travailleur qui se déplace », indépendamment des motifs du déplacement, et ensuite au détachement du critère de travail, en matière de protection sociale, v. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., pp. 703-705. V. notamment les arrêts CJCE, 19 mars 1964, *M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht* (par la suite *Unger*), aff. 75/63 ; CJCE, 9 décembre 1965, *Hessische Knappschaft c. Maison Singer et fils* (par la suite *Singer*), aff. 44/65 ; CJCE, 11 mars 1965, *Caisse commune d'assurances "La Prévoyance sociale" c. W.H. Bertholet* (par la suite *Bertholet*), aff. 31/64 ; CJCE, 27 septembre 1988, *O. Lenoir c. Caisse d'allocations familiales des Alpes-Maritimes* (par la suite *Lenoir*), aff. 313/86, cités par l'auteur.

¹⁶⁰² V. art. 17 TCE, devenu art. 20 TFUE ; art. 18 TCE, devenu art. 21 TFUE. Concernant le passage de la libre circulation des travailleurs à la citoyenneté européenne, v. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., pp. 207-218. V. e.a. CJCE, 2 février 1989, *Ian William Cowan c. Trésor public* (par la suite *Cowan*), aff. 186/87, JCP G, 1989.II.21304, n. H. Calvet, J.-G. Huglo, *JDI*, 1989, p. 417, n. M.-C. Boutard-Labarde, *Cah. dr.*, eur., 1990, p. 388, n. J. Mertens de Wilmars, *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 83, n. M. Simon-Depitre ; CJCE, 7 juillet 1992, *Mario Vicente Micheletti et autres c. Delegación del Gobierno en Cantabria* (par la suite *Mario Vicente Micheletti*), aff. 369/90 ; CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, préc. ; CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, préc. ; CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. 413/99, préc. ; CJCE, 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department* (par la suite *Zhu et Chen*), aff. C-200/02, *Europe*, 2004, comm. 401, n. D. Simon ; CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern* (par la suite *Janko Rottman*), aff. C-135/08, *Europe*, 2010, étude 7, n. J. Heymann, *D.*, 2010, p. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *AJDA*, 2010, p. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 540, n. P. Lagarde, *RSC*, 2010, p. 709, chron. L. Idot, *RTD eur.*, 2010, p. 599, chron. L. Coutron, *Rev. UE*, 2013, p. 45, chron. E. Sabatakakis ; CJUE, 2 juin 2016, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe et Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe* (par la suite *Bagendorff von Wolffersdorff*), aff. C-438/14, *Europe*, 2016, comm. 261, n. D. Simon, *AJ fam.*, 2016, p. 392, n. M. Saulier, *RTD Civ.*, 2016, p. 820, n. J. Hauser, *RTD eur.*, 2016, p. 648, E. Pataud, *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 278, n. L. Rass-Masson. V. également la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 et spéc. son préambule.

été placée au cœur de la construction européenne. Très vite, la nécessité de faire circuler la famille de ces derniers avec eux s'est fait ressentir afin de rendre ce droit, et le droit au séjour qui l'accompagne, effectifs¹⁶⁰³. L'octroi de droits sociaux ainsi que l'extension du bénéfice de la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale aux membres de la famille ont également été nécessaires « afin de permettre dans de bonnes conditions une migration de la cellule familiale »¹⁶⁰⁴. De la même manière, l'harmonisation des règles de droit international privé permet de « faciliter la circulation des personnes, la reconnaissance des décisions et la permanence du statut personnel »¹⁶⁰⁵.

744. Des dispositions touchant à la matière familiale sont donc inscrites en droit de l'Union européenne et des règles d'égalité les couvrent. Il conviendra ainsi de rechercher quel facteur guide, dans ce cadre, la définition des exigences substantielles d'égalité en droit de l'Union européenne. Contrairement à ce que nous avons pu relever au niveau des droits de la famille français et italien, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière familiale, nous verrons qu'une conception de la famille ne peut pas être mise en exergue relativement au droit de l'Union. Un modèle familial européen¹⁶⁰⁶ n'a pas été élaboré et le rapprochement substantiel des droits de la famille des États membres reste partiel¹⁶⁰⁷. Seul un « noyau consensuel »¹⁶⁰⁸ au sein d'un « périmètre »¹⁶⁰⁹ de la famille appréhendée par le droit de l'Union a été mis en lumière (§1). Il s'ensuit qu'à ce niveau, il n'est pas possible d'orienter notre recherche comme cela a été fait dans les analyses précédentes. On ne saurait toutefois exclure que les concrétisations des dispositions d'égalité issues du droit de l'Union européenne aient un caractère particulariste. Il apparaîtra en effet que les applications des dispositions d'égalité sont orientées vers la recherche d'un équilibre entre la poursuite des objectifs de

¹⁶⁰³ En ce sens S. POILLOT-PERRUZZETTO, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 159-170.

¹⁶⁰⁴ S. HENNION-MOREAU, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, *op. cit.*, p. 208, § 159.

¹⁶⁰⁵ H. GAUDEMET-TALLON, « Avant-propos », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, *op. cit.*, pp. 1-4, spéc. p. 3. V. dans le même sens A. DEVERS, « Les propositions de règlement Régimes matrimoniaux et Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, *op. cit.*, p. 19 ; C. DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR, « L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁶⁰⁶ V. les démonstrations développées par Monsieur FULCHIRON qui s'est intéressé à la question et a proposé deux études à distance d'une décennie l'une de l'autre, en apportant dans les deux cas une réponse négative : H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois*, 2005, n° 19, p. 1461 et s. ; H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *op. cit.*, pp. 171-185.

¹⁶⁰⁷ V. l'ouvrage H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, *op. cit.*

¹⁶⁰⁸ L'expression est empruntée à Monsieur FULCHIRON. V. H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *op. cit.*, p. 174.

¹⁶⁰⁹ L'expression est empruntée à J.-Ph. LHERNOULD, « Le périmètre de la famille en droit social communautaire », *Dr. fam.*, 2005, n° 12, pp. 11-15.

l'Union et le respect des conceptions de la famille des États membres (§ 2).

§1) Le périmètre de la famille en droit de l'Union européenne

745. Il n'est pas possible de mettre en exergue, en droit de l'Union européenne, une conception de la famille telle que celles qui découlent des droits matériels italien et français, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière familiale. En revanche, le droit de l'Union n'ignore pas la variété des définitions des membres de la famille dans les droits des États membres. Cela a conduit les institutions européennes à donner de la famille une définition minimale, voire minimaliste, nécessaire à la poursuite des objectifs du droit de l'Union européenne. Ce dernier définit ainsi un noyau consensuel de la famille s'inscrivant dans un périmètre plus large, dont les contours sont en principe définis par chaque État membre (I). Ce périmètre est cependant limité par la définition d'une conception négative de la famille (II).

I) Un périmètre défini par les objectifs de l'Union

746. Le droit de l'Union européenne renvoie à celui qui pourrait être considéré le « noyau consensuel » des droits de la famille des États membres. Ce noyau n'est pas, ou très peu, défini et n'est pas limitatif. Le droit de l'Union appréhende, en effet, une multitude de formes et situations familiales. Ce périmètre de la notion de famille est une notion fonctionnelle, puisqu'elle participe à la réalisation des objectifs de l'Union européenne (A). Le droit de l'Union n'impose donc pas aux États membres de garantir une reconnaissance juridique à certaines formes familiales. La poursuite de l'objectif de libre circulation est néanmoins susceptible d'exercer une influence sur les conceptions de la famille des États membres dans le sens du pluralisme familial (B).

A) Un noyau consensuel au sein d'un périmètre fonctionnel de la famille

747. Monsieur FULCHIRON s'est intéressé à la question de savoir si un modèle familial pouvait être mis en lumière en droit de l'Union européenne et a apporté une réponse négative à la question aussi bien en 2005¹⁶¹⁰ qu'en 2014¹⁶¹¹. Néanmoins, l'auteur a isolé des éléments

¹⁶¹⁰ H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *op. cit.*, p. 1461 et s.

¹⁶¹¹ H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *op. cit.*, pp. 171-185. *Contra*, M. AZAVANT, « Famille », *Rép. dr. eur.*, actualisé en avril 2019, §§ 13-15. L'auteur considère que le fait de prendre en compte la famille recomposée ainsi que de coordonner les systèmes des conflits de lois et de justification en matière

pertinents tirés des directives européennes afin de déterminer les individus considérés comme des « membres de la famille » en droit de l'Union européenne. Il en déduit que ce droit pose un « standard commun [...] un noyau consensuel »¹⁶¹², composé par la famille nucléaire fondée sur le mariage¹⁶¹³. Il souligne cependant la possibilité qui est laissée aux États membres d'élargir la liste à d'autres membres de la famille¹⁶¹⁴. Plus généralement, Monsieur BOICHÉ souligne que les points relevant de la matière familiale sur lesquels le droit de l'Union européenne s'avance sont ceux qui font consensus, raison pour laquelle les institutions évitent, par exemple, de se prononcer sur la définition du mariage ou sur l'établissement de la filiation¹⁶¹⁵. Monsieur RASS-MASSON rejoint la conclusion de ces auteurs et en donne une explication. L'auteur souligne notamment que cela tient, d'un côté, à l'absence de compétence de l'Union pour régir le droit matériel de la famille et, d'un autre côté, à l'absence de nécessité d'une telle définition pour que les objectifs de l'Union soient réalisés¹⁶¹⁶.

748. Il nous sera permis d'étayer la notion de « noyau consensuel » mise en exergue par Monsieur FULCHIRON, en analysant différents éléments tirés du droit de l'Union. En effet, il apparaît, de manière générale, que le « noyau consensuel » comprend de manière explicite uniquement les membres sur lesquels les États membres s'accordent. Il s'agit néanmoins d'une catégorie ouverte, puisqu'elle est susceptible d'être agrémentée par de nombreuses autres situations familiales que le droit de l'Union envisage, sans pour autant en imposer la reconnaissance aux États membres. Ceci se manifeste dans les différents pans du droit de l'Union européenne¹⁶¹⁷.

familiale revient à opérer des choix matériels. Si nous ne pouvons pas dissenter de l'idée que l'Union européenne s'intéresse au droit de la famille, il manque pour autant, à notre avis, une vision d'ensemble de ce que la famille doit être en droit de l'Union européenne.

¹⁶¹² H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *op. cit.*, p. 174.

¹⁶¹³ *Idem. Contra*, A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, « Le obbligazioni alimentari tra parti di un'unione civile e tra conviventi nel diritto internazionale privato », *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n° 1, 2017, p. 196 et s., spéc. p. 205. Ces derniers auteurs fondent sur la nécessité de donner une interprétation uniforme aux règlements européens, la nécessité d'inclure, entre autres, les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, au sein de la notion de famille européenne qu'ils tirent du droit de l'Union.

¹⁶¹⁴ *Idem.*

¹⁶¹⁵ A. BOICHÉ, « La séparation (Bilan de Bruxelles II bis, articulation avec Rome III, le règlement Aliments et le Protocole de la Haye) », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶¹⁶ L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, *op. cit.*, p. 260 et s., § 327 et s.

¹⁶¹⁷ Relativement aux éléments de définition des membres de la famille relatifs au statut des fonctionnaires, nous partageons l'avis de Monsieur FULCHIRON qui considère que la particularité de la matière empêche d'étendre de telles définitions au-delà de leur objet (H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *op. cit.*, p. 174). Ces particularités, ajoutées à l'absence d'influence d'un tel domaine du droit de l'Union sur le droit des États membres, justifient également que l'analyse de ce pan de l'Union soit exclue de notre champ de recherche (Pour

749. **Regroupement familial des ressortissants des États tiers.** - L'article 4 de la directive 2003/86/CE précise par exemple que le terme « membre de la famille » désigne le conjoint, les enfants mineurs du regroupant et les enfants mineurs du conjoint, y compris adoptés. Les États peuvent néanmoins étendre une telle qualification aux ascendants en ligne directe au premier degré à charge du regroupant ou du conjoint, aux enfants majeurs à charge, au concubin ayant avec le regroupant une relation stable et durable, au partenaire enregistré¹⁶¹⁸ et aux enfants mineurs, y compris les enfants adoptés, ainsi que les enfants majeurs à charge nés de telles unions¹⁶¹⁹. La directive précise également que les États peuvent assimiler les partenaires enregistrés aux conjoints pour ce qui a trait au regroupement familial¹⁶²⁰. La même définition des membres de la famille s'applique dans le cadre de l'application de la directive relative à l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers hautement qualifiés¹⁶²¹.

750. **Droit de séjour et droits sociaux des membres de la famille des ressortissants des États membres.** - Monsieur OMARJEE remarque que la définition donnée par le règlement (CE) 883/2004¹⁶²², relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale, recoupe globalement la définition retenue dans la directive 2004/38/CE¹⁶²³, relative au droit à la libre circulation et au séjour des citoyens européens et de leurs familles. Cette dernière désigne à l'article 2, point 2), les conjoints, les partenaires enregistrés si la législation de l'État d'accueil les considère comme équivalents aux conjoints, les enfants de moins de vingt-et-un ans à charge du citoyen, de son conjoint ou de son partenaire, les ascendants directs du citoyen, de son conjoint ou de son partenaire à charge. Monsieur OMARJEE souligne cependant que la définition donnée par le règlement (CE) 883/2004 est plus restrictive que la définition donnée par la directive 2004/38/CE, puisqu'elle ne fait pas référence aux partenariats enregistrés et aux

cette raison les arrêts CJCE, 31 mai 2001, *D et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne* (par la suite *D. et Royaume de Suède/Conseil*), aff. C-122/99 P et C-125/99 P et TPI CE, 5 octobre 2009, *Commission des Communautés européennes c. Anton Pieter Roodhuijzen* (abrégé. *Commission c. Roodhuijzen*), aff. T-58/08 P ont notamment été exclus de notre analyse).

¹⁶¹⁸ Faisant l'objet d'une définition générale pouvant « englober toutes les formes d'encadrement légal du concubinage », H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *op. cit.*, p. 173. Dans le même sens, A. DEVERS, « Les propositions de règlement Régimes matrimoniaux et Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *op. cit.*, p. 21.

¹⁶¹⁹ Art. 4, §§ 2 et 3, directive 2003/86/CE.

¹⁶²⁰ Art. 4, § 3, al. 2, directive 2003/86/CE.

¹⁶²¹ Art. 2, f), directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié.

¹⁶²² Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Telle était déjà la règle adoptée par l'article 1^{er}, f) du règlement (CEE)1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, abrogé partiellement par le règlement (CE) n° 883/2004, art. 1, f, i.

¹⁶²³ 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.

ascendants¹⁶²⁴. Cela ne conduit cependant pas à restreindre les définitions nationales de la famille. Le principe posé par ce règlement¹⁶²⁵ est, en effet, celui de la liberté des États membres dans la définition des membres de la famille. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que le règlement (CE) 883/2004 reprend le « noyau consensuel » en précisant que si la législation d'un État membre applicable ne définit pas les membres de la famille, le conjoint, les enfants mineurs et les enfants majeurs à charge sont considérés comme membres de la famille¹⁶²⁶. Par ailleurs, relativement à l'insertion du partenaire enregistré parmi les membres de la famille dans la directive 2004/38/CE, la doctrine a pu souligner que « les juges de l'Union n'ont pas développé, au nom de l'effectivité de la circulation du citoyen européen, leur propre analyse du partenariat enregistré »¹⁶²⁷, qui ne fait donc pas l'objet d'une définition autonome en droit de l'Union.

751. Le règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union¹⁶²⁸, quant à lui, ne définit pas la famille, seuls étant expressément visés les enfants du travailleur¹⁶²⁹. La Cour de justice a cependant eu l'occasion de préciser ce qu'implique la notion de « famille » au sens de ce règlement. Dans l'affaire *Depesme et Kerrou*¹⁶³⁰ elle a considéré que les membres de la famille, au sens du règlement n° 492/2011, sont ceux que la directive 2004/38/CE¹⁶³¹, précédemment présentée, énonce.

De même, la directive 2014/54¹⁶³² facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le cadre de leur libre circulation renvoie à l'article 2, point 2 de la directive 2004/38/CE pour définir les membres de la famille. Ces dernières directives ne changent ainsi pas la volonté englobante mais faiblement prescriptive qui a pu être dégagée des textes précités du droit de l'Union¹⁶³³.

¹⁶²⁴ I. OMARJEE, *Droit européen de la protection sociale*, op. cit., p. 172.

¹⁶²⁵ Article 1^{er}, i), 1), i), règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale partiellement abrogé (v. supra, note n° 1622).

¹⁶²⁶ Article 1^{er}, i), 2), règlement (CE) n° 883/2004.

¹⁶²⁷ S. HENNION-MOREAU, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, op. cit., p. 105, § 90.

¹⁶²⁸ Abrogeant le règlement (CEE) 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

¹⁶²⁹ Art. 10 du règlement (UE) n° 492/2011.

¹⁶³⁰ CJUE, 15 décembre 2016, *Depesme et Kerrou*, aff. C-401/15 à C-403/15, *JCP G*, 2016, p. 1425, n. D. Berlin, *AJ. fam.*, 2017, p. 142, obs. S. Le Gac-Pech, *RTD civ.*, 2017, p. 112, obs. J. Hauser.

¹⁶³¹ CJUE, 15 décembre 2016, *Depesme et Kerrou*, préc., § 51.

¹⁶³² Directive 2014/54/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs.

¹⁶³³ Pour des interprétations de la notion de membre de la famille par la Cour de justice v., par exemple, CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, préc., spéc. § 57 et CJCE, 30 septembre 2004, *Engin Ayaz c. Land Baden-Württemberg* (par la suite *Ayaz*), aff. C-275/02, *Europe*, 2004, comm. 352, n. E. Meisse, précisant que les

752. **Coopération judiciaire en la matière familiale transfrontière.** - La même position peut être mise en exergue dans les instruments relatifs à la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière. Le mariage a été la première forme familiale¹⁶³⁴ explicitement appréhendée par les règlements européens de droit international privé. Il s'agit d'un règlement adopté dans le cadre d'une coopération renforcée, une procédure exigeant qu'au moins neuf États membres trouvent un terrain d'entente¹⁶³⁵, faute de l'unanimité en principe requise par l'article 81, § 3, TFUE dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière. Des règlements portent en effet sur le divorce¹⁶³⁶. Plus récemment, des règlements concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux¹⁶³⁷ et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés¹⁶³⁸ ont

descendants comprennent les enfants du conjoint au sens du règlement (CEE) 1612/68 ; CJCE, 25 juillet 2008, *Blaise Baheten Metock et autres c. Minister for Justice, Equality and Law Reform* (par la suite *Metock*), aff. C-127/08, *Europe*, 2008, comm. 312, n. J. Lassalle, *JCP S*, 2008, p. 1593, n. J. Cavallini, sur l'absence de condition de séjour préalable dans un autre État membre pour être qualifié de membre de la famille au sens de l'art. 2, § 2, de la directive 2004/38/CE ; CJCE, 13 février 1985, *Aissatou Diatta c. Land Berlin* (par la suite *Aissatou*), aff. C-267/83 ; CJUE, 8 novembre 2012, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm* (par la suite *Iida*), aff. C-40/11, *Europe*, 2012, comm. 389, n. A. Rigaux, *JCP G*, 2012, p. 1283, n. D. Berlin, D., 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *AJDA*, 2013, p. 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabères, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 339, n. S. Barbou des Places, *RTD eur.*, 2013, p. 667, obs. F. Benoît-Rohmer, sur l'absence de condition de cohabitation des époux aux fins de la qualification de « conjoint » au sens du règlement (CEE) 1612/68 ; CJUE, 18 mars 2014, *C. D. c. S. T.*, aff. C-167/12, *Dr. fam.*, 2014, comm. 112, n. F.-X. Bréchet, *Europe*, 2014, comm. 187, n. D. Simon, *Europe*, 2014, comm. 228, n. L. Driguez, *AJDA*, 2014, p. 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère, D., 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, *AJ fam.*, 2014, p. 310, obs. H. Roberge, excluant la mère d'intention de la notion de mère aux fins de l'attribution d'un congé maternité ; CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, préc., sur la qualification de conjoint au sens de l'État d'origine et non de l'État d'accueil de la personne ayant conclu un mariage avec une personne de même sexe aux fins de l'attribution d'un droit de séjour ; CJUE, 26 mars 2019, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, aff. C-129/18, *Dr. fam.*, 2019, alerte 31, n. M. Lamarche, *Europe*, 2019, comm. 184, n. A. Rigaux, *AJ fam.*, 2019, p. 283, n. J. Houssier, *RTD eur.*, 2019, p. 717, n. E. Pataut, *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 768, n. P. Hammje, refusant de considérer un enfant mineur pris en charge à travers une kafala algérienne par un ressortissant européen comme un « descendant direct » de ce dernier.

¹⁶³⁴ Madame BORRÁS souligne, citant Simone de Beauvoir, que si la dissolution a été le premier aspect du mariage à avoir été appréhendé par le droit de l'Union, dans le cadre de la coopération civile dans le domaine du droit de la famille, c'est parce que « les gens heureux n'ont pas d'histoire », A. BORRÁS, « Introduction générale. L'évolution du droit de la famille en Europe », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, op. cit., p. 7 ; S. DE BEAUVOIR, *La femme rompue ; l'âge de discrétion ; monologue*, Gallimard, 1968.

¹⁶³⁵ Cette possibilité est ouverte par l'article 20 TUE.

¹⁶³⁶ Notamment avec l'adoption du règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (appelé Bruxelles II), abrogé par le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (appelé Bruxelles II bis) et qui sera remplacé à partir du 1^{er} août 2022 par le règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfant (par la suite « Bruxelles II ter »). La dissolution du mariage a été également la première matière familiale dans laquelle une coopération renforcée, visant l'harmonisation des règles de conflit de lois, a été adoptée, v. règlement « Rome III », préc.

¹⁶³⁷ Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016, règlement « Régimes matrimoniaux », préc.

¹⁶³⁸ Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016, règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », préc.

également été adoptés dans le cadre de coopérations renforcées auxquelles la France et l'Italie participent¹⁶³⁹. Le partenariat enregistré est ici, comme dans les textes relatifs à la libre circulation, au regroupement familial ou à l'attribution de droits sociaux, appréhendé par le droit dérivé de l'Union, sans que la consécration du partenariat enregistré ne soit imposée aux États membres¹⁶⁴⁰. Monsieur FULCHIRON souligne à cet égard que la définition qui en est donnée est générale et qu'elle est ainsi susceptible d'englober toute forme de concubinage autre que les unions de fait¹⁶⁴¹ régie par les droits nationaux¹⁶⁴². La distinction que ces règlements introduisent entre les deux formes d'union ne saurait refléter une conception de la famille propre au droit de l'Union. Elle ne fait que prendre en compte les législations nationales qui, elles, distinguent les effets patrimoniaux des deux unions. La preuve en est que certaines dispositions du droit dérivé précisent que les États membres sont libres d'assimiler le mariage au partenariat enregistré¹⁶⁴³.

753. Un périmètre fonctionnel à la poursuite des objectifs de l'Union. - La prise en compte par le droit de l'Union européenne de la variété des formes familiales qui trouvent une reconnaissance juridique dans les États membres ne doit pas être confondue avec la protection d'une conception pluraliste de la famille. La définition d'un vaste périmètre de ce que *peut* constituer une « famille » sert la poursuite des buts de l'Union. Celle-ci a besoin d'appréhender l'ensemble des réalités sociales afin de rendre effectifs les droits qu'elle considère comme fondamentaux, dont la libre circulation est la pièce maîtresse¹⁶⁴⁴. Telle est la raison pour laquelle une forme familiale unique n'est pas pertinente en droit de l'Union. Ce que les institutions européennes définissent n'est donc pas une conception de la famille à promouvoir, mais un « périmètre » fonctionnel à la poursuite des objectifs du droit de l'Union¹⁶⁴⁵.



754. En conclusion, les textes européens reprennent le noyau dur des conceptions de la famille

¹⁶³⁹ Voici la liste des États participant à ces coopérations renforcées : la Belgique, la Bulgarie, la République tchèque, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la France, la Croatie, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, l'Autriche, le Portugal, la Slovaquie, la Finlande et la Suède.

¹⁶⁴⁰ V. CJUE, 24 novembre 2016, *David L. Parris c. Trinity College Dublin* e.a. (par la suite *Parris*), aff. C-443/15, § 59, *Europe*, 2017, comm. 24, n. L. Driguez, *Rev. trav.*, 2017, p. 267, n. N. Moizard.

¹⁶⁴¹ V. en ce sens le considérant 16 du règlement.

¹⁶⁴² H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *op. cit.*, p. 173.

¹⁶⁴³ Ainsi, l'art. 4, § 3, al. 2, directive 2003/86/CE.

¹⁶⁴⁴ A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination : éléments du statut de citoyen de l'UE*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 28, 39 et s. ; v. sur le sujet, Y. CARLIER, *Trente ans de libre circulation en Europe*, OPOCE, Luxembourg, 2000 ; J.-Y. CARLIER et E. GUILD (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

¹⁶⁴⁵ J.-Ph. LHERNOULD, « Le périmètre de la famille en droit social communautaire », *op. cit.*, pp. 11-15.

des États membres. Ils renvoient globalement à la famille nucléaire fondée sur le mariage. Celle-ci englobe le mariage entendu en tant qu'union d'un homme et d'une femme, les enfants mineurs et majeurs à charge nés de cette union et englobe aussi parfois les ascendants à charge. Cette référence au noyau dur de la conception de la famille des États membres s'accompagne cependant de l'ouverture à d'autres formes familiales, et notamment la famille hors mariage et la famille recomposée, ainsi qu'à la définition du mariage comprenant les unions conclues par les couples de même sexe. Ces ouvertures sont en principe, laissées à la discrétion des États membres. Les textes européens ne visent en effet pas à imposer une conception donnée de la famille, mais à prendre en compte la réalité des obstacles à la circulation des personnes. L'objectif de libre circulation peut cependant exiger la reconnaissance des situations, y compris familiales, constituées dans d'autres États membres, ce qui peut conduire à une osmose des conceptions de la famille non souhaitée par les États membres.

B) Les objectifs de l'Union conduisant à l'osmose des conceptions de la famille des États membres

755. La définition ouverte de la famille qui ressort des textes du droit dérivé de l'Union s'inscrit dans la ligne de ce que Monsieur FULCHIRON nomme la *loi du libéralisme maximum*, pour laquelle - « dans un ensemble de systèmes coordonnés où la liberté des individus constitue une valeur essentielle, le système le plus libéral tend "naturellement" à s'imposer aux autres, soit directement, soit indirectement »¹⁶⁴⁶.

756. **L'effet du rapprochement des droits matériels de la famille.** - La doctrine a déjà eu l'occasion de souligner que la poursuite des objectifs de l'Union, et notamment de la libre circulation des personnes, a eu pour effet de rapprocher les droits matériels de la famille des États membres¹⁶⁴⁷, dans le sens de leur libéralisation. Monsieur PATAUT affirme à cet égard qu'il devient « plus aisé d'obtenir dans un autre État membre ce qu'il était difficile d'obtenir dans le sien »¹⁶⁴⁸. L'auteur porte en exemple les normes de droit international privé relatives au divorce. « La combinaison de critères de compétence larges et la libéralisation de la circulation des jugements de divorce a rendu presque illusoire la prohibition du divorce en Europe »,

¹⁶⁴⁶ H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *op. cit.*, p. 1461 et s., point II) A).

¹⁶⁴⁷ V. A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Université de Bourgogne, 2011, pp. 415-449.

¹⁶⁴⁸ E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, *op. cit.*, p. 101.

souligne l'auteur¹⁶⁴⁹. Monsieur FULCHIRON met en évidence, quant à lui, qu'« en favorisant [...] la pénétration de la volonté individuelle et du pluralisme en matière de divorce ou de succession, les règlements de droit international privé exercent une influence réelle sur le droit matériel des États membres »¹⁶⁵⁰. Il souligne que l'inclusion des formes familiales concernant les personnes homosexuelles dans les règlements de droit international privé, ainsi que l'emploi de la méthode de la reconnaissance¹⁶⁵¹, « facilitent l'acclimatation éventuelle de nouvelles formes de vie familiale et pave la route vers une éventuelle évolution des droits internes »¹⁶⁵². Madame DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR, quant à elle, s'interroge sur l'existence d'un tel impact sur les droits de la famille des États membres découlant du recul des ordres publics internationaux de ces derniers sous l'impulsion du droit de l'Union¹⁶⁵³.

757. L'arrêt *Coman*¹⁶⁵⁴ fournit une illustration de la difficulté pour les États membres de garder à distance les formes familiales inconnues du droit national lorsqu'il est nécessaire de garantir le respect du principe de liberté de circulation¹⁶⁵⁵. L'affaire concernait le refus opposé par les autorités roumaines de reconnaître un mariage conclu dans un autre État membre entre deux personnes de même sexe, dont un ressortissant de l'Union, afin que le conjoint puisse bénéficier d'un droit au séjour¹⁶⁵⁶. La question posée à la Cour de justice était de savoir si, aux fins de l'attribution de ce droit, la notion de conjoint devait être définie au sens de l'État d'accueil. La Cour a répondu par la négative à cette question sur le fondement de l'article 21 TFUE en considérant qu'une réponse positive aurait conduit à entraver la libre circulation des personnes. Il convient donc d'entendre le mariage selon la définition qu'en donne l'ordre juridique d'origine. En effet, l'ordre juridique de destination, à savoir le droit roumain, n'ouvrirait pas le mariage aux couples de même sexe. La Cour a donc précisé que « laisser aux États membres la possibilité d'accorder ou de refuser l'entrée et le séjour sur leur territoire à un ressortissant d'un

¹⁶⁴⁹ *Idem.*, p. 101. Dans le même sens B. ANCEL, H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le règlement dit "Bruxelles II" », *Rev. crit. DIP*, 2001, n° 3, p. 403 et s., spéc. §§ 10 et 48.

¹⁶⁵⁰ H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *op. cit.*, p. 180.

¹⁶⁵¹ Laquelle sera présentée dans la suite de cette étude. V. *infra*, § 860.

¹⁶⁵² H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *op. cit.*, p. 180.

¹⁶⁵³ C. DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR, « L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille », *op. cit.*, pp. 195-197.

¹⁶⁵⁴ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, préc.

¹⁶⁵⁵ Plus généralement sur cette question v. A. STRUYCKEN, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *RCADI*, 1992, p. 260 et s. ; M. FALLON, « Variations sur le principe d'origine entre droit communautaire et droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 187 ; L. RADICATI DI BROZOLO, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev. crit. DIP*, 1993, pp. 401-424 ; A. GOSSELIN-GORAND, « Le droit international privé communautaire : émergence et incidences », *LPA*, 2002, n° 248.

¹⁶⁵⁶ Directive relative au droit à la libre circulation et au séjour des citoyens européens et de leurs familles, préc.

État tiers, dont le mariage avec un citoyen de l'Union de même sexe a été conclu dans un État membre conformément au droit de celui-ci, selon que les dispositions du droit national prévoient ou non le mariage entre personnes de même sexe, aurait pour effet que la liberté de circulation des citoyens de l'Union, qui ont déjà fait usage de cette liberté, varierait d'un État membre à l'autre, en fonction de telles dispositions de droit national »¹⁶⁵⁷. Elle exige ainsi la reconnaissance du mariage conclu dans un autre État membre aux fins de l'octroi d'un droit de séjour découlant de son statut de conjoint d'un citoyen de l'Union.

Cet arrêt permet ainsi de saisir l'influence sur les conceptions de la famille des États membres que la progression vers une intégration européenne de plus en plus poussée peut amener, et notamment l'exigence de garantir le principe de libre circulation¹⁶⁵⁸.

758. La réticence à souscrire la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

– La conscience de cette influence, couplée à la volonté des États membres de protéger sa conception de la famille, peut expliquer la réticence de ces derniers à souscrire la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le respect des droits fondamentaux du droit de l'Union peut en effet affecter la conception de la famille des États membres. La crainte que l'exigence de conformité à ces droits n'affecte l'« identité nationale » dont l'article 4 § 2 TUE fait mention a notamment conduit à l'adoption du Protocole n° 30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE à la Pologne et au Royaume-Uni¹⁶⁵⁹. Ce texte empêche notamment que la Cour de justice soit appelée à se prononcer sur la conformité de la loi polonaise et britannique aux droits fondamentaux consacrés dans le Traité de Nice¹⁶⁶⁰ et rendus obligatoires par le Traité de Lisbonne¹⁶⁶¹.

759. La réticence à adopter des règlements européens en matière familiale. - Le fait que de nombreux États membres s'opposent à l'adoption de règlements européens en matière familiale dévoile également la peur que l'application de ces textes les conduise à renoncer à leur conception de la famille, en laissant pénétrer des formes familiales que le droit national

¹⁶⁵⁷ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, préc., § 39.

¹⁶⁵⁸ En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, op. cit., p. 85.

¹⁶⁵⁹ JOCE 09/05/2008, n° 115, pp. 0313-0314. En ce sens S. CURSOUX-BRUYÈRE, « Les fragilités de l'espace européen des libertés : "des maux pour un bien" », *Rev. UE*, n° 636, 2020, pp. 176-179, spéc. §§ 13-14.

¹⁶⁶⁰ Pour aller plus loin, v. les doutes relatifs à la cohérence des dispositions du Protocole entre elles soulevés par J.-P. JACQUÉ, « Les apparences et la réalité », *RTD eur.*, n° 4, 2009, pp. 639-642, spéc. § 6.

¹⁶⁶¹ Le Traité de Lisbonne a été signé le 13 décembre 2007 et est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 (JOUE, 19.12.2007, n° C 306/01).

n'admet pas¹⁶⁶². Considérons en effet, comme Monsieur FULCHIRON l'évoque, que « le règlement Rome III, à travers l'existence même de ses clauses de sauvegarde, s'ouvre également au mariage homosexuel ». Il en va de même pour le règlement « Régimes matrimoniaux » qui se déclare « *gender neutral* »¹⁶⁶³. Cela explique que plusieurs règlements touchant à la matière familiale aient été adoptés dans le cadre de coopérations renforcées. Les règlements « Rome III », « Régimes matrimoniaux », « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » doivent être cités à cet égard.

760. Ces mêmes craintes ont conduit à insérer dans ces règlements des garde-fous qui témoignent de l'attachement aux conceptions nationales de la famille des États engagés dans la coopération renforcée¹⁶⁶⁴. Il convient de citer à cet égard la possibilité prévue par les règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » que le juge refuse d'exercer sa compétence si le droit national ne connaît pas, respectivement, le mariage et le partenariat enregistré en cause¹⁶⁶⁵. Les États gardent également la main sur leur conception de la famille grâce à l'absence de qualification autonome relative au mariage et à une définition extrêmement englobante du partenariat enregistré¹⁶⁶⁶. Il en va de même à travers l'exclusion du champ d'application matériel des règlements des questions préalables concernant la validité du rapport de droit en cause¹⁶⁶⁷. De plus, le règlement « Rome III » exempte le juge de l'État

¹⁶⁶² En ce sens, C. NOURISSAT, M. REVILLARD, « Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Defrénois*, n° 17, 2016, pp. 878-894 et s., spéc. § 3 ; I. BARRIÈRE BROUSSE, « Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *JDI*, n° 2, 2017, doctr. 6, § 1 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., p. 164. Concernant les règlements « Régimes matrimoniaux » (préc.) et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (préc.), il s'agit notamment de la Pologne et de la Hongrie. Pour aller plus loin v. P. TWARDUCH, « Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais », *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2016, pp. 465-478.

¹⁶⁶³ H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », op. cit., p. 183.

¹⁶⁶⁴ Pour une critique plus générale relative à la cristallisation des divergences des intérêts nationaux qui a lieu à travers l'adoption de conventions internationales en droit international privé, v. Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, t. 246, 1994-II.

¹⁶⁶⁵ Art. 9 des règlements « Régimes matrimoniaux » (préc.) et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (préc.). Madame BARRIÈRE BROUSSE souligne qu'il peut s'agir du partenariat enregistré et du mariage entre personnes de même sexe, mais également de la polygamie ou du mariage célébré uniquement en la forme religieuse (I. BARRIÈRE BROUSSE, « Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », op. cit., § 3).

¹⁶⁶⁶ V. art. 3.1.a du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (préc.) qui le définit comme « le régime régissant la vie commune de deux personnes prévu par la loi, dont l'enregistrement est obligatoire en vertu de ladite loi et qui répond aux exigences juridiques prévues par ladite loi pour sa création ».

¹⁶⁶⁷ Ainsi, le règlement « Rome III » (préc.) et « Régimes matrimoniaux » (préc.) ne s'applique pas aux questions de l'existence, de la validité, de la reconnaissance et de l'annulation du mariage (respectivement, art. 1. 1.b et art. 1.2.b). Le règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (préc.), ne s'applique pas aux questions de l'existence, de la validité, de la reconnaissance d'un partenariat enregistré (art. 1.2.b). Des auteurs s'interrogent cependant sur l'effectivité de la possibilité de refuser de reconnaître un divorce entre personnes de même sexe,

membre qui ne prévoit pas le divorce¹⁶⁶⁸, ou qui ne considère pas le mariage comme valable, de l'obligation de prononcer le divorce¹⁶⁶⁹. L'ensemble de ces prévisions est ainsi destiné à protéger l'État membre contre l'inflation libertaire à laquelle conduit la protection des libertés de circulation.



761. Le fait que le droit de l'Union européenne ne protège pas une forme familiale n'exclut donc pas que la conception de la famille des États membres soit affectée. La poursuite des objectifs de l'Union européenne peut en effet amener les États membres à une ouverture non souhaitée à des situations familiales inconnues du droit national, et notamment aux situations familiales créées à l'étranger dont la reconnaissance est demandée dans l'ordre juridique du for. Ceci explique la difficulté à adopter l'unanimité des règlements européens concernant le droit international privé de la famille. Ceci explique également que les règlements adoptés dans le cadre de coopérations renforcées contiennent des instruments permettant aux États membres de se prémunir contre l'osmose des conceptions nationales que le principe de libre circulation peut engendrer.

Le droit de l'Union ne définit donc pas une conception de la famille, afin de laisser intactes les conceptions des États membres, dans la limite de ce que la poursuite des objectifs de l'Union européenne permet. Ce droit laisse toutefois transparaître l'existence d'une conception négative de la famille, venant encercler le périmètre dessiné.

II) Un périmètre influencé par l'égalité ?

762. L'analyse de la notion d'ordre public européen¹⁶⁷⁰ relevant du droit de l'Union nous permet de mettre en évidence l'existence d'une conception négative de la famille. Il s'agit de définir, non pas ce que la famille peut être selon le droit de l'Union, mais de préciser au contraire les conceptions de la famille que ce droit rejette. Deux illustrations, l'une tirée du jeu de l'ordre

dans la mesure où l'article 38, ainsi que le considérant n° 54 de ces règlements insistent sur la nécessité de respecter les droits fondamentaux (I. BARRIÈRE BROUSSE, « Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *op. cit.*, § 3 ; L. USUNIER, « Libre, mobile, divers : le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 806-813, spéc. dernier paragraphe). Nous avons cependant émis des réserves concernant l'effectivité de cette disposition. V. *supra*, §§ 126-127.

¹⁶⁶⁸ Cela n'est plus le cas à l'heure actuelle. À l'époque de l'adoption du règlement, Malte interdisait cependant le divorce.

¹⁶⁶⁹ Art. 13 du règlement « Rome III ».

¹⁶⁷⁰ Sur cette notion en droit de l'Union européenne v. J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, 2005 ; S. POILLOT-PERRUZZETTO, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 159-169.

public pour faire échec au jeu des règles de conflit de lois (A), l'autre du droit de séjour et du droit au regroupement familial (B), viendront étayer notre propos.

A) L'article 10 du règlement « Rome III » : une exigence d'égalité

763. Le règlement « Rome III »¹⁶⁷¹, adopté à la suite de la mise en place d'une coopération renforcée entre certains États membres¹⁶⁷², introduit une clause spéciale d'ordre public en son article 10. Cette norme dispose que « [l]orsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 [...] n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ». Cet article impose d'écarter la loi étrangère qui introduirait une différence de traitement en raison du sexe relativement au prononcé du divorce. L'égalité des sexes est ainsi directement intégrée à la notion d'ordre public international. L'Avocat général à la Cour de justice, appelé à formuler des conclusions relativement à l'affaire *Sahyouni*¹⁶⁷³, s'est d'ailleurs exprimé dans le sens d'une exigence de respect non modulable de l'égalité des sexes. Il a notamment considéré qu'une contrariété *in abstracto* suffit à écarter la loi étrangère désignée dans son ensemble¹⁶⁷⁴.

764. **Égalité ou définition par la négative de la famille ?** - Cette règle participe, certes, à l'objectif d'uniformisation des instruments du droit international privé¹⁶⁷⁵. Elle contribue cependant en même temps à définir, non pas ce que la famille doit être, mais ce que la famille *n'est pas et ne doit pas* être dans l'Union. Rappelons en effet que la famille inégalitaire, fondée sur la prééminence du mari sur son épouse, dérivée du droit romain est désormais rejetée par les droits français et italien¹⁶⁷⁶. Elle l'est également par la Cour européenne des droits de l'homme qui opère un contrôle strict de ces inégalités de traitement en matière familiale¹⁶⁷⁷.

Il existe donc une communauté de vues au sein des États européens à cet égard, et *a fortiori*, au sein des États participant à la coopération renforcée. L'article 10 conduit plus exactement à

¹⁶⁷¹ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

¹⁶⁷² Les États participant à cette coopération renforcée sont : la Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie.

¹⁶⁷³ Points 70-89 des conclusions de l'Avocat général AUGMANDSGAARD ØE rendu dans le cadre de l'affaire soumise à la Cour de justice C-372/16, *Soha Sahyouni c. Raja Mamisch, D.*, 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seske, *AJ fam.*, 2018, p. 119, obs. A. Boiché, *RTD eur.*, 2018, p. 841, obs. V. Egea, *JCP*, 2018, doctr. 228, obs. M. Farge, *Procédures*, 2018, comm. 44, obs. C. Nourissat, sur laquelle la Cour s'exprimera dans un arrêt datant du 20 décembre 2017.

¹⁶⁷⁴ *Idem.*, point 82.

¹⁶⁷⁵ En ce sens, *idem.*, point 86.

¹⁶⁷⁶ V. *supra*, § 471 et s.

¹⁶⁷⁷ V. *supra*, § 688 et s.

mettre à l'écart les lois étrangères permettant la répudiation¹⁶⁷⁸. Une définition par la négative de la famille en Europe s'en déduit. Le refus de cette inégalité montre qu'une conception de la famille inégalitaire, attribuant plus de pouvoir à l'un des époux en raison de son sexe, ne peut pas entrer dans le périmètre tracé par le droit de l'union. Le rejet de cette inégalité de traitement montre ainsi ce que la famille n'est pas et ne peut pas être, *a minima*, au sein des États membres participant à la coopération renforcée.



765. Cela peut laisser penser que le principe d'égalité est l'élément qui contribue à définir le périmètre de la famille en droit de l'Union européenne. La mise en perspective de l'article 10 du règlement « Rome III » avec un autre élément conduit cependant à douter que la *ratio* du rejet de certaines formes familiales étrangères soit exclusivement l'égalité.

B) Au-delà de l'exigence d'égalité : une définition par la négative de la famille

766. **Le rejet de la polygamie.** - L'analyse des limites du droit au regroupement familial en droit de l'Union porte à considérer que, plus que le rejet des systèmes familiaux inégalitaires, ce qui est rejeté est la famille inspirée de la *charia* islamique. L'exemple de l'accès au territoire européen des femmes polygames laisse en effet penser que l'exclusion de cette conception de la famille du périmètre dessiné par le droit de l'Union n'est pas motivée par l'égalité. Le droit au regroupement familial cède le pas devant la volonté de refuser la pénétration des familles d'empreinte musulmane, et notamment des femmes polygames, sur le territoire de l'Union¹⁶⁷⁹. L'article 4, § 4), alinéa 1^{er}, de la directive 2003/86/CE¹⁶⁸⁰ interdit en effet le droit au

¹⁶⁷⁸ G. LARDEUX, « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.*, 2011, n° 27, p. 1835 et s., spéc. point II, A, 2 ; M. FARGE, « Détermination du droit applicable » in P. MURAT, *Droit de la famille*, Dalloz, 2016, point 512.458 ; P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP*, 2011, n° 2, p. 291 et s., § 43 ; H. FULCHIRON, « Divorce, séparation de corps », *JCl. Dr. int.*, synthèse n° 120, actualisé le 19 juillet 2017, § 44 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Divorce. – Divorce prononcé en France. – Loi applicable. – Effets. – Conversion de la séparation de corps en divorce », *JCl. Dr. int.*, fasc. 547-20, actualisé le 1^{er} mars 2017, § 73 ; A. DEVERS, M. FARGE, « Le nouveau droit international privé du divorce - À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP G*, 2012, n° 26, doct. 778, § 28 ; D. SINDRES, « Ordre public de proximité - Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, 2012, n° 3, doct. 10, spéc. §§ 1 et 8 ; A. ZANOBETTI, « Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale », *NGCC*, 2012, II, pp. 250-261, spéc. p. 258.

¹⁶⁷⁹ En ce sens G. WILLEMS, « Article 9. Droit de se marier et de fonder une famille », in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018, spéc. § 15.

¹⁶⁸⁰ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

regroupement familial à un conjoint, si le regroupant a déjà un premier conjoint vivant avec lui sur le territoire d'un État membre. Le second alinéa prévoit de plus que « [...] les États membres peuvent imposer des restrictions concernant le regroupement familial des enfants mineurs d'un autre conjoint auprès du regroupant ».

De même, relativement à la mise en œuvre de la directive 2004/38/CE, garantissant le droit, aux membres de la famille du citoyen européen, de circuler et de séjourner librement dans les États membres autres que celui dont il est ressortissant, la Commission a fourni des précisions dans les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de ladite directive. Elle a affirmé que « les États membres ne sont pas tenus de reconnaître les mariages polygames, contractés légalement dans un pays tiers, qui peuvent être contraires à leur ordre juridique interne », renvoyant à l'arrêt *Alilouch El Abasse c. Pays-Bas* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, précédemment analysé¹⁶⁸¹, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a considéré comme justifiée la différence de traitement entre un enfant né d'un mariage polygame par rapport à un enfant né d'un mariage monogame.



767. L'article 10 du règlement Rome III, couple à l'analyse des limites posées au bénéfice au profit de la famille polygamique du droit au regroupement familial nous poussent à considérer que l'Union européenne donne une définition par la négative de la famille. Celle-ci refuse la famille inégalitaire et semble, de manière plus spécifique, empêcher la pénétration dans l'Union européenne de la conception de la famille inspirée de la *charia* islamique.

768. Il apparaît alors que la répudiation n'est pas rejetée uniquement en raison de son caractère inégalitaire¹⁶⁸². Certes, des lois permettant la répudiation autre que celles d'inspiration musulmane vont être emportées par l'article 10¹⁶⁸³. De même, le droit au regroupement familial sera interdit à des femmes polygames même non musulmanes et éventuellement à leurs enfants. Il n'empêche que ce sont ces deux institutions familiales, la répudiation et la polygamie, qui

¹⁶⁸¹ Nous avons présenté cet arrêt sous l'appellation *A et A c. Pays-Bas* (v. *supra*, § 686), telle que reportée sur la base de données HUDOC (décision d'irrecevabilité, Comm. EDH, 6 janvier 1992, req. n° 14501/89, préc.). V. également CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat c. Malte* (déc.), req. n° 38797/07, préc. affirmant la conformité à l'art. 8 du refus de reconnaître un mariage polygamique, ainsi que la conformité à l'article 14 en raison de l'absence de différence de traitement du requérant par rapport à toute autre personne se trouvant dans une situation similaire. Sur le même thème v. également, Comm. EDH, 29 juin 1992, *Bibi c. Royaume-Uni*, req. n° 19628/92, préc. considérant conforme aux articles 8 et 14 l'interdiction d'accès au territoire la seconde épouse dans le but d'éviter la création de ménages polygamiques, contraires à l'ordre public de l'État.

¹⁶⁸² Lequel sera analysé de manière plus approfondie par la suite, relativement à la jurisprudence française portant sur la reconnaissance des jugements de répudiation prononcés à l'étranger. V. *infra*, § 997 et s.

¹⁶⁸³ Par exemple *gueth* issu de la loi mosaïque, qui correspond à un acte de répudiation que le mari doit délivrer à sa femme pour qu'elle puisse se remarier religieusement. V. *infra*, § 1165 et s.

sont directement ou indirectement visées par les textes et que la conception de la famille qui admet les deux est celle issue de la *charia*. Le droit de l'Union européenne semble ainsi s'employer à lutter spécifiquement contre la pénétration de la conception islamique de la famille dans l'Union, y compris au prix du sacrifice du principe de libre circulation et du droit au regroupement familial de la femme polygame et de ses enfants. Ainsi le droit au regroupement familial n'est accordé qu'à la famille comprise dans le périmètre qui a précédemment été mis en exergue¹⁶⁸⁴ et qui correspond à une conception monogamique de la famille¹⁶⁸⁵.

Sur la base de ces conclusions, il convient de s'interroger sur les facteurs guidant la définition d'exigences substantielles d'égalité touchant à la matière familiale en droit de l'Union européenne.

§2) Des règles d'égalité entre poursuite des objectifs du droit de l'Union et respect des conceptions de la famille des États membres

769. L'analyse des concrétisations des règles d'égalité en droit de l'Union européenne touchant la matière familiale devra faire l'objet de la présente étude à la lumière de ce qui précède. L'absence en droit de l'Union européenne d'une volonté d'adopter une conception de la famille en tant que telle empêche de poser un cadre de recherche identique à celui qui a permis d'analyser les droits matériels français et italien de la famille, ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière familiale. Il n'est, en effet, pas possible de démontrer la subordination des concrétisations des règles d'égalité à une conception de la famille promue par le droit de l'Union européenne. Cela n'exclut cependant pas que les applications des règles d'égalité soient orientées, ici comme ailleurs, vers la poursuite d'autres objectifs que l'égalité elle-même.

770. Or, l'avènement d'une « Europe des droits fondamentaux », et, en ce qui nous concerne, l'Europe garante du principe d'égalité et de non-discrimination, a eu un impact limité en matière familiale. Les textes du droit de l'Union européenne ne contiennent donc pas d'exigences substantielles d'égalité applicables à ce domaine du droit **(I)**. En revanche, la Cour de justice est régulièrement appelée à interpréter des règles d'égalité issues du droit de l'Union. Cela la conduit à définir des contenus de l'égalité touchant à la matière familiale ou fondés sur le statut familial des individus, ou bien à fournir aux États membres les instruments pour qu'ils

¹⁶⁸⁴ V. *supra*, § 745 et s.

¹⁶⁸⁵ En ce sens S. HENNION-MOREAU, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, *op. cit.*, p. 109, § 92.

définissent des exigences substantielles d'égalité conformes aux exigences européennes. C'est donc à ce niveau que le facteur guidant la définition des contenus de l'égalité touchant à la matière familiale en droit de l'Union devra être recherché. Il en ressortira qu'en dehors de la poursuite des objectifs de l'Union européenne, la Cour de justice se montre aussi respectueuse que possible des conceptions nationales de la famille (II).

I) L'impact limité d'une « Europe des droits fondamentaux » sur les conceptions nationales de l'égalité en matière familiale

771. Madame BARBOU DES PLACES a offert une étude sur la signification et la fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire mettant en exergue le caractère édificateur, et, dirons-nous, fonctionnel du principe dans la construction économique européenne¹⁶⁸⁶. L'auteure a souligné que le principe de non-discrimination en droit communautaire « apparaît comme essentiel à la réalisation des objectifs communautaires »¹⁶⁸⁷. Elle a mis en exergue l'asservissement de la consécration des règles d'égalité, ainsi que les techniques de contrôle de leur respect, notamment à l'objectif de libre circulation, fondamental dans l'optique d'aboutir à la création d'un marché commun, puis du marché intérieur, et à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et de justice. L'auteure prend en exemple les ressortissants des États tiers et des apatrides. Ces catégories restent exclues de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité, bien que cette disposition d'égalité ait déjà été consacrée par le Traité de Rome en son article 7¹⁶⁸⁸. Cela manifeste, dans l'opinion de l'auteure, l'instrumentalisation d'une telle règle¹⁶⁸⁹. La limitation du champ d'application personnel de la disposition d'égalité montre que le but poursuivi à travers sa consécration n'était pas la simple élimination des différences de traitement mais l'élimination des entraves à la liberté de

¹⁶⁸⁶ S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in L. POTVIN-SOLIS, *Septièmes journées d'étude du pôle européen Jean Monnet, 27, 28 et 29 novembre 2006. Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 65-89. Pour une analyse de la construction européenne originaire comme étant orientée vers des objectifs économiques, ainsi que sur le détachement progressif d'une telle conception exclusivement économique v. S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire : étude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999 ; A. BORRÁS, « Introduction générale. L'évolution du droit de la famille en Europe », op. cit., spéc. pp. 5-6.

¹⁶⁸⁷ S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », op. cit., p. 69.

¹⁶⁸⁸ L'interdiction était inscrite dans le droit primaire dès le traité de Rome à l'art. 7 CEE, puis reprise à l'art. 7 CE par le traité de Maastricht, à l'art. 12 CE par les traités l'Amsterdam et de Nice, et enfin à l'article 18 TFUE par le traité de Lisbonne. Elle est également inscrite à l'art. 21, § 2, CDFUE.

¹⁶⁸⁹ S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », op. cit., p. 71.

mouvement des ressortissants des États membres¹⁶⁹⁰. Plus généralement, le caractère fonctionnel des interdictions des discriminations par rapport aux objectifs de l'union ressort dans la directive 2000/78/CE¹⁶⁹¹ interdisant les discriminations en matière d'emploi et de travail sur la base des critères de la religion, des convictions, du handicap, de l'âge et de l'orientation sexuelle¹⁶⁹². Le point 11 du préambule de la directive précise en effet que de telles discriminations peuvent « compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes ». L'adoption de telles interdictions des discriminations ne visait ainsi pas, ou du moins pas exclusivement, une élimination des inégalités de traitement finalisée à elle-même, mais était appréhendée sous son aspect fonctionnel, relatif à la réalisation des objectifs de la Communauté – et désormais de l'Union – européenne¹⁶⁹³. Depuis, cependant, la doctrine a eu l'occasion de relever l'avènement d'une Europe des citoyens¹⁶⁹⁴ ou Europe des droits fondamentaux¹⁶⁹⁵ **(A)**. L'impact que celle-ci a eu en matière familiale, en ce qui concerne notamment l'élimination des différences de traitement, est resté limité **(B)**.

A) L'avènement d'une Europe des droits fondamentaux

772. La création du statut du citoyen européen, nouvel objectif. - La volonté de pousser la politique européenne au-delà de ses objectifs économiques a finalement été exprimée dans le droit primaire lors de la création de la citoyenneté européenne par le Traité de Maastricht¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁹⁰ *Idem*.

¹⁶⁹¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹⁶⁹² S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », *op. cit.*, p. 71.

¹⁶⁹³ Des auteurs soulignent que le choix de la Cour de justice de considérer les droits fondamentaux comme étant partie intégrante du droit communautaire, à l'époque du silence des Traités, tient au fait qu'autrement « la supériorité du droit communautaire [aurait risqué] d'être mise en discussion en cas d'impression de contrariété de certains pans de ce dernier avec les droits fondamentaux constitutionnellement garantis par les États membres » (F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, *op. cit.*, p. 182, T.d.A. ; M. DOUCHY-LOUDOT, V. MAGNIER, S. GUINCHARD et al., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, 2019, p. 486).

¹⁶⁹⁴ A. BORRÁS, « Introduction générale. L'évolution du droit de la famille en Europe », *op. cit.*, p. 6 ; S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », *op. cit.*, p. 71.

¹⁶⁹⁵ V. E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? *op. cit.*, p. 99, soulignant le caractère politique de l'introduction de la citoyenneté européenne, ainsi que de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice dans ce domaine ; S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », *op. cit.*, p. 71.

¹⁶⁹⁶ Le Traité de Maastricht a été adopté le 7 février 1992 et est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1993 (JOCE, 29.07.1992, n° C 191). V. art. 17 TCE, devenu art. 20 TFUE ; art. 18 TCE, devenu art. 21 TFUE.

La Cour a affirmé que la citoyenneté européenne a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres¹⁶⁹⁷. Elle s'est ensuite chargée de donner une substance à cette notion¹⁶⁹⁸. Après avoir étendu à tout citoyen européen¹⁶⁹⁹ l'applicabilité du principe de non-discrimination en raison de la nationalité en droit de l'Union, auparavant réservé au travailleur, elle s'est attelée à donner corps au statut du citoyen européen¹⁷⁰⁰, en posant les jalons d'une identité commune aux citoyens européens¹⁷⁰¹. Monsieur PATAUT souligne à ce propos que « la lecture de la Cour de justice, en combinant liberté de circulation, égalité de traitement et citoyenneté, a conduit à garantir dans des conditions toujours plus larges que celui-ci puisse non seulement circuler, mais encore circuler avec tous les liens familiaux qu'il a formés »¹⁷⁰². La protection des droits fondamentaux, y compris les règles d'égalité, n'est cependant pas restée

¹⁶⁹⁷ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, préc. Rapp. e.a., CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, préc. ; CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, préc. ; CJUE, 22 février 2010, *London Borough of Harrow c. Nimco Hassan Ibrahim et Secretary of State for the Home Department* (par la suite *Ibrahim*), aff. C-310/08 ; CJUE, 23 février 2010, *Maria Teixeira c. London Borough of Lambeth et Secretary of State for the Home Department* (par la suite *Teixeira*), aff. C-480/08, JCP S, 2010, p. 1183, n. J. Cavallini, *Europe*, 2010, comm. 131, n. V. Michel ; CJUE, 10 octobre 2013, *Adzo Domenyo Alokpa e.a. contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration* (par la suite *Alokpa et Moudoulou*), aff. C-86/12, *Europe*, 2013, comm. 499, n. A. Rigaux ; CJUE, 2 juin 2016, *Bagendorff von Wolffersdorf*, préc. ; CJUE, 10 mai 2017, *H. C. Chavez-Vilchez e.a. c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank e.a.* (par la suite *Chavez-Vilchez*), aff. C-133/15, *RTD eur.*, 2017, p. 585, n. E. Pataut, *Europe*, 2017, comm. 255, n. A. Rigaux.

¹⁶⁹⁸ Dans ce sens, E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », *op. cit.*, p. 99.

¹⁶⁹⁹ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, préc. ; CJUE, 2 juin 2016, *Bagendorff von Wolffersdorf*, préc.

¹⁷⁰⁰ V. en particulier en matière de nom de famille, e.a., CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, préc. ; CJCE, 14 octobre 2008, *Procédure engagée par Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul* (par la suite *Grunkin et Paul*), aff. C-353/06, *Fam. dir.*, 2009, p. 193, n. A. Zanobetti, *Dr. fam.*, 2009, comm. 50, n. F. Viangalli, *JDI*, 2009, p. 7, n. L. d'Avout, *Europe*, 2008, comm. 431, n. L. Idot, *Europe*, 2008, comm. 397, n. F. Kauff-Gazin ; CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien* (par la suite *Sayn-Wittgenstein*), aff. C-208/09, *AJDA*, 2011, p. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *RTD civ.*, 2011, p. 98, n. J. Hauser, *Europe*, 2011, comm. 40, n. D. Simon, *JCP G*, 2011, p. 56, n. F. Picod ; CJUE, 12 mai 2011, *Malgozata Runevič-Vardyn et Lukasz Pawel Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres* (par la suite *Runevič-Vardyn et Wardyn*), aff. C-391/09, *Europe*, 2011, comm. 238, n. D. Simon, *AJ fam.*, 2011, p. 332, n. V. Avena-Robardet, *RTD Civ.*, 2011, p. 507, n. J. Hauser ; CJUE, 2 juin 2016, *Bagendorff von Wolffersdorf*, préc. ; CJUE, 8 juin 2017, *Procédure engagée par Mircea Florian Freitag* (par la suite *Freitag*), aff. C-541/15, *Europe*, 2017, comm. 298, n. D. Simon, *D.*, 2018, p. 966, n. S. Clavel, F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 549, n. P. Hammje, *RTD eur.*, 2017, p. 589, n. E. Pataut ; pour aller plus loin v. S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », *op. cit.*, p. 74 et s. ; K. LENAERTS, « L'égalité en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *op. cit.*, p. 7.

¹⁷⁰¹ Dans ce sens E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », *op. cit.*, pp. 98, 104 et 109, qui considère, relativement à la jurisprudence de la Cour en matière de nom de famille des citoyens européens, que « si [le nom de famille acquis dans un autre État membre] doit être impérativement reconnu [...] c'est bien parce qu'il y va de l'identité même du citoyen européen » (p. 104) et que « le statut fondamental du ressortissant européen est [...] un véritable droit à l'identité » (p. 109). V. également S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », *op. cit.*, p. 122, se demandant si le droit à l'identité constitue un nouveau droit fondamental du citoyen ; M. BENLOLO CARABOT, Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne, *op. cit.*

¹⁷⁰² E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », *op. cit.*, p. 99.

complètement attachée à l'exercice des libertés de circulation. Elle s'en est déliée¹⁷⁰³ dans une certaine mesure¹⁷⁰⁴. En atteste la jurisprudence de la Cour de justice qui s'est déjà contentée d'une « circulation virtuelle »¹⁷⁰⁵ du citoyen, ainsi que les arrêts dans lesquels la Cour de justice n'exige plus la condition du franchissement des frontières. Ce faisant, la Cour parvient notamment à protéger les droits essentiels des citoyens européens mineurs en leur garantissant les droits liés à la citoyenneté européenne¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰³ Monsieur PATAUT souligne à ce propos qu'« à partir de cet article 20 [TFUE instituant la citoyenneté européenne, *n.d.A.*] et de ses prédécesseurs, la Cour de justice a progressivement bâti un régime juridique très original et qui dépasse largement l'étroit cadre d'origine de la citoyenneté » (*ibid.*), p. 98.

¹⁷⁰⁴ Les auteurs soulignent cependant que le mouvement de la jurisprudence de la Cour de justice ne va pas dans le sens de la disparition de la condition préalable de la circulation des citoyens européens au sein de l'Union. V. notamment S. HENNION-MOREAU, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, *op. cit.*, pp. 90-91, §§ 74-75.

¹⁷⁰⁵ Selon l'expression employée par Monsieur CARLIER lors de sa communication « Qui circule ? », à l'occasion du colloque « La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé », ayant eu lieu à Lyon les 11 et 12 octobre 2018. V. notamment CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, préc., ainsi que CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, préc. à propos duquel Monsieur CARLIER (J.-Y. CARLIER, « Qui circule ? », préc.), ainsi que Madame JOUBERT (N. JOUBERT, « La citoyenneté européenne », communication à l'occasion du colloque « La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé », préc. Cf. H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexis Nexis, Paris, 2019) ont souligné que les individus concernés n'ont pas changé de résidence, mais que c'est leur nationalité qui, virtuellement, circule. V. également S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », *op. cit.*, pp. 111-131.

¹⁷⁰⁶ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, préc. ; CJUE, 22 février 2010, *Ibrahim*, aff. C-310/08, préc. ; CJUE, 23 février 2010, *Teixeira*, aff. C-480/08, préc. ; CJUE, 10 octobre 2013, *Alokpa et Moudoulou*, préc. ; CJUE, 30 juin 2016, *Secretary of State for the Home Department contre NA* (par la suite, *NA*), C-115/15, §§ 55-57, *Europe*, 2016, comm. 278, n. F. Gazin ; CJUE, 13 septembre 2016, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado* (par la suite *Rendón Marín*), aff. C-165/14, *AJDA*, 2016, p. 2209, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser, *D.*, 2017, p. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 45, n. S. Barbou des Places, *Dr. fam.*, 2016, comm. 228, n. H. Fulchiron, *Europe*, 2016, étude 10, A. Rigaux ; CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)* (par la suite *Ruiz Zambrano*), aff. C-34/09, *AJDA*, 2011, p. 1007, n. M. Houser, *D.*, 2011, p. 1325, n. S. Corneloup, *RFDA*, 2011, p. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier, *RDSS*, 2011, p. 449, n. C. Boutayeb et A. Raccach, *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 352, n. J. Heymann, *RTD eur.*, 2011, p. 564, obs. E. Pataut, *Rev. UE*, 2013, p. 45, chron. E. Sabatakakis, *JDI*, 2011, chron. 4, p. 539, S. Franco, *JCP G*, 2011, act. 318, n. F. Picod, *Europe*, 2011, comm. 149, n. A. Rigaux, *JCP S*, 2011, p. 1195, n. J. Cavallini ; CJUE, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, préc. Pour une explication détaillée v. S. HENNION-MOREAU, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, *op. cit.*, pp. 87-92. V. également V. CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department* (par la suite *McCarthy*), aff. C-434/09, *AJDA*, 2011, p. 1614, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *D.*, 2011, p. 1604, n. S. Corneloup, *RFDA*, 2011, p. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier, *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 352, n. J. Heymann, *RTD eur.*, 2011, p. 564, obs. E. Pataut, *Rev. UE*, 2014, p. 596, étude H. Pongérard-Payet, *JCP S*, 2011, p. 1363, n. J. Cavallini, *JCP G*, 2011, p. 800, n. S. Hennion, *Europe*, 2011, comm. 239, n. A. Rigaux, *JCP G*, 2011, p. 598, n. F. Picod ; CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres* (par la suite *Dereci*), aff. C-256/11, *RTD eur.*, 2012, p. 630, obs. E. Pataut, *Europe*, 2012, comm. 7, n. A. Rigaux ; CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, préc. ; CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S. contre Maahanmuuttovirasto et Maahanmuuttovirasto c. L.* (par la suite *O. et S.*), aff. C-356/11 et C-357/11, *AJDA*, 2013, p. 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère, *D.*, 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *Europe*, 2013, comm. 62, n. A. Rigaux ; CJUE, 8 mai 2013, *Kreshnik Ymeraga e.a. c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration* (par la suite *Ymeraga*), aff. C-87/12, *RTD eur.*, 2013, p. 927, obs. E. Pataut, *Rev. UE*, 2014, p. 596, étude H. Pongérard-Payet, *Europe*, 2013, comm. 297, n. A. Rigaux, *JCP G*, 2013, p. 578, n. F. Picod ; CJUE, 13 septembre 2016, *Secretary of State for the Home Department c. CS* (par la suite *CS*), aff. C-304/14, *AJDA*, 2016,

773. **Fondamentalisation du droit de l'Union.** - La fondamentalisation du droit de l'Union était déjà en germe depuis les années soixante-dix, comme en avait attesté l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁷⁰⁷, dans lequel la Cour de justice avait affirmé que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect »¹⁷⁰⁸ et que « la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »¹⁷⁰⁹. Le passage d'une Europe économique à une Europe des droits fondamentaux a été définitivement acquis avec l'adoption du Traité de Lisbonne. Ce dernier a en effet, entre autres, conféré une force contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁷¹⁰. Le respect des droits fondamentaux est ainsi devenu, à son tour, une nouvelle mission de l'Union, dans le respect de la limite des compétences lui étant attribuées¹⁷¹¹.

774. La fondamentalisation du droit de l'Union européenne n'est pas restée cantonnée à la création d'une identité commune à travers l'élimination des discriminations en raison de la nationalité. L'interdiction des discriminations a été transformée par la Cour de justice en un objectif autonome de l'Union, détaché de l'ancienne finalité économique qui en avait dicté la

p. 2209, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser, *D.*, 2017, p. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *AJ fam.*, 2016, p. 493, obs. E. Viganotti, *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 45, n. S. Barbou des Places, *Dr. fam.*, 2016, comm. 228, n. H. Fulchiron.

¹⁷⁰⁷ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (par la suite *Internationale Handelsgesellschaft*), aff. 11-70, *Rev. UE*, 2015, p. 562, étude S. Van Raepenbusch. V. également, e.a., CJCE, 22 juin 1972, *Rita Frilli c. État belge* (par la suite *Frilli c. État belge*), aff. 1/72 ; CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II* ; CJCE, 24 mars 1994, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock* (par la suite *Bostock*), aff. C-2/92, ainsi que CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG* (par la suite *Küçükdeveci*), aff. C-555/07, §§ 50-51. Dans cet arrêt, la Cour qualifie le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination de principe fondamental du droit communautaire, et ensuite de principe général du droit de l'Union. V. I. OMARJEE, *Droit européen de la protection sociale, op. cit.*, p. 310, s'interrogeant sur l'existence d'un principe général.

¹⁷⁰⁸ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, préc., § 4.

¹⁷⁰⁹ *Idem.*

¹⁷¹⁰ Art. 6, § 1, TUE.

¹⁷¹¹ Sur cette thématique v. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne, op. cit.*, p. 145 et s. ; B. BERCUSSON, I. OMARJEE, « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne ? », *Rev. Trav.*, n° 2, 2008, pp. 74-79 ; J.-R. AKANDJI-KOMBE, « Le développement des droits fondamentaux dans les traités », in S. LECLERC, M.-J. REDOR ET J. FR. AKANDJI-KOMBÉ (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 31 ; L. BURGORGUE, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union, commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2005 ; M. BONNECHÈRE, « Quelle garantie des droits fondamentaux en droit européen ? », *Europe*, juillet 2000, p. 4 ; H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, n° 7 1998, pp. 75-91 ; S. ROBIN-OLIVIER, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Dr. Soc.*, n° 6, 1999, pp. 609-621 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union ? », in *Mélanges Jean-Paul Jacqué, Chemins d'Europe*, Dalloz, Paris, 2010, p. 263.

consécration¹⁷¹². Dans l'arrêt *Defrenne III*¹⁷¹³ les juges de Luxembourg ont en effet qualifié de principe général du droit de l'Union la prohibition des discriminations fondées sur le sexe en matière de conditions d'emploi et de travail des travailleurs masculins et des travailleurs féminins¹⁷¹⁴. La consécration de l'article 13 TCE¹⁷¹⁵ par le Traité d'Amsterdam¹⁷¹⁶ vient définitivement élever au rang d'objectif de l'Union l'élimination des discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion, les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en habilitant le Conseil à prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination¹⁷¹⁷. Il convient par ailleurs de rappeler que les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux consacrent le principe d'égalité en droit et les interdictions des discriminations.



775. Le principe d'égalité et de non-discrimination est donc devenu un objectif de l'Union européenne. L'exclusion de la matière familiale des compétences qui lui sont attribuées explique cependant qu'aucune règle matérielle contenant une exigence substantielle d'égalité directement applicable en matière familiale n'ait été élaborée.

B) L'absence d'impact sur l'égalité en matière familiale

776. Il existe de nombreuses consécutions des interdictions des discriminations qui peuvent

¹⁷¹² En particulier, sur la finalité économique de la consécration du principe d'égalité des sexes en matière de rémunération salariale en droit de l'Union européenne v. S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », *op. cit.*, pp. 70-71 ; P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 306, § 261-1 et p. 332, § 282-3. Commentant l'arrêt *Griesmar* (CJCE, 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation* (par la suite *Griesmar*), aff. C-366/99), M. GERVASONI a souligné que « le maintien d'un avantage "éducatif" au profit des femmes pourrait risquer de perpétuer un modèle traditionnel de répartition des tâches au sein du foyer, finalement défavorable aux femmes et à leur accès à l'emploi » (S. GERVASONI, « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », in L. POTVIN-SOLIS, *Septièmes journées d'étude du pôle européen Jean Monnet*, 27, 28 et 29 novembre 2006. *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 104).

¹⁷¹³ CJCE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* (par la suite *Defrenne III*), aff. 149/77.

¹⁷¹⁴ CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne III*, préc., spéc. §§ 26-27.

¹⁷¹⁵ Devenu art. 19 TFUE.

¹⁷¹⁶ Le Traité d'Amsterdam a été signé le 2 octobre 1997 et est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 (JOCE, 10.11.1997, n° C 340).

¹⁷¹⁷ Pour de plus amples développements v. E. DUBOUT, *L'article 13 TCE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, thèse, Université de Rouen, Bruylant, 2016.

toucher la matière familiale¹⁷¹⁸. Nous avons cependant déjà eu l'occasion d'exposer qu'en l'absence d'une concrétisation d'origine supranationale, les ordres juridiques nationaux demeurent libres de considérer que la différence de traitement est justifiée¹⁷¹⁹. Cette raison nous a déjà conduite à émettre des réserves au sujet des articles 38 des deux règlements européens relatifs aux rapports patrimoniaux entre époux¹⁷²⁰ et entre partenaires¹⁷²¹. Rappelons que ces dispositions énoncent que la non-reconnaissance des jugements rendus par les États membres de l'Union européenne dans les matières couvertes par ces règlements doit avoir lieu « dans le respect des droits et principes fondamentaux consacrés par la Charte, et notamment son article 21 relatif au principe de non-discrimination ». Nous avons notamment pointé la potentielle inefficacité de ces dispositions à moins que la Cour de justice ne vienne exclure l'admissibilité de dérogation à ce sujet¹⁷²².

Par ailleurs, l'autonomisation des interdictions des discriminations n'a pas conduit à adopter des règles matérielles relatives à la matière familiale directement applicables en droit interne et contenant des exigences substantielles d'égalité¹⁷²³. Cela dérive certainement de l'absence de compétence de l'Union pour réglementer un tel domaine du droit en dehors des aspects transfrontaliers du droit de la famille¹⁷²⁴.



777. La recherche relative aux facteurs guidant la définition d'exigences substantielles d'égalité en matière familiale ne peut donc pas reposer sur l'étude de règles matérielles. Elle

¹⁷¹⁸ Il suffit de mentionner le considérant n° 5 de la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial préc., ou le considérant n° 31 la directive 2004/38/CE relative au droit à la libre circulation et au séjour des citoyens européens et de leurs familles, énonçant que les États membres devraient mettre en œuvre les dispositions de la présente directive sans faire « de discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

¹⁷¹⁹ V. *supra*, § 123 et s.

¹⁷²⁰ Règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (par la suite règlement Régimes matrimoniaux »), préc.

¹⁷²¹ Règlement (UE) n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (par la suite, règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »), préc.

¹⁷²² V. *supra*, § 126 et s.

¹⁷²³ V. *supra*, § 226.

¹⁷²⁴ V. art. 81, § 3, TFUE. La Cour de justice a précisé que le droit de l'Union « n'a pas pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple » (CJCE, 12 juillet 1984, *Hofmann*, préc., aff. 184/83, § 24). La force contraignante acquise par la Charte des droits fondamentaux de l'Union n'est pas apte à modifier une telle exclusion de compétence. V. art. 6, § 1, al. 2, TUE et art. 51, § 2 CDFUE.

peut en revanche être opérée à partir des arrêts rendus par la Cour de justice.

II) Les exigences substantielles d'égalité définies par la Cour de justice entre respect des conceptions de la famille de la CEDH et des États membres

778. Monsieur GERVASONI considère que la Cour de justice est réticente à « s'ériger, de façon prétorienne, en championne de la lutte contre les discriminations »¹⁷²⁵. Elle « ne se sent pas investie prioritairement d'une mission de protection de l'individu [et] elle ne peut pas non plus fonder ses appréciations sur un texte comparable à l'article 14 de la Convention européenne »¹⁷²⁶, souligne-t-il. Nous partageons l'avis de l'auteur tendant à penser que la Cour se sent en revanche investie, dans le domaine des droits fondamentaux, d'une mission fonctionnelle. L'auteur considère que le principe d'égalité « a davantage les atouts d'un principe que d'un droit fondamental, destiné à protéger l'individu »¹⁷²⁷. « Cela permet – continue l'auteur – de comprendre pourquoi la Cour, à plusieurs reprises, a évité de censurer des différences de traitement que certains États membres auraient pu qualifier ou qualifieraient désormais de discriminatoires »¹⁷²⁸. Ceci peut expliquer pourquoi la consécration de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui garantit le droit de se marier et le droit de fonder une famille, n'a pas conduit la Cour de justice à consacrer le droit au mariage des couples de même sexe comme certains l'avaient imaginé¹⁷²⁹. Il convient à ce titre de préciser que l'obligation dont l'arrêt *Coman*¹⁷³⁰ fait état, de reconnaître le mariage célébré à l'étranger limitativement à la garantie du droit au séjour du conjoint, ne témoigne pas d'une avancée vers l'égalisation des couples homosexuels et hétérosexuels. La motivation de la

¹⁷²⁵ S. GERVASONI, « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », *op. cit.*, p. 105. V. CJCE, 28 mars 1996, avis n° 2/94, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, § 27, *AJDA*, 1996, p. 739, chron. H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues, *D.*, 1996, p. 449, n. J.-F. Renucci, *RTD eur.*, 1996, p. 467, étude P. Wachsmann ; CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, *Compatibilité dudit projet avec les traités UE et FUE*, préc., spéc. § 153 et s. Cf. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 173-174, spéc. § 155-1.

¹⁷²⁶ S. GERVASONI, « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », *op. cit.*, p. 105.

¹⁷²⁷ *Idem.*

¹⁷²⁸ *Idem.*

¹⁷²⁹ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Le Seuil, 2001, p. 115. Cependant, comme l'avocat général MISCHO l'avait souligné déjà en 2001, dans ses conclusions relatives à l'affaire CJCE, *D. et Royaume de Suède/Conseil*, préc. « dans les explications établies sous la responsabilité du Présidium de la convention qui n'ont pas de valeur juridique mais qui sont simplement destinées à éclairer les dispositions de la charte à la lumière des discussions qui se sont tenues au sein de la convention, on peut lire que l'article 9 "n'interdit ni n'impose l'octroi du statut du mariage à des unions entre personnes du même sexe" » (§ 97).

¹⁷³⁰ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-637/16, préc., *D.*, 2018, p. 1674, n. Fulchiron et A. Panet, *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 816, n. P. Hammje, *AJ fam.*, 2018, p. 404, obs. G. Kessler, *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. Usunier, *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. E. Pataut.

décision de la Cour de justice ne fait pas mention du principe d'égalité, ni de l'interdiction des discriminations en raison du sexe, seuls étant mentionnés le droit à la vie privée et familiale¹⁷³¹, le principe de libre circulation¹⁷³² et la neutralité de la définition de « conjoint » de la directive 2004/38/CE, n'excluant pas que la notion puisse englober celle de conjoint de même sexe¹⁷³³. La Cour vise en effet l'élimination des entraves à la libre circulation, ce qui implique, selon elle, d'imposer à l'État d'accueil de reconnaître le mariage, tel que défini dans l'État d'origine. Il en va cependant de même dans l'ensemble des arrêts dans lesquels la Cour a exigé la reconnaissance d'une situation créée dans un autre État membre, dans le but de garantir le respect du principe de libre circulation ou de créer une situation pouvant être reconnue dans les autres États membres où elle avait vocation à circuler¹⁷³⁴, y compris donc dans les cas où le principe d'égalité ou de non-discrimination était en jeu¹⁷³⁵. Cette jurisprudence peut donc avoir un impact indirect sur les droits, résultant de l'osmose des droits de la famille des États membres, induite par la circulation des personnes et la reconnaissance des statuts personnels que le droit européen tend à faciliter.

779. L'analyse des arrêts rendus par la Cour de justice que nous allons proposer confirme cette lecture. Celle-ci montre que, lorsque les juges concrétisent les règles d'égalité dans les domaines touchant au droit de la famille, elle se fonde, certes, sur le « noyau » de la notion de famille partagée par les États membres précédemment présenté¹⁷³⁶. Elle intègre cependant cette définition avec les éléments du noyau, censément¹⁷³⁷, consensuel de la famille que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme caractérise **(A)**. En dehors des matières couvertes par la famille ainsi définie, il est possible de mettre en lumière la volonté de

¹⁷³¹ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-637/16, préc., §§ 48-51.

¹⁷³² *Ibid.*, § 53.

¹⁷³³ *Ibid.*, § 35.

¹⁷³⁴ V. e.a. CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, préc. ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, préc. ; CJCE, 16 juillet 2009, *Laszlo Hadadi c. Csilla Marta Mesko, épouse Hadadi* (par la suite *Hadadi*), C-168/08, D., 2009, p. 2106, obs. V. Egéa, *AJ fam.*, 2009, p. 348, obs. A. Boiché, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 184, n. C. Brière, *RTD eur.*, 2010, p. 769, n. P. Lagarde, *Europe*, 2009, comm. 389, obs. L. Idot, *Procédures*, 2009, comm. 361, n. C. Nourissat, *JDI*, 2010, comm. 4, n. L. D'Avout, *RLDC*, 2009, n° 3613, n. M. Pouliquen, *RJPF*, 2010-11/22, p. 16, n. M.-C. Meyzeaud-Garaud. Le thème de la reconnaissance sera plus amplement développé dans la troisième partie de cette étude, v. *infra* § 1197.

¹⁷³⁵ La doctrine souligne la tendance de la Cour à limiter la marge d'appréciation des États lorsqu'il est question du respect du principe de libre circulation. V. en ce sens, R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, op. cit., p. 314, § 292. Elle souligne de même que l'analyse opérée par la Cour concernant le respect de droits fondamentaux est plus stricte « lorsque leur protection coïncide avec celle des objectifs de l'intégration [européenne] » (F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, op. cit., p. 188, T.d.A). Dans le même sens v. M. CARTARIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milan, 1995, p. 42 ; G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo*, Giuffrè, Milan, 2001, pp. 403-406.

¹⁷³⁶ V. *supra*, § 747 et s.

¹⁷³⁷ V. les critiques relatives à la réalité de la recherche d'un consensus européen par la CEDH avancées *supra*, § 674 et s.

la Cour de justice de ne pas alimenter cette notion en droit de l'Union. Cette volonté transparaît de l'emploi que la Cour fait de la règle de l'égalité de traitement. Il ressort en effet des arrêts étudiés que ses applications, dès lors qu'elles n'entravent pas la poursuite des objectifs de libre circulation de l'Union, sont orientées vers l'entier respect des conceptions nationales de la famille (B).

A) Des exigences substantielles d'égalité liées au noyau consensuel de la famille défini par la CEDH

780. Dans les aspects du droit de l'Union européenne touchant à la conception de la famille des États membres, la Cour de justice paraît imposer à ces derniers les exigences d'identité de traitement qui l'ont déjà été par la Cour européenne des droits de l'homme. Si ce constat apparaît de manière claire dans l'arrêt *K. B.*¹⁷³⁸ (1), une analyse plus poussée sera nécessaire afin de montrer que l'arrêt *Parris*¹⁷³⁹ ne le remet pas en cause (2).

1) La conformité aux exigences d'identité de traitement posées par la CEDH : l'affaire K. B.

781. **L'assimilation des situations par la CEDH reprise par la CJUE.** - Dans un seul cas,¹⁷⁴⁰ la Cour de justice a imposé un changement dans les droits matériels de la famille lié aux concrétisations des règles d'égalité. Il s'agit de l'affaire *K. B.*¹⁷⁴¹ relative à une demande du droit à la pension de réversion. La législation nationale réservait ce droit au conjoint survivant. Dans cette affaire, il était réclamé par le concubin survivant d'un couple dont l'un des membres

¹⁷³⁸ CJCE, 7 janvier 2004, *K. B.*, C-117/01, préc.

¹⁷³⁹ CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, aff. C-443/15, préc., *Rev. trav.*, 2017, p. 267, n. N. Moizard.

¹⁷⁴⁰ Les considérations qui vont suivre pourraient, cependant, et sous réserve de plus amples recherches, être étendues au domaine du statut personnel. Il est à ce propos utile de citer l'arrêt *Richards* (CJCE, 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-423/04) concernant le refus opposé à une femme, transsexuelle, dont la conversion sexuelle n'était pas reconnue par le Royaume-Uni, de bénéficier de la pension de retraite à l'âge prévu pour les femmes. Dans cet arrêt (§ 31) la Cour a renvoyé aux points 30 à 34 de l'arrêt *K. B.* (CJCE, 7 janvier 2004, *K. B.*, préc.), dans lequel les juges de Luxembourg s'étaient fondés sur la jurisprudence de la CEDH. Ils ont considéré comme incompatible avec l'interdiction des discriminations en raison du sexe le refus d'attribuer aux transsexuels les droits découlant du mariage et rentrant dans le champ d'application matériel du droit de l'Union. En effet, le refus du droit au mariage a été considéré comme contraire à la CEDH par la Cour de Strasbourg. La Cour précise en effet que les transsexuels ne pouvaient pas se voir reconnaître leur conversion de genre et, par conséquent, se voir privés du droit de se marier, ce qui les empêchait de bénéficier de la pension de réversion. La doctrine souligne à ce propos que « l'on s'aperçoit que ce sont les droits à l'identité et à la vie privée familiale qui font l'objet de soins attentifs de la Cour en convergence avec l'application de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 8 de la Convention EDH », S. HENNION-MOREAU, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, op. cit., p. 86, § 71.

¹⁷⁴¹ CJCE, 7 janvier 2004, *K. B.*, préc.

était un transsexuel ayant effectué une opération de conversion sexuelle. L'État ne reconnaissait cependant pas le changement de sexe, ce qui empêchait le couple de se marier. Afin d'apprécier la comparabilité des situations en cause, la Cour de justice renvoie expressément à l'arrêt *Christine Goodwin*¹⁷⁴², à l'occasion duquel la Cour européenne des droits de l'homme avait affirmé la comparabilité des situations d'un transsexuel, ayant effectué une conversion sexuelle, et d'un cissexuel¹⁷⁴³, relativement à leur droit au mariage. Sur cette base, la Cour de Strasbourg avait considéré que le droit au mariage avec une personne du sexe opposé devait être garanti aux personnes transsexuelles, dont le changement de sexe avait été reconnu par l'État en cause¹⁷⁴⁴. La Cour de justice, en se fondant sur cette décision, conclut que l'article 141 TCE¹⁷⁴⁵ relatif à l'égalité des rémunérations des hommes et des femmes s'oppose à une législation qui, en violation de la CESDH, interdit à un couple, dont l'un des membres est transsexuel, de se marier et de faire donc bénéficier le conjoint survivant d'un élément de rémunération de son partenaire, en l'espèce la pension de réversion¹⁷⁴⁶.

782. L'imposition du consensus européen de la CEDH par la CJUE. - La volonté de la Cour de justice de suivre les exigences d'identité de traitement définies par la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit à notre avis dans l'optique d'intégrer au « noyau consensuel » de la famille des États membres, les éléments faisant l'objet d'un consensus européen selon la Cour EDH. L'article 6 § 3 TUE introduit par le Traité de Maastricht¹⁷⁴⁷ affirme, en effet, que « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Les États membres sont tous liés par la Convention européenne et la Cour de Strasbourg recherche régulièrement l'existence d'un consensus européen dans ses arrêts¹⁷⁴⁸.

783. Madame PANET souligne à cet égard que « les standards fixés par la CEDH [sont] des

¹⁷⁴² CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁷⁴³ Voir l'analyse de cet arrêt *supra*, §§ 729-735.

¹⁷⁴⁴ Au nom du respect de l'article 8 de la CESDH.

¹⁷⁴⁵ Devenu art. 157 TFUE.

¹⁷⁴⁶ V. l'analyse offerte par Monsieur GERVASONI relativement à l'extension du champ d'application matériel du droit de l'Union qu'une telle application de la règle de l'égalité de traitement implique. S. GERVASONI, « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », *op. cit.*, p. 100.

¹⁷⁴⁷ À l'article 6 § 2 TCE.

¹⁷⁴⁸ Néanmoins, cette recherche est souvent, comme nous l'avons vu, orientée vers la définition d'une conception de la famille propre à la Cour. V. *supra*, § 674 et s.

paliers en deçà desquels la Cour de justice ne peut descendre »¹⁷⁴⁹. Il est ainsi possible d'imaginer que la Cour de justice ait suivi la Cour de Strasbourg, en considérant qu'une telle exigence d'identité de traitement fait l'objet d'un consensus, non seulement au sein des États membres, mais de l'ensemble des États parties au Conseil de l'Europe.



784. La Cour de justice semble ainsi définir des exigences substantielles d'égalité sur la base d'une définition de la famille plus englobante que le seul « noyau » partagé par les États membres et inscrit dans les textes du droit de l'Union. Elle définit des contenus de l'égalité également sur la base de la définition de la famille donnée par la Cour européenne des droits de l'homme, censée refléter l'existence d'un consensus européen plus vaste, couvrant l'ensemble des pays parties au Conseil de l'Europe. Autrement dit, l'un des facteurs guidant la définition des exigences substantielles d'égalité en matière familiale en droit de l'Union est la conception de la famille définie par la Cour européenne, qui est censée refléter l'existence d'une communauté de vues au niveau du Conseil de l'Europe. Cette position de la Cour de justice ne devrait ainsi pas affecter les conceptions nationales de la famille. En effet, tous les États membres de l'Union européenne faisant partie du Conseil de l'Europe, ils sont tenus de respecter la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg. De plus, la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme est censée avoir déjà été adoptée par une majorité d'États parties au Conseil de l'Europe, et donc, potentiellement, de l'Union européenne¹⁷⁵⁰.

785. Cette démarche paraît, au premier abord, contredite par l'affaire *Parris*¹⁷⁵¹. Une analyse plus poussée permet toutefois de saisir la cohérence de la démarche de la Cour de justice.

2) L'assimilation du traitement imposée par la CEDH ignorée par la Cour de justice : l'affaire *Parris*

786. **La jurisprudence de la CEDH ignorée.** - Dans l'arrêt *Parris*¹⁷⁵², rendu en 2016, la Cour de justice a été amenée à se prononcer sur l'exigence de permettre aux couples de même sexe

¹⁷⁴⁹ A. PANET, « Une méthode de reconnaissance européenne ? », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, op. cit., p. 242.

¹⁷⁵⁰ V. cependant notre analyse tendant à démontrer que tel n'est pas nécessairement le cas. V. *supra*, § 631 et s.

¹⁷⁵¹ CJUE, 24 novembre 2016, *David L. Parris contre Trinity College Dublin e.a.* (par la suite *Parris*), aff. C-443/15, préc., *Rev. trav.*, 2017, p. 267, n. N. Moizard.

¹⁷⁵² CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, préc.

de conclure un partenariat enregistré, et plus précisément sur la nécessité d'ouvrir ce droit plus tôt que la législation irlandaise ne l'avait fait, à savoir le 1^{er} janvier 2011. Les requérants s'estimaient en effet lésés du fait de la lenteur de la réforme. À cette occasion, la Cour a donné une réponse négative, en se fondant notamment sur le considérant n° 22 du préambule de la directive 2000/78/CE et en précisant qu'il relevait des compétences nationales de régir la matière de l'état civil et des prestations qui en dépendent¹⁷⁵³. Or, cet arrêt a été rendu après que la Cour européenne des droits de l'homme a rendu l'arrêt *Oliari*¹⁷⁵⁴, à l'occasion duquel elle a condamné l'Italie pour violation de l'article 8 pour ne pas avoir prévu de forme de conjugalité alternative au mariage permettant le respect du droit à la vie privée et familiale des couples homosexuels. La Cour de justice aurait ainsi pu reprendre le raisonnement suivi dans l'arrêt *K. B.*¹⁷⁵⁵ Elle aurait pu souligner que la Cour européenne des droits de l'homme imposait l'ouverture d'une forme de conjugalité aux couples de même sexe, et décider sur cette base si l'Irlande aurait dû adopter la loi sur les partenariats enregistrés plus tôt qu'elle ne l'a fait. Comment expliquer l'absence de toute référence de la Cour de justice à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Parris* ? Trois hypothèses peuvent être avancées.

787. La variabilité du *modus operandi* ? - Il convient en premier lieu de relever que la Cour de justice ne se fonde pas systématiquement sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette explication ajoute à la variabilité des techniques de contrôle employées par la Cour de justice, ce qui contribue à l'absence de prévisibilité de sa jurisprudence. La recherche d'un autre critère possiblement suivi par les juges de Luxembourg est alors souhaitable.

788. Limitation aux règles d'égalité ? - En deuxième lieu, il est possible de considérer que la Cour de justice reprend uniquement les exigences d'identité de traitement définies par la Cour européenne des droits de l'homme en matière familiale. En effet, l'arrêt *Oliari*¹⁷⁵⁶ n'a pas été rendu en application d'une disposition d'égalité mais uniquement de l'article 8 de la Convention qui garantit le droit à la vie privée et familiale. Cette position est cependant difficilement justifiable. L'exigence de conformité du droit de l'Union couvre l'ensemble des droits inscrits dans la Convention et non pas uniquement l'interdiction des discriminations.

¹⁷⁵³ CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, préc., § 57.

¹⁷⁵⁴ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, préc.

¹⁷⁵⁵ CJCE, 7 janvier 2004, *K. B.*, préc.

¹⁷⁵⁶ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, préc.

Cette hypothèse ne semble alors pas pertinente afin d'analyser l'arrêt *Parris*¹⁷⁵⁷.

789. **L'absence d'obligation positive selon la CEDH ?** - Il est cependant possible de fonder une troisième et dernière analyse en prenant en compte un élément ultérieur. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁷⁵⁸ rendu en 2010, avait été appelée à se prononcer sur la question de savoir si le droit au respect de la vie privée et familiale impliquait que l'Autriche ouvre le partenariat enregistré aux couples de même sexe avant 2010. La Cour avait donné une réponse négative¹⁷⁵⁹. Les juges de Strasbourg n'avaient pas exigé de l'Autriche qu'elle garantisse aux couples de même sexe une reconnaissance juridique avant 2015, date à laquelle l'arrêt *Oliari*¹⁷⁶⁰ a notamment été rendu. Cela peut alors expliquer l'absence de toute mention de la jurisprudence de la Cour européenne dans l'affaire *Parris*. Dans cette affaire, en effet, il était question de savoir si cette reconnaissance juridique aurait dû être garantie avant 2011, soit quatre ans avant que la Cour de Strasbourg ne l'impose. Cette lecture permet de trouver une cohérence entre l'arrêt *Parris* et l'arrêt *K. B.* La Cour de justice semble intégrer la définition de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme, dans le but de définir des exigences substantielles d'égalité, dans la limite et selon la temporalité suivie par cette dernière. La possibilité de tirer des indications de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs été expressément admise dans l'arrêt *Nold*¹⁷⁶¹. Soulignons que ce *modus operandi* permet à la Cour d'assurer la conformité de sa jurisprudence à l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette disposition empêche d'interpréter les dispositions contenues dans la Charte et, en ce qui nous concerne, le principe d'égalité et de non-discrimination¹⁷⁶² ainsi que le droit à la vie familiale¹⁷⁶³, comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme reconnus, entre autres, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cela n'implique cependant pas que la Cour de justice se fonde sur la jurisprudence de la Cour européenne. Le respect de la CESDH requiert en effet uniquement que le résultat de l'analyse ne contredise pas les exigences posées par la Convention telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁷⁵⁷ CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, préc.

¹⁷⁵⁸ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, préc.

¹⁷⁵⁹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, préc., §§ 104-105.

¹⁷⁶⁰ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, préc.

¹⁷⁶¹ CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes* (par la suite *Nold*), aff. 4/73, préc.

¹⁷⁶² Art. 20 et 21 CDFUE

¹⁷⁶³ Art. 7 CDFUE

790. Ainsi, relativement à la comparabilité du couple marié et non marié, elle a fait référence à l'analyse offerte par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Grant*¹⁷⁶⁴ alors qu'elle ne l'a pas fait dans l'affaire *K. B.*¹⁷⁶⁵. Pourtant cette dernière s'était prononcée à plusieurs reprises sur la question¹⁷⁶⁶. De même, dans l'analyse de la comparabilité du mariage et du partenariat enregistré, la Cour de justice n'a pas fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Römer*¹⁷⁶⁷ et dans l'arrêt *Parris*¹⁷⁶⁸, alors que cette dernière s'était déjà prononcée dans le sens de l'absence de comparabilité dans l'affaire *Schalk et Kopf*¹⁷⁶⁹. Pareillement, la Cour de justice précise dans l'arrêt *Parris*¹⁷⁷⁰ que le droit de l'Union n'impose pas aux États membres de permettre le mariage aux couples de même sexe. Elle considère que cela est conforme à l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle posée par la directive 2000/78/CE, sans se référer à la jurisprudence des juges de Strasbourg, alors que celle-ci s'était déjà prononcée dans ce sens dans l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁷⁷¹. Or, il est possible de relever que les cas où la Cour de justice ne se réfère pas à la jurisprudence de la Cour européenne correspondent aux cas où cette dernière n'a pas défini d'exigences d'identité de traitement.

791. **La nécessité de rechercher un consensus des États membres.** - Il est possible de trouver une *ratio* dans la référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou de son omission. Il est en effet possible de relever que la référence aux arrêts rendus par cette dernière fait défaut lorsqu'elle n'a pas défini d'exigence d'identité de traitement concernant la question soumise à l'attention de la Cour de justice. Cette omission témoigne du fait que la Cour européenne des droits de l'homme elle-même n'a pas intégré de nouveaux éléments positifs dans sa conception de la famille. Lorsque tel est le cas, cela devrait en principe impliquer une absence de consensus au sein des États parties au Conseil de l'Europe. Ainsi, dans l'arrêt *Schalk et Kopf* la Cour européenne des droits de l'homme avait conclu dans le sens de l'absence d'un consensus exigeant des États parties au Conseil de l'Europe qu'ils garantissent une reconnaissance juridique aux couples de même sexe. L'absence de consensus

¹⁷⁶⁴ CJCE, 17 février 1998, *Grant*, préc.

¹⁷⁶⁵ CJCE, 7 janvier 2004, *K. B.*, préc.

¹⁷⁶⁶ Comm. EDH, 11 novembre 1986, *Lindsay c. Royaume-Uni* (déc.), préc. ; CEDH, Gr. Ch., 18 décembre 1986, *Johnston c. Irlande*, préc. ; CEDH, 27 avril 2000, *Shackell c. Royaume-Uni* (déc.), préc.

¹⁷⁶⁷ CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg* (par la suite, *Römer*), aff. C-147/08, § 52, Rev. UE, 2013, p. 313, chron. E. Sabatakakis, JCP S, 2011, p. 1379, n. J. Cavallini, Europe, 2011, comm. 265, n. L. Driguez.

¹⁷⁶⁸ CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, préc.

¹⁷⁶⁹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, préc.

¹⁷⁷⁰ CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, préc.

¹⁷⁷¹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, préc.

au niveau du Conseil de l'Europe n'exclut cependant pas qu'un consensus existe au sein des États membres de l'Union européenne uniquement. Cela peut alors expliquer pourquoi la Cour de justice opère sa propre analyse de la comparabilité des situations dans une telle hypothèse.



792. Les juges de Luxembourg s'assurent de la conformité des exigences d'identité de traitement qu'elle définit en matière familiale à celles que pose la Cour européenne des droits de l'homme et, par-là, du respect de l'article 53 CDFUE. Cependant, la Cour de Strasbourg définit des contenus de l'égalité conformément à la conception de la famille qu'elle adopte au fil des époques¹⁷⁷². Il s'ensuit que la Cour de justice subordonne la définition de ces contenus à la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme lorsque celle-ci pose des exigences d'identité de traitement censées refléter l'existence d'un consensus au niveau du Conseil de l'Europe. La précédente démonstration concernant le caractère subjectif de la définition de la famille de la part de la Cour européenne des droits de l'homme déteint ainsi sur les exigences définies par la Cour de justice sur la base de la jurisprudence de cette dernière. Une objectivité ne peut donc pas être attribuée aux contenus de l'égalité définis en calquant la jurisprudence des juges de Strasbourg.

793. Il convient à présent de savoir comment la Cour de justice définit les exigences substantielles d'égalité touchant à la matière familiale dans des domaines dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas imposé le respect d'une exigence d'identité de traitement.

B) Des exigences substantielles d'égalité liées aux conceptions de la famille des États membres

794. La question à laquelle nous allons à présent être confrontés est de savoir comment la Cour de justice définit les exigences substantielles d'égalité touchant à la matière familiale, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur la comparabilité des situations familiales exorbitant le « noyau consensuel » défini par les textes du droit de l'Union européenne précédemment présenté¹⁷⁷³, et exorbitant les exigences d'identité de traitement définies par la Cour européenne des droits de l'homme en matière familiale. L'analyse montre que la Cour se prononce parfois

¹⁷⁷² V. *supra*, § 631 et s.

¹⁷⁷³ V. *supra*, § 747 et s.

sur la comparabilité des situations, tandis que d'autres fois elle renvoie aux États membres le soin de procéder à cette analyse (1). L'emploi de l'un ou de l'autre procédé amène toutefois la Cour à aboutir à un seul et même résultat : le respect des conceptions de la famille des États membres (2).

1) Deux *modi operandi* pour déterminer la comparabilité des situations

795. La Cour renvoie parfois aux juridictions des États membres le soin d'opérer l'analyse comparative des situations (a), tandis qu'à d'autres occasions elle opère elle-même une telle analyse (b).

a) Le renvoi aux juridictions nationales de l'analyse de la comparabilité des situations

796. **Les affaires Maruko et Römer.** - Lorsque l'assimilation des situations familiales n'a pas été imposée par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice laisse parfois aux juridictions nationales le soin d'opérer l'analyse relative à la comparabilité des situations et, par là, à l'exigence d'une identité de traitement éventuelle. Tel a notamment été le cas dans les affaires *Maruko*¹⁷⁷⁴ et *Römer*¹⁷⁷⁵. Les deux affaires concernaient des travailleurs ayant conclu un partenariat de vie avec une personne de même sexe et ne pouvant pas se marier en raison de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe en vigueur dans la législation allemande. Monsieur Maruko se plaignait de l'infériorité de la pension de survie garantie aux partenaires de vie, par rapport à celle garantie aux conjoints. De même, l'affaire *Römer*¹⁷⁷⁶ concernait l'infériorité de la pension de retraite complémentaire lui étant versée par rapport au montant de la même pension allouée à une personne mariée. Du fait de l'exclusion par la législation allemande des personnes de même sexe de l'accès au mariage, Monsieur Maruko et Monsieur Römer considéraient faire l'objet de discriminations en raison de l'orientation sexuelle, contrairement à la directive 2000/78/CE, en raison de l'impossibilité pour les couples de même sexe de se marier. Les juridictions allemandes ont posé des questions préjudicielles à la Cour de justice relatives à la question de la conformité au texte précité, de la différence du montant des pensions en cause allouées à la personne mariée et à la personne liée par un

¹⁷⁷⁴ CJCE, Gr. Ch., 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (par la suite, *Maruko*), aff. C-267/06, JCP G, 2008.II.10143, n. A. Devers, F. Vangalli, JCP S, 2008, p. 1416, n. J. Cavallini, JCP E, 2009, p. 1430, n. N. Cuzacq.

¹⁷⁷⁵ CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc.

¹⁷⁷⁶ CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc.

partenariat de vie.

797. Dans l'affaire *Maruko*, la Cour se borne à préciser qu'il revient à la juridiction nationale d'opérer l'analyse de la comparabilité des situations¹⁷⁷⁷. Il en va de même dans l'affaire *Römer*, bien qu'à cette occasion la Cour ait précisé les modalités dans lesquelles les juridictions nationales doivent effectuer l'analyse¹⁷⁷⁸. Elle considère ainsi que « la comparaison des situations doit être fondée sur une analyse focalisée sur les droits et obligations des époux mariés et des partenaires de vie enregistrés, tels qu'ils résultent des dispositions internes applicables, qui sont pertinentes compte tenu de l'objet et des conditions d'octroi de la prestation en cause au principal »¹⁷⁷⁹. Elle précise que la comparaison ne doit « pas consister à vérifier si le droit national a opéré une assimilation juridique générale et complète du partenariat de vie enregistré au mariage »¹⁷⁸⁰. La Cour met ensuite en exergue les similitudes, relevées par la juridiction nationale, entre l'état de la personne mariée et l'état de la personne liée à un partenaire de vie enregistré¹⁷⁸¹. La Cour ne conclut toutefois pas à la comparabilité des situations en cause, mais elle renvoie à la juridiction nationale le soin de décider¹⁷⁸², comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Maruko*¹⁷⁸³. Elle souligne néanmoins, dans les deux arrêts, que si la juridiction de renvoi considère que les états des époux et des partenaires sont comparables, la différence de traitement constitue une discrimination en raison de l'orientation sexuelle au sens de la directive 2000/78/CE¹⁷⁸⁴.

798. **L'affaire Parris.** - Plus récemment, la même position a été adoptée par la Cour de justice dans l'affaire *Parris*¹⁷⁸⁵ précédemment présentée¹⁷⁸⁶. Les juges de Luxembourg remettent aux juges nationaux la décision relative à la comparabilité des situations. Pour ce faire, ils se sont fondés sur le considérant n° 22 de la directive 2000/78/CE qui « prévoit explicitement que celle-ci est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en

¹⁷⁷⁷ CJCE, Gr. Ch., 1^{er} avril 2008, *Maruko*, préc., § 72.

¹⁷⁷⁸ La Cour précise ainsi qu'il convient d'opérer une analyse « spécifique et concrète au regard de la prestation concernée » (CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc., § 42).

¹⁷⁷⁹ CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc., § 42.

¹⁷⁸⁰ CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc., § 43.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*, §§ 44 et 45.

¹⁷⁸² *Ibid.*, § 52, spéc. la deuxième condition cumulative posée par la Cour.

¹⁷⁸³ CJCE, Gr. Ch., 1^{er} avril 2008, *Maruko*, préc., § 66.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, § 72 ; CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc., § 52.

¹⁷⁸⁵ CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, préc. Cet arrêt concernait une législation subordonnant le droit à une pension de survie au conjoint et au partenaire survivant à la condition d'avoir conclu l'union avant l'âge de soixante ans. En l'espèce Monsieur Parris n'avait pu conclure le partenariat enregistré qu'après cet âge, le partenariat enregistré n'ayant été ouvert que successivement à l'accomplissement des soixante ans de Monsieur Parris, raison pour laquelle les juridictions nationales lui refusaient le droit à la pension de survie.

¹⁷⁸⁶ V. *supra*, § 786.

dépendent »¹⁷⁸⁷. La Cour de justice rappelle ensuite l'arrêt *Maruko* dans lequel elle avait déjà précisé que l'état civil et les prestations qui en découlent sont des matières relevant de la compétence des États membres, et que le droit de l'Union ne porte pas atteinte à cette compétence¹⁷⁸⁸. Elle en déduit dans l'affaire *Parris* que « les États membres sont ainsi libres de prévoir ou non le mariage pour des personnes du même sexe ou une forme alternative de reconnaissance légale de leur relation, ainsi que, le cas échéant, de prévoir la date à partir de laquelle un tel mariage ou une telle forme alternative produira ses effets »¹⁷⁸⁹. Elle en conclut donc que la réglementation nationale ne créait pas de discrimination indirecte en raison de l'orientation sexuelle au sens de la directive 2000/78/CE¹⁷⁹⁰.



799. Dans l'ensemble de ces cas, la Cour de justice a considéré que l'analyse de la comparabilité des situations relevait de la compétence de l'État membre.

Dans d'autres cas en revanche, la Cour effectue elle-même l'analyse. Nous verrons cependant dans un second temps que cela ne la conduit nécessairement pas à définir des exigences d'identité de traitement. Tel est notamment le cas lorsque les conceptions de la famille des États membres sont susceptibles d'être affectées par l'analyse de la Cour de justice.

b) L'analyse de la comparabilité des situations opérée par la Cour de justice

800. Lorsque les juges de Luxembourg analysent eux-mêmes la comparabilité des situations, elle peut suivre deux procédés. Dans certains cas, la Cour de justice vérifie s'il existe un consensus au sein des États membres relativement à l'assimilation des situations **(i)**. Dans d'autres cas, la Cour donne en revanche sa propre appréciation relativement à la comparabilité des situations familiales soumises à son examen **(ii)**.

i) Les cas de recherche de (l'introuvable) consensus des États membres

801. **Les affaires *Reed et Grant*.** - Afin de fonder sa propre analyse, la Cour de justice s'appuie régulièrement sur la notion de consensus européen, ici entendu au sens de consensus des États membres de l'Union européenne. Tel a été le cas dans l'affaire *Reed*¹⁷⁹¹, concernant l'interprétation de l'article 10 du règlement (CEE) 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968,

¹⁷⁸⁷ CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, préc., § 57.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, § 58.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, § 59.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*, § 61.

¹⁷⁹¹ CJCE, 17 avril 1986, *Reed*, aff. 59/85, spéc. §§ 13 et 15.

relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Tel a également été le cas dans l'affaire *Grant*¹⁷⁹² interprétant l'article 119 TCEE, devenu article 141 TCE et ici modifié, puis article 157 TFUE.

802. Dans ces deux dernières affaires, la Cour de justice exclut l'obligation des États membres d'assimiler le traitement réservé au conjoint et au concubin¹⁷⁹³. Nous allons nous concentrer sur l'arrêt *Grant* afin de donner un exemple d'un tel *modus operandi* employé par la Cour. L'analyse du consensus y est en effet plus développée que dans l'arrêt *Reed*.

803. Dans l'arrêt *Grant*, la Cour relève d'abord que le refus d'attribuer au concubin homosexuel du travailleur une réduction sur le prix des transports octroyée par un État membre à des travailleurs et à leurs conjoints et concubins de sexe opposé ne caractérisait pas une discrimination en raison du sexe¹⁷⁹⁴. La Cour s'intéresse ensuite, et c'est le point qui nous occupera, à la question de savoir si le droit de l'Union européenne exige que le couple de concubins homosexuels soit assimilé par les employeurs aux couples mariés ou bien aux couples de concubins hétérosexuels. La Cour s'appuie sur la considération que la Communauté n'avait pas adopté, à l'époque, des normes assimilant la situation du concubin à la situation du conjoint¹⁷⁹⁵. Elle relève, comme elle le fera également dans l'arrêt *Römer*¹⁷⁹⁶ précédemment évoqué¹⁷⁹⁷, que certaines législations des États membres ont ponctuellement, et relativement à un nombre limité de droits, assimilé la communauté de vie entre deux personnes du même sexe au mariage ou aux relations hétérosexuelles stables hors mariage¹⁷⁹⁸. Elle relève ensuite que la Commission européenne des droits de l'homme excluait les relations homosexuelles durables de la notion de vie familiale¹⁷⁹⁹ et que le mariage visait, au sens de l'article 12 CESDH, tel qu'interprété par la Cour EDH, le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent¹⁸⁰⁰. Elle en conclut que les situations du couple marié et du couple non marié sont

¹⁷⁹² CJCE, 17 février 1998, *Grant*, préc.

¹⁷⁹³ La directive 2004/38/CE n'a pas apporté de changements en ce sens. L'article 2, § 2, b) n'inclut le partenaire au sein des membres de la famille uniquement si la législation de l'État membre d'accueil considère que le partenariat enregistré est équivalent au mariage. Cette disposition peut être rapprochée à la jurisprudence de la Cour en matière de droits sociaux, et notamment les arrêts *Maruko* (CJCE, Gr. Ch., 1^{er} avril 2008, *Maruko*, préc.) et *Römer* (CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc.) précédemment analysés et dans lesquels la Cour renvoie aux juridictions nationales l'analyse de la comparabilité du partenariat enregistré et du mariage, relativement à l'attribution d'une pension de retraite et d'une pension compensatoire. V. *supra*, §§ 796-797.

¹⁷⁹⁴ CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, §§ 25-28, D., 1998, p. 372, obs. J. Rideau, *Dr. social*, 1998, p. 1034, n. K. Berthou et A. Masselot.

¹⁷⁹⁵ CJCE, 17 février 1998, *Grant*, préc., § 31.

¹⁷⁹⁶ CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc.

¹⁷⁹⁷ V. *supra*, §§ 796-797.

¹⁷⁹⁸ CJCE, 17 février 1998, *Grant*, préc., § 32.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*, § 33.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*, § 34.

différentes, tout comme l'étaient dans cette analyse le couple hétérosexuel et le couple homosexuel.



804. Ces exemples montrent comment la Cour procède lorsqu'elle recherche si un consensus existe au sein des États membres de l'Union européenne, bien que, dans les cas relevés, elle ait toujours conclu dans le sens de la négative. Ce faisant, elle a donc considéré que les États membres pouvaient introduire les différences de traitement en cause sans heurter le principe d'égalité. L'autre *modus operandi* suivi par la Cour mérite d'être exposé à présent.

ii) Les cas d'absence de recherche du consensus européen

805. La Cour de justice impose parfois aux États membres ses propres analyses relatives à la comparabilité des situations ayant trait à la matière familiale. Dans ces cas, la Cour délaisse l'analyse du consensus européen. Deux exemples viennent étayer ce propos.

806. **L'affaire *Zoi Chatzi*.** - Dans l'affaire *Zoi Chatzi*¹⁸⁰¹ les juges de Luxembourg ont notamment été appelés à se prononcer sur la question de savoir si la situation des parents d'un seul enfant était comparable à la situation des parents d'enfants jumeaux. La question se posait au sujet de l'attribution d'un congé parental garanti par la directive 96/34 du 3 juin 1996, à la lumière d'une législation nationale qui n'imposait pas d'attribuer deux congés parentaux successifs aux parents d'enfants jumeaux.

807. La Cour se prononce dans le sens de la différence des situations en cause. Elle souligne notamment que l'effort exigé pour la garde de jumeaux n'est pas comparable à l'effort nécessaire pour la garde d'un seul enfant¹⁸⁰². Elle souligne toutefois que l'accord-cadre, soumis à son examen, n'énonce que des prescriptions minimales¹⁸⁰³, ce qui laisse une large marge de manœuvre aux législateurs nationaux dans la définition du régime du congé parental applicable aux parents de jumeaux¹⁸⁰⁴. Après avoir donné des exemples de mesures nationales aptes à prendre en compte la situation particulière des parents de jumeaux, la Cour conclut qu'« [i]l appartient au juge national de vérifier si la réglementation nationale répond à cette exigence et, le cas échéant, de donner à ladite réglementation nationale, dans toute la mesure du possible,

¹⁸⁰¹ CJUE, 16 septembre 2010, *Zoi Chatzi contre Ypourgos Oikonomikon* (par la suite *Zoi Chatzi*), aff. C-149/10, *Europe*, 2010, comm. 382, n. L. Driguez.

¹⁸⁰² *Ibid.*, § 67.

¹⁸⁰³ *Ibid.*, § 69.

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, § 71.

une interprétation conforme au droit de l'Union »¹⁸⁰⁵.

808. **L'affaire Hay.** - Dans l'arrêt *Hay*¹⁸⁰⁶ la Cour de justice opère, de même, sa propre analyse de la comparabilité des situations. Cette affaire concernait l'exclusion des personnes venant de conclure un partenariat enregistré, du droit à la prime de mariage et au congé spécial alloués à la personne venant de se marier. La question qui se posait était celle de la compatibilité de cette exclusion avec l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle, inscrite dans la directive 2000/78/CE. La discrimination, notamment indirecte, était caractérisée selon Monsieur Hay du fait que les couples de même sexe ne pouvaient pas se marier à l'époque et que le partenariat enregistré était donc le seul type d'union qu'ils pouvaient conclure. La Cour se penche ainsi sur la question de savoir si, concernant l'allocation des éléments de rémunération en cause, la situation de la personne venant de se marier était comparable à la situation de la personne homosexuelle, venant de conclure un partenariat enregistré.

809. La Cour procède elle-même à l'analyse de la comparabilité des situations sans renvoyer ce travail aux juridictions nationales, à la différence du *modus operandi* suivi dans les arrêts *Maruko*¹⁸⁰⁷ et *Römer*¹⁸⁰⁸ où, comme nous l'avons vu, elle laisse aux juridictions nationales le soin d'opérer cette analyse. La Cour souligne en effet, dans l'affaire *Hay*¹⁸⁰⁹, que l'analyse des droits et obligations découlant de chaque type d'union n'était pas pertinente en l'espèce¹⁸¹⁰, contrairement aux deux affaires précédentes. En l'espèce en effet, et à la différence des affaires précédentes, il était question du droit d'un travailleur à obtenir des avantages de la part de son employeur en termes de rémunération ou de conditions de travail¹⁸¹¹. Aux fins d'une telle analyse, le type d'union conclue par le travailleur n'était dès lors pas pertinente. La Cour remarquait à ce propos que les congés étaient prévus pour les employés non seulement à l'occasion de leur mariage, mais également de l'union de certains de membres de leurs familles¹⁸¹². Le critère en fonction duquel le congé et la prime étaient attribués n'était alors pas celui des droits et obligations engendrés par le mariage par rapport aux autres unions. La conclusion de l'union en elle-même constituait ce critère. Or, le partenariat étant la seule forme

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, § 75.

¹⁸⁰⁶ CJUE, 12 décembre 2013, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* (par la suite *Hay*), aff. C-267/12, *Dalloz actu.*, 7 janv. 2014, obs. M. Peyronnet, *Europe*, 2014, comm. 50, n. D. Simon.

¹⁸⁰⁷ CJCE, Gr. Ch., 1^{er} avril 2008, *Maruko*, préc.

¹⁸⁰⁸ CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc.

¹⁸⁰⁹ CJUE, 12 décembre 2013, *Hay*, préc.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, §§ 38-39.

¹⁸¹¹ *Ibid.*, § 39.

¹⁸¹² *Ibid.*, § 40.

d'union qui était ouverte à l'époque aux couples homosexuels, elle pouvait ainsi en conclure que, relativement à l'attribution de la prime et du congé, la conclusion d'un mariage et la conclusion d'un partenariat enregistré étaient comparables¹⁸¹³.



810. Les exemples qui précèdent illustrent ainsi deux *modi operandi* possibles lorsque la Cour de justice est appelée à définir des exigences substantielles d'égalité. Parfois, elle renvoie à la compétence des États membres pour décider de la comparabilité des situations en cause, et donc de la nécessité de prévoir des traitements identiques pour les situations en cause. Parfois, elle opère elle-même l'analyse de la comparabilité des situations. Dans ce cas, elle recherche parfois un consensus au niveau des États membres. D'autres fois, elle donne sa propre appréciation de la comparabilité des situations en cause.

La question à laquelle il conviendra de répondre est donc de savoir si un critère guidant la Cour dans ses applications de tels procédés peut être identifié.

2) Deux *modi operandi* aboutissant au respect des conceptions de la famille des États membres

811. Le critère utilisé par la Cour de justice dans son choix de procéder elle-même à l'analyse de la comparabilité des situations, plutôt que de laisser aux États membres la charge de l'effectuer, ne peut pas être trouvé en fonction de la matière soumise à l'examen de la Cour **(a)**. Il n'échappera toutefois pas au lecteur que les deux modalités opératoires permettent à cette dernière d'aboutir au même résultat : le respect des conceptions de la famille des États membres **(b)**.

a) L'absence d'un critère matériel justifiant le choix du modus operandi

812. Il convient de s'interroger sur l'existence d'un critère en fonction duquel la Cour sélectionne la technique de contrôle employée. On a vu en effet que, parfois, les juges de Luxembourg laissent aux États membres le soin d'opérer l'analyse de la comparabilité des situations familiales. Parfois en revanche, ils choisissent d'effectuer eux-mêmes l'analyse de comparabilité des situations.

813. Le critère de la portée des interprétations de la Cour de justice en fonction des

¹⁸¹³ *Ibid.*, § 41.

matières ? - Une explication possible est notamment fournie par l'arrêt *Reed*¹⁸¹⁴. Cet arrêt, précédemment évoqué¹⁸¹⁵, portait sur une demande de titre de séjour présentée par la partenaire d'un travailleur ressortissant d'un État membre. L'une des questions posées était de savoir si la partenaire devait être assimilée au conjoint au sens de l'article 10) §1) a) du règlement (CEE) 1612/68¹⁸¹⁶. Pour répondre à cette question, la Cour précise qu'elle est appelée à interpréter une disposition d'un règlement, ayant donc une portée générale, et étant obligatoire et directement applicable dans tous les États membres¹⁸¹⁷. Elle en déduit que « l'interprétation donnée par la Cour à une disposition de ce règlement a des conséquences dans tous les États membres et qu'une interprétation de notions juridiques fondée sur l'évolution de la société doit se faire par un examen de la situation dans l'ensemble de la Communauté [désormais Union, *n.d.A.*], et non pas de celle d'un seul État membre »¹⁸¹⁸. La portée générale du texte est ainsi l'élément qui paraît justifier que la Cour procède elle-même à l'analyse de la comparabilité des situations en cause. Elle recherchera notamment l'existence d'une évolution sociale générale allant en ce sens. Son absence constatée, elle conclura que la notion de conjoint n'était pas assimilée à celle de partenaire.

814. Le critère de la portée des interprétations de la Cour doit cependant être rapidement écarté à la lumière de l'arrêt *Römer*¹⁸¹⁹. Rappelons que cette affaire concernait l'infériorité de la pension de retraite complémentaire versée au partenaire par rapport au montant versé au conjoint. À cette occasion, en effet, la Cour ne procède pas à l'analyse comparative des situations. L'arrêt concernait pourtant l'interprétation d'une directive¹⁸²⁰. Or, bien que ce texte ne soit pas directement applicable, il n'empêche que l'interprétation des dispositions que la Cour en donne, lie l'ensemble des États membres¹⁸²¹.



815. L'hypothèse de la portée du texte en cause en tant que *ratio* permettant à la Cour de décider de laisser aux États membres le soin d'analyser la comparabilité des situations, ou bien d'opérer elle-même cette opération, n'a pas pu être confirmée.

¹⁸¹⁴ CJCE, 17 avril 1986, *Reed*, préc.

¹⁸¹⁵ V. *supra*, §§ 801-802.

¹⁸¹⁶ Relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, préc.

¹⁸¹⁷ CJCE, 17 avril 1986, *Reed*, préc., § 12.

¹⁸¹⁸ *Ibid*, § 13.

¹⁸¹⁹ CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc.

¹⁸²⁰ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹⁸²¹ V. F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 631, § 877.

816. L'analyse des arrêts montre cependant que la Cour choisit l'un ou l'autre de ces *modus operandi* selon les caractéristiques de l'espèce. Cette manière de procéder permet à la Cour d'aboutir à un même résultat, à savoir le respect des conceptions de la famille des États membres.

b) Deux modi operandi permettant à la Cour de justice de respecter les conceptions nationales de la famille

817. Lorsque la Cour de justice renvoie aux juridictions nationales le travail d'analyse de la comparabilité des situations, cela a pour résultat, et à notre avis, pour but, de respecter les conceptions de la famille des États membres¹⁸²². Il est par exemple possible de lire dans l'arrêt *Römer* qu'« [...] en l'état actuel du droit de l'Union, la législation sur l'état civil des personnes relève de la compétence des États membres »¹⁸²³. L'absence de compétence du droit de l'Union européenne en la matière pousse la Cour à faire preuve de prudence¹⁸²⁴.

Cependant, la Cour développe parfois sa propre analyse relative à la comparabilité des situations. Cela laisse de prime abord penser que la Cour adopte une conception de la famille. Nous avons en effet pu voir comment les applications des règles d'égalité amenant à définir des exigences substantielles d'égalité sont intrinsèquement fonctionnelles à la conception de la famille adoptée par les différentes institutions précédemment analysées¹⁸²⁵. La même conclusion pourrait ainsi, au premier abord, être tirée en ce qui concerne les analyses développées par la Cour.

818. Deux remarques nous poussent cependant à tirer des conclusions distinctes. Premièrement, nous avons pu mettre en exergue l'inexistence d'une conception de la famille en droit de l'Union.

En second lieu, il est possible de montrer que la manière de procéder de la Cour a précisément pour but de *ne pas* aboutir à ce dernier résultat et de respecter ainsi les conceptions de la famille des États membres. Ceci se réalise en particulier lorsqu'elle opère l'analyse de la comparabilité des situations et si cette opération est susceptible d'affecter les conceptions nationales de la famille **(i)**. En revanche, là où l'analyse de la comparabilité des situations, tout en ayant trait à

¹⁸²² Plus généralement, relevant le respect des conceptions de la famille des États membres dont la Cour de justice fait montre, v. H. GAUDEMET-TALLON, « Avant-propos », *op. cit.*, p. 3.

¹⁸²³ CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Römer*, préc., § 38.

¹⁸²⁴ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 201, § 170.

¹⁸²⁵ Nous avons pu constater cela à travers l'analyse des droits français et italien, ainsi que relativement à la jurisprudence de la CEDH en matière familiale. V. *supra*, § 387 et s., § 631 et s.

la matière familiale, n'est pas susceptible de toucher aux conceptions de la famille des États membres, la Cour fait usage de la liberté d'imposer une exigence d'identité de traitement pour les situations qu'elle aura considérées comme comparables **(ii)**.

i) L'introuvable consensus permettant le respect des conceptions nationales de la famille

819. **La combinaison de deux facteurs.** - Lorsque la Cour de justice opère l'analyse de la comparabilité des situations et qu'une telle opération est susceptible d'affecter les conceptions de la famille des États membres, la Cour emploie une technique de contrôle lui permettant de *ne pas* affecter ces dernières. La Cour parvient à ce résultat en recherchant un consensus là où il ne pourra pas être trouvé. Nous pouvons remarquer à la lecture des arrêts *Reed*¹⁸²⁶ et *Grant*¹⁸²⁷, précédemment évoqués¹⁸²⁸, que la Cour a conclu à une absence de consensus. De ce fait, la Cour peut laisser les États membres libres d'introduire les différences de traitement en cause.

Ainsi, dans l'arrêt *Grant*, la Cour, après avoir considéré qu'un employeur n'est pas tenu par le droit communautaire d'assimiler les situations en cause¹⁸²⁹, en raison de l'absence de consensus, précise qu'il « appart[ient] au législateur d'adopter, le cas échéant, des mesures susceptibles d'affecter cette situation »¹⁸³⁰. Ce faisant, la Cour laisse la porte ouverte aussi bien aux identités qu'aux différences de traitement du concubin homosexuel du travailleur par rapport au concubin hétérosexuel et au conjoint, relativement au droit à la réduction sur le prix des transports dont bénéficiaient ces dernières catégories.



820. Au début de l'étude relative à la jurisprudence de la Cour de justice, nous avons mentionné que dans l'arrêt *Coman*¹⁸³¹ la Cour de justice a affirmé que la détermination des formes familiales relève du respect du droit à l'identité nationale garanti par l'article 4 § 2 TUE. Ce droit n'est pas évoqué par la Cour dans ces affaires. Il n'empêche qu'il ressort des arrêts relatifs à la définition d'exigences substantielles d'égalité touchant à la matière familiale, que la Cour se limite à se fonder sur les textes européens qui définissent, comme nous l'avons vu¹⁸³², uniquement le noyau consensuel des liens familiaux qui trouvent une reconnaissance juridique

¹⁸²⁶ CJCE, 17 avril 1986, *Reed*, préc.

¹⁸²⁷ CJCE, 17 février 1998, *Grant*, préc.

¹⁸²⁸ V. *supra*, §§ 801-804.

¹⁸²⁹ V. les détails de l'analyse *supra*, § 803.

¹⁸³⁰ CJCE, 17 février 1998, *Grant*, préc., § 36.

¹⁸³¹ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-637/16, préc., § 171.

¹⁸³² V. *supra*, § 747 et s.

dans l'ensemble des États membres. En dehors de ce cadre, la Cour adopte des décisions qui n'influencent pas la définition de la famille par les États membres. Cela laisse transparaître une volonté de la Cour de ne pas influencer les conceptions nationales de la famille. Seuls font exception les cas, précédemment analysés, où une telle influence a déjà eu lieu de la part de la Cour de Strasbourg.

821. Il convient à présent, et en dernier lieu, de compléter cette analyse avec l'étude des cas où la Cour a imposé aux États membres le respect d'une exigence substantielle d'égalité qu'elle a elle-même défini, touchant à la matière familiale.

ii) L'égalité de traitement par la Cour de justice imposée dans les affaires insusceptibles d'affecter les conceptions nationales de la famille

822. Dans certains cas, la Cour de justice définit elle-même des exigences substantielles d'égalité touchant à la matière familiale. Il est possible de montrer que ces hypothèses correspondent à des affaires dans lesquelles ces définitions sont insusceptibles d'affecter les conceptions nationales de la famille. Tel est le constat qui peut être tiré de l'analyse des arrêts *Zoi Chatzi*¹⁸³³ et *Hay*¹⁸³⁴ précédemment exposés¹⁸³⁵. Pour rappel, dans ces arrêts la Cour a procédé elle-même à l'analyse comparative des situations sans rechercher l'existence d'un consensus au sein des États membres et a abouti à considérer les situations en cause comme comparables.

823. **Analyse de l'arrêt *Zoi Chatzi*.** - Concernant l'affaire *Zoi Chatzi*¹⁸³⁶, il n'est pas possible de considérer que la décision de la Cour de justice a eu un impact sur les conceptions nationales de la famille. La manipulation génétique finalisée à concevoir des jumeaux n'est pas autorisée, du moins en l'état actuel des choses. Les doubles grossesses restent donc, pour l'heure, involontaires. Tant que les individus n'auront pas la main sur cet événement, une législation qui défavorise la conception de jumeaux n'aurait donc pas d'intérêt. L'absence de régime adapté à la prise en compte de cette situation particulière ne témoigne ainsi pas d'une conception de la famille nationale. Il est ainsi possible d'émettre l'hypothèse que si, dans ce cas, la Cour de justice n'analyse pas l'existence d'un consensus européen, mais opère sa propre analyse de la comparabilité des situations en s'appuyant sur des éléments factuels, c'est en raison de

¹⁸³³ CJUE, 16 septembre 2010, *Zoi Chatzi*, préc.

¹⁸³⁴ CJUE, 12 décembre 2013, *Hay*, préc.

¹⁸³⁵ V. *supra*, §§ 806-809.

¹⁸³⁶ CJUE, 16 septembre 2010, *Zoi Chatzi*, préc.

l'absence d'influence potentielle d'une telle décision sur les conceptions nationales de la famille.

824. **Analyse de l'affaire Hay.** - La même conclusion peut être tirée relativement à l'arrêt *Hay*¹⁸³⁷. Il s'agissait, pour rappel, d'une affaire concernant l'attribution aux travailleurs de primes et de congés à l'occasion de la conclusion de leur union avec une tierce personne. Nous avons vu que la *ratio* de la distinction ne reposait pas sur la différence de traitement de l'individu venant de se marier ou de conclure une autre forme d'union. Le même droit était en effet attribué à l'occasion du mariage du travailleur, mais également à l'occasion du mariage d'autres membres de la famille. La Cour en déduit que ce qui était commun à ces hypothèses était la célébration de l'union et non la volonté de favoriser l'individu venant de se marier par rapport à l'individu venant de conclure un partenariat enregistré.

825. Or, nous avons déjà eu l'occasion d'observer que les droits et obligations attachés aux différents statuts de conjugalité, et notamment, l'époux et le partenaire, constituent précisément l'élément à travers lequel les juridictions instaurent une hiérarchie d'importance entre les formes d'unions¹⁸³⁸. Le fait que l'espèce ne portait pas sur cette question permet ainsi à la Cour d'opérer elle-même l'analyse de la comparabilité des situations et de définir une exigence substantielle d'égalité sans toucher la conception nationale, en l'espèce française, de la famille.



826. L'analyse des arrêts rendus par la Cour de justice relativement à la définition de contenus de l'égalité afférant à la matière familiale montre, en conclusion, que la Cour porte ses appréciations relatives à la comparabilité des situations uniquement lorsque sa décision n'est pas susceptible d'influencer les conceptions nationales de la famille. C'est encore uniquement dans ce cadre qu'elle impose l'identité de traitement pour les situations qu'elle a considérées comme comparables. Cela confirme ainsi la volonté de la Cour de justice de respecter les conceptions nationales de la famille. Pour ce faire, elle passe, comme la Cour européenne des droits de l'homme, par la sélection des techniques de contrôle du respect des règles d'égalité en fonction du résultat recherché.

827. Le caractère orienté des concrétisations des règles d'égalité est donc confirmé au niveau du droit de l'Union. Le but est cependant sensiblement différent de celui qui a pu être mis en

¹⁸³⁷ CJUE, 12 décembre 2013, *Hay*, préc.

¹⁸³⁸ V. *supra*, § 605 et s.

exergue relativement à l'analyse des droits matériels de la famille français et italien ainsi que de la jurisprudence des juges de Strasbourg en matière familiale. Ici, en effet, et contrairement à ces dernières, une conception de la famille n'a pu être mise en exergue. L'orientation des règles d'égalité se fait en revanche à ce niveau en fonction des objectifs propres du droit de l'Union et notamment de la protection de la libre circulation ou, à défaut, dans le but de respecter la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme et celles des États membres. Cette conclusion est d'ailleurs cohérente avec les résultats de l'analyse opérée par Monsieur RASS-MASSON, concernant la recherche de l'existence d'un droit de la famille de l'Union européenne. La réponse négative donnée par l'auteur passe entre autres par la constatation que « [l]e droit de la famille de l'Union européenne se contente [...] soit d'une référence aux ordres juridiques nationaux en vue de la détermination de la situation familiale, soit, lorsqu'il prétend déterminer lui-même la situation familiale, révèle une véritable dépendance à l'égard des ordres juridiques nationaux »¹⁸³⁹. Cette déférence envers les conceptions de la famille des États membres trouve d'ailleurs une explication que nous partageons dans la pensée de l'auteur. Monsieur RASS-MASSON voit en effet dans la protection de la diversité des statuts familiaux, découlant de la diversité des droits de la famille des États membres, un objectif de l'Union¹⁸⁴⁰, découlant de l'exigence de respecter les identités et les systèmes et traditions juridiques nationaux¹⁸⁴¹ et de la « nature nationale et plurielle de l'ordre juridique de l'Union européenne »¹⁸⁴².

¹⁸³⁹ L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, op. cit., pp. 260-272, § 339-324. La citation se trouve à p. 260, § 339.

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*, pp. 353-373.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*, pp. 402-407.

¹⁸⁴² *Ibid.*, pp. 409-416.

Conclusions du deuxième chapitre

829. La recherche des facteurs guidant la définition d'exigences substantielles d'égalité en matière familiale au niveau supranational avait pour but de mettre à l'épreuve l'universalisme souvent conféré à ces exigences. Deux fondements possibles de cet attribut avaient en effet pu être isolés. Le premier ayant fait l'objet d'étude au cours du chapitre précédent qui, pour rappel, consistait en la similitude présumée des contenus de l'égalité définis par des ordres juridiques culturellement proches.

Le second fondement possible de l'universalisme des exigences substantielles d'égalité restait ainsi à étudier. Il s'agissait du supposé caractère objectivable de ces dernières, découlant du fait que les instances supranationales sont détachées des particularismes nationaux. Rappelons en effet que la singularité de la conception de la famille de chaque ordre juridique national, dont la France et l'Italie ont fourni un échantillon, nous ont conduite à réfuter le premier fondement possible de l'universalisme des exigences substantielles d'égalité. Il était ainsi nécessaire de savoir si ces dernières, définies en matière familiale au niveau supranational, étaient objectivables. Tel aurait été le cas s'il avait été constaté que leur définition était guidée par des facteurs non particularistes. Dans ce cas, l'universalisme attribué aux exigences substantielles d'égalité supranationales aurait pu trouver un fondement. Le choix de renoncer, dans les litiges privés internationaux, à la continuité des situations au nom du principe d'égalité, notamment dans les affaires impliquant des ordres juridiques qui ne garantissent pas le principe d'égalité aurait donc pu prendre racine sur cette base.

830. Cette analyse a été centrée sur l'étude des ordres juridiques supranationaux définissant des exigences substantielles d'égalité touchant à la matière familiale et auxquelles les ordres juridiques français et italien doivent se conformer. Il s'agit notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que du droit de l'Union européenne.

Elle a été construite sur les résultats des analyses précédentes, portant sur la définition du facteur guidant l'élaboration de contenus de l'égalité en droit de la famille français et italien. Dans la mesure où cette étude a montré que ce travail est conditionné par la conception de la famille des États, il était nécessaire de savoir si ce même critère guidait la définition des exigences substantielles d'égalité au niveau supranational. Encore fallait-il que les instances supranationales adoptent une conception de la famille.

Une recherche jurisprudentielle effectuée sur la base de données *Hudoc* nous a conduite à analyser l'ensemble des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme

contenant des questions d'égalité relatives à la matière familiale. Une réponse affirmative en est ressortie. Cette dernière ne fait pas une application objective des règles d'égalité inscrites dans la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, elle oriente ses analyses en fonction du résultat recherché et, notamment, en fonction de sa conception de la famille, que nous avons compris être évolutive. La Cour de Strasbourg interprète ainsi les mêmes règles d'égalité de manière différente, ou applique des standards de contrôle qui varient, selon que sa conception de la famille implique de définir une exigence d'identité de traitement ou bien de laisser des États parties au Conseil de l'Europe libres de prévoir des différences de traitement.

831. Il n'a en revanche pas été possible de définir une conception de la famille en droit de l'Union européenne. La famille appréhendée par les textes reprend en effet uniquement le noyau des relations familiales partagé par les États membres, à savoir la famille monogamique, fondée sur le mariage et comprenant les enfants issus de cette union ainsi que les ascendants, et ouvre la possibilité aux États d'intégrer cette définition *a minima* avec d'autres liens familiaux. Les textes du droit de l'Union européenne ne définissent d'ailleurs pas d'exigences substantielles d'égalité directement applicables en droit interne. La Cour de justice est en revanche appelée à opérer ce travail. Dans ce cadre, son but n'est pas celui de protéger une conception de la famille qui lui serait spécifique. Il s'agit en revanche de ne pas affecter les conceptions de la famille des États membres à moins que cette dernière n'entrave la poursuite des objectifs de l'Union et, typiquement, la libre circulation des personnes.

832. L'analyse a ainsi montré que la définition de la famille donnée par les États membres est en revanche susceptible d'être affectée lorsqu'elles empêchent notamment d'assurer la libre circulation des personnes. Ce cas de figure se concrétise notamment lorsqu'un État membre de destination retient une définition de la famille plus restrictive que celle de l'État membre d'origine. Dans ce cas en effet, comme l'arrêt *Coman*¹⁸⁴³ l'a montré, l'État membre de destination est susceptible de refuser la reconnaissance d'une situation familiale créée dans un autre État membre. De ce fait, la libre circulation au sein de l'Union s'en trouve entravée, ce que la Cour de justice est susceptible de sanctionner. Bien que dans cet arrêt la Cour n'ait pas été appelée à se prononcer sur la conformité du refus de reconnaître le mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre au principe d'égalité, elle aurait conclu dans le même sens si tel avait été le cas. Or, la garantie du droit à la libre circulation peut être considérée comme un facteur objectif, susceptible de guider la définition d'exigences

¹⁸⁴³ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-637/16, préc.

substantielles d'égalité touchant à la matière familiale. Néanmoins, le souci de libre circulation se pose uniquement en relation aux situations créées dans les États membres et dont la reconnaissance est demandée dans un autre État membre. Cela ne suffit donc pas à exclure le caractère particulariste des exigences substantielles d'égalité définies au niveau de l'Union européenne. Il s'ensuit que l'objectivité de ce souci ne suffit pas à justifier l'universalisme attribué à ce principe. Rappelons en effet que cet attribut conféré aux contenus de l'égalité conduit à en imposer le respect dans les litiges impliquant des ordres juridiques tiers.

833. Nous avons également compris que, lorsque la poursuite des objectifs de l'Union européenne n'est pas en jeu dans une affaire, la Cour de justice est susceptible de reprendre les exigences d'identité de traitement définies par la Cour européenne des droits de l'homme. Nous avons déjà eu l'occasion de voir qu'en principe lorsque la Cour européenne des droits de l'homme définit une exigence substantielle d'égalité, celle-ci doit être respectée par l'ensemble des États parties au Conseil de l'Europe et est censée refléter l'existence d'un consensus européen, découlant du partage d'un même point de vue par une majorité d'États. Dès lors, le respect des contenus de l'égalité que la Cour européenne des droits de l'homme définit en matière familiale n'est pas censé affecter les conceptions de la famille des États membres. La plupart de ces derniers sont en effet déjà censés définir dans leurs droits nationaux l'exigence substantielle d'égalité en cause. Cela dépend du fait que cette exigence est censée correspondre à la conception de la famille faisant l'objet d'un consensus européen, bien que nous ayons eu l'occasion de montrer que tel n'est souvent pas le cas. Il s'ensuit que l'un des facteurs guidant la définition des exigences substantielles d'égalité par la Cour de justice est le respect de la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle est censée refléter la conception majoritaire de la famille au sein des États parties au Conseil de l'Europe.

834. Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme ne définit pas de contenu d'égalité en matière familiale, il a en revanche été possible de montrer que la Cour de justice peut définir elle-même s'il y a lieu d'exiger un traitement identique de deux situations. L'analyse de sa jurisprudence a cependant conduit à comprendre qu'elle sélectionne à son tour les techniques à employer dans le but de ne pas imposer aux États membres des exigences substantielles d'égalité susceptibles d'affecter leur conception de la famille.

835. En conclusion, le facteur qui guide la définition des exigences substantielles d'égalité est la conception des États membres de la famille, à moins que la poursuite des objectifs de l'Union n'appelle un résultat distinct.

836. Enfin, l'analyse conduit à se questionner sur l'existence d'une définition par la négative de la famille en droit de l'Union. Si la discrimination entre époux en raison de leur sexe n'est pas tolérée, notamment par l'article 10 du règlement « Rome III », la conception de la famille inspirée de la *charia* semble être plus spécifiquement rejetée. S'agissant d'une conception de la famille, ce facteur n'est pas susceptible de conduire à adopter des contenus de l'égalité objectivables.

Les mêmes conclusions que nous avons formulées concernant les exigences substantielles d'égalité définies par la Cour européenne des droits de l'homme s'imposent ainsi en ce qui a égard au droit de l'Union européenne. La vocation universelle souvent attribuée au principe d'égalité sur la base du supposé caractère objectif des facteurs guidant la définition des contenus de l'égalité au niveau supranational doit ainsi être réfutée.

Conclusion de la deuxième partie

837. L'importance attribuée par de nombreux ordres juridiques au principe d'égalité, couplée à l'absence de prise en compte du caractère exclusivement méthodologique de ce dernier, conduit à attribuer une vocation universelle au principe d'égalité. Celle-ci peut justifier, dans le cadre de la résolution de litiges privés internationaux, de renoncer à la continuité des situations au nom du principe d'égalité, notamment dans les litiges impliquant des ordres juridiques qui ne garantissent pas le principe d'égalité. La prise en compte de l'inaptitude du principe d'égalité à définir ce que nous avons dénommé les exigences substantielles d'égalité, c'est-à-dire les cas dans lesquels un ordre juridique exige que deux situations soient traitées de manière identique ou de manière différente relativement à l'attribution d'une prérogative donnée, nous a cependant conduite à soupçonner le caractère particulariste des exigences substantielles d'égalité et, par là, remettre en cause l'universalisme attribué à ce principe. Deux fondements de cette portée du principe d'égalité ont notamment pu être mis en lumière.

838. Premièrement, si le caractère exclusivement méthodologique du principe d'égalité n'est pas pris en compte, il est possible de croire que, puisque le même principe est garanti par de nombreux ordres juridiques dans le monde, des solutions similaires sont adoptées par ceux-ci. En ce sens, le principe d'égalité ne serait pas susceptible de conduire, sauf exception, à la discontinuité des situations dans les litiges impliquant la plupart des ordres juridiques mondiaux. Or, la première partie de cette étude nous a déjà conduite à démontrer l'absence de caractère international des exigences substantielles d'égalité, dans la mesure où chaque autorité nationale ou supranationale à cet égard concrétise, plus ou moins librement, les dispositions d'égalité garanties par l'ordre juridique dont elle est issue. Cela n'excluait cependant pas qu'une communauté de vues conduise à adopter des exigences similaires. La question se posait ainsi de savoir si des ordres juridiques comme le français et l'italien, issus de la même tradition judéo-chrétienne, définissent des contenus de l'égalité similaires. En effet, les grands traits du droit de la famille sont partagés en Europe, et plus largement à travers les pays pouvant être considérés comme appartenant à la même communauté de valeurs. Relativement au droit français et italien par exemple, il a été possible de dessiner une même tendance à l'abandon progressif de la conception traditionnelle de la famille pour se diriger vers une conception plus libérale. Ce libéralisme est notamment marqué par la multiplicité de formes de conjugalités et

par une conception de la famille « pédocentrique »¹⁸⁴⁴. D'ailleurs, elles sont toutes marquées par le même esprit égalitaire. L'hypothèse de la similarité des exigences substantielles d'égalité définies au sein de pays appartenant à la même communauté de valeurs en matière familiale méritait ainsi d'être étudiée. Si elle avait été confirmée, elle aurait en effet signifié que le principe d'égalité est globalement insusceptible de conduire à la discontinuité des situations à l'intérieur d'une communauté de valeurs, et plus exactement encore dans une communauté de cultures. Le débat serait ainsi rentré dans le cadre du conflit de civilisation déjà amplement couvert par la doctrine. Or, à cet égard, de nombreux auteurs considèrent qu'il convient d'attribuer une vocation universelle au principe d'égalité, pris en tant que principe général du droit et en tant que droit fondamental consacré au niveau supranational. Ils justifient sur cette base de renoncer à la coordination des ordres juridiques au nom de l'égalité.

839. Notre analyse nous a cependant conduit à démentir le postulat de la similarité des exigences substantielles d'égalité définies par les ordres juridiques culturellement proches. Nous espérons avoir démontré que ces contenus en matière familiale par les ordres juridiques nationaux ont un caractère particulariste car leur définition dépend des conceptions de la famille respectives, lesquelles varient d'un ordre juridique à l'autre. L'analyse de l'évolution du droit de la famille français et italien a permis de l'illustrer. En dépit d'une culture et d'une tradition juridique proche, les conceptions de la famille et, par là, les exigences substantielles d'égalité définies par ces ordres juridiques comptent de nombreuses divergences. Deux facteurs se sont avérés déterminants à cet égard. Le premier est la différence dans la distance prise par rapport à la conception traditionnelle de la famille. Ce facteur dépend à son tour de l'abandon des anciennes finalités que l'État attribuait à la famille, ainsi que de la mesure de l'influence que la religion exerce sur le droit de la famille de l'ordre juridique. Le second facteur est en revanche constitué par la différence dans les manières de concevoir le pluralisme familial en France et en Italie. Celui-ci varie à son tour en fonction de la définition retenue, notamment, de l'intérêt de l'enfant et des différents types de conjugalités qui trouvent une reconnaissance juridique au sein de ces États. Il varie également en fonction de la gradation introduite entre les différentes formes familiales par chaque ordre juridique.

840. Malgré l'existence de cas dans lesquels les exigences substantielles d'égalité définies sont les mêmes, il n'est pas possible de caractériser une uniformité des contenus issus de ce principe, y compris à travers des États appartenant à la même communauté de valeurs. La définition de

¹⁸⁴⁴ Selon l'expression employée par A. PONSARD, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », *JDI*, 1972, pp. 765-796, spéc. p. 794.

la conception de la famille passe en effet par toute sorte de nuance dans le traitement à réserver à une catégorie plutôt qu'à une autre. Ainsi, la généralité de la convergence des modèles familiaux dans le sens d'un abandon du modèle familial traditionnel ne suffit pas à définir des contenus de l'égalité identiques d'un ordre juridique à l'autre. Encore faudrait-il pour que cela soit le cas que ce changement ait lieu au regard des mêmes prérogatives en matière familiale et dans la même mesure. Or, en l'absence d'unification des règles matérielles, il est difficilement imaginable qu'une uniformisation des conceptions de la famille, et donc des exigences substantielles d'égalité, puisse avoir lieu.

841. Le fait que chaque ordre juridique national définit ses contenus de l'égalité en fonction de sa conception de la famille nous amène à comprendre que l'opposition du principe d'égalité aux normes étrangères peut conduire à la discontinuité des situations, non seulement lorsque le litige implique des ordres juridiques extérieurs à la communauté de valeurs, mais également, plus spécifiquement, des ordres juridiques partageant les mêmes traditions.

L'absence de prise en compte du caractère méthodologique du principe d'égalité occulte ainsi le risque avéré que les ordres juridiques ne définissent pas les mêmes exigences substantielles d'égalité. De ce fait, des solutions inconciliables sont susceptibles d'être adoptées d'un ordre juridique à l'autre conformément à un même principe. L'universalisme reposant sur la supposée similarité des exigences substantielles d'égalité définies au sein d'ordres juridiques culturellement proches doit ainsi être rejeté.

842. Nous avons cependant mentionné que les auteurs fondent parfois cet universalisme sur le caractère supranational du principe d'égalité. Il était possible de penser qu'une vocation universelle pouvait être notamment attribuée aux contenus de l'égalité d'origine supranationale, dans la mesure où ces concrétisations, déliées des particularismes nationaux, pouvaient être considérées comme objectivables. Il s'agissait là du second fondement possible de l'universalisme du principe d'égalité. Ce présupposé a cependant dû être, comme le premier, démenti. L'analyse a en effet montré que les concrétisations des dispositions d'égalité opérées par la Cour européenne des droits de l'homme dépendent d'une conception de la famille qu'elle définit elle-même, souvent, abstraction faite de l'existence d'un consensus européen fondée sur le nombre d'États parties au Conseil de l'Europe partageant le même point de vue sur une question. Les exigences substantielles d'égalité sont ainsi définies à l'issue d'une sélection des techniques et des standards de contrôle, ainsi que de différentes lectures données à une même disposition d'égalité. Ses décisions sont ainsi constamment guidées par la protection de sa conception de la famille, évoluant avec le temps, mais pas nécessairement de manière parallèle

par rapport à l'évolution des droits des États parties au Conseil de l'Europe pris dans leur ensemble. Aucune objectivité n'a ainsi pu être trouvée dans la définition des exigences substantielles d'égalité opérée par la Cour européenne des droits de l'homme. L'universalisme du principe d'égalité n'a donc pas pu être justifié concernant les concrétisations strasbourgeoises, en raison de leur particularisme.

843. La même conclusion s'est imposée concernant l'Union européenne. Les institutions ne protègent pas une conception donnée de la famille. Le droit de l'Union laisse en revanche comprendre ce que la famille ne doit pas être dans la conception européenne, à savoir la famille inspirée de la *charia*. Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice, auteur principal de la définition des contenus de l'égalité, a permis de comprendre que le facteur guidant ce travail est le respect de la conception de la famille des États membres, à moins que la poursuite des objectifs de l'union, et notamment la garantie de la liberté de circulation, n'en exige autrement. Ce dernier facteur peut être considéré comme étant objectif. Il s'agit cependant d'un facteur dont l'influence concerne uniquement les États membres de l'Union européenne. Il ne saurait donc être employé pour fonder l'universalisme attribué au principe d'égalité. Le souci de respecter les conceptions de la famille des États membres étant l'autre facteur guidant la définition des contenus de l'égalité, le caractère objectif de telles concrétisations fait défaut, en raison des particularismes nationaux précédemment mis en lumière.

844. Il s'ensuit qu'une vocation universelle ne peut pas être attribuée aux exigences substantielles d'égalité définies au niveau du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, pas plus qu'à celles qui sont définies au niveau national.



845. Il découle des deux premières parties de cette étude que la discontinuité des situations ne peut pas se justifier au nom du principe d'égalité. Ce dont les juges judiciaires des ordres juridiques qui garantissent le principe d'égalité assurent le respect dans le litige de droit international privé n'est en effet pas le principe d'égalité. Ce principe pose en effet uniquement des exigences méthodologiques. Il s'adresse ainsi aux législateurs et aux juges des ordres juridiques qui garantissent ce principe, pour qu'ils s'assurent que les normes qu'ils définissent soient cohérentes avec la règle de l'égalité de traitement. Ici s'épuisent l'internationalité et la vocation universelle du principe d'égalité.

En revanche, dans les litiges privés internationaux, les juges judiciaires assurent le respect des concrétisations de l'égalité, spécifiques à chaque catégorie d'individus définie et à chaque

prérogative consacrée par l'ordre juridique du for, lesquelles sont définies en fonction de la conception de la famille du for.

Le voile occultant le caractère exclusivement méthodologique du principe d'égalité une fois levé, la supposée convergence entre les solutions commandées par le principe d'égalité et par la continuité des situations doit être réfutée. La renonciation à la continuité des situations au nom du principe d'égalité dans les litiges impliquant des ordres juridiques culturellement éloignés et, plus généralement, ne garantissant pas le principe d'égalité, perd ainsi ses possibles fondements puisque des solutions inconciliables peuvent effectivement être adoptées au nom du principe d'égalité. La recherche d'un équilibre entre la garantie de la continuité des situations et le respect des exigences substantielles d'égalité s'impose en conséquence. Celle-ci sera notamment pertinente lorsque le respect des contenus de l'égalité du for commande de refuser la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger ou de créer une situation qui risque de ne pas pouvoir circuler.

PARTIE III : LE RELATIVISME DES EXIGENCES

SUBSTANTIELLES D'ÉGALITÉ ET LA CONTINUITÉ DES

SITUATIONS

*Alors, que faudrait-il faire ? Cultiver l'utopie,
mais n'en faire qu'un usage modéré, raisonnable
et paradoxalement réaliste ?*¹⁸⁴⁵

846. Dans l'introduction de la présente étude, il a été exposé que la doctrine considère qu'un équilibre existe entre la protection du principe d'égalité et l'ambition du droit international privé pour la continuité des situations¹⁸⁴⁶. Rappelons que cela s'explique, d'un côté, par le caractère limité des cas où la protection du principe d'égalité est censée amener à des solutions inconciliables, en raison de son internationalité. Les ordres juridiques qui le consacrent adoptent des solutions qui se veulent conformes et qui sont donc censées être conciliables. En mettant l'accent sur l'internationalité du principe d'égalité, le risque que la protection de ce dernier conduise à la discontinuité de situation semble donc être négligeable. L'objectif de la continuité des situations et l'exigence de respecter le principe d'égalité sont censés commander des solutions largement convergentes. D'un autre côté, l'équilibre résulterait du supposé caractère objectivable des concrétisations de l'égalité définies au niveau supranational. La jonction de ces deux éléments conduit la doctrine à considérer que le respect du principe d'égalité peut s'imposer de manière universelle, c'est-à-dire, indépendamment du fait que les ordres juridiques en cause garantissent le principe d'égalité.

847. Les deux premières parties de cette étude ont cependant conduit à comprendre qu'en droit international privé le juge ne s'assure pas du respect du principe d'égalité, tel qu'il est consacré dans les différentes dispositions d'égalité constitutionnellement ou conventionnellement garanties. Il s'assure en revanche du respect des concrétisations de ce principe, ce que nous avons dénommé les *exigences substantielles d'égalité* ou les *contenus de l'égalité*. Il s'agit, pour rappel, de l'exigence spécifique de traiter deux catégories juridiques données de manière identique ou de manière différente par rapport à la garantie d'un certain droit. Or, ces exigences

¹⁸⁴⁵ J.-P. DROIT, « Les paradoxes de l'utopie », *LesEchos.fr*, 27 janvier 2017.

¹⁸⁴⁶ V. *supra*, § 15 et s.

substantielles d'égalité se sont révélées être relatives, et ce, à double titre.

D'une part, ces dernières ne peuvent pas être considérées comme internationales dans la mesure où elles sont définies par chaque autorité nationale ou supranationale compétente à cet égard.

D'autre part, la vocation universelle attribuée au principe d'égalité n'a pas pu être justifiée. Rappelons à cet égard qu'en dépit du nationalisme attaché aux contenus de l'égalité, cet universalisme aurait pu trouver deux fondements qu'il a fallu mettre à l'épreuve.

Premièrement, ce caractère non international n'excluait pas *ipso facto* la possibilité de trouver de larges similitudes dans les exigences définies par les différents ordres juridiques nationaux. Il était notamment possible d'imaginer que les contenus de l'égalité formulés par des pays culturellement proches soient semblables. Or, si tel était le cas, la jonction entre l'internationalité du principe d'égalité et la similarité des exigences substantielles d'égalité dans de nombreux ordres juridiques aurait pu justifier d'attribuer une vocation universelle à ces dernières.

Deuxièmement, une partie des exigences substantielles d'égalité a une source supranationale¹⁸⁴⁷. Il aurait été alors possible d'attacher un universalisme à ces exigences substantielles d'égalité s'il avait pu être démontré qu'elles sont définies à l'abri de critères particularistes. Cela aurait en effet, pu représenter le gage d'une certaine objectivisation de ces contenus de l'égalité justifiant d'en imposer le respect, y compris dans les litiges impliquant des ordres juridiques ne garantissant pas le principe d'égalité.

Ces deux hypothèses ont néanmoins dû être exclues.

848. En ce qui concerne la vocation universelle découlant de la similarité des contenus de l'égalité définis par les ordres juridiques appartenant à la même communauté de valeurs, il est apparu que ces contenus varient d'un ordre juridique national à l'autre. Leur définition découle en effet de la conception de la famille de chaque pays telle qu'influencée par les exigences substantielles d'égalité d'origine supranationale. Plus exactement, la divergence procède du fait que cette conception se dessine en choisissant de consacrer ou non une forme familiale et du choix des droits découlant de chaque statut familial. Elle résulte, également du choix des catégories auxquelles il convient d'attribuer ou de refuser les prérogatives consacrées. Chaque ordre juridique définit ainsi des exigences substantielles qui lui sont propres et à l'égard desquelles une convergence ne peut pas être trouvée, y compris entre des ordres juridiques appartenant à la même communauté de valeurs¹⁸⁴⁸.

¹⁸⁴⁷ V. *supra*, § 224 et s.

¹⁸⁴⁸ V. *supra*, § 387 et s.

En ce qui concerne la vocation universelle des contenus de l'égalité définis notamment par la Cour européenne des droits de l'homme et par l'Union européenne, le caractère objectif de ces contenus a également été contesté. Il est apparu que la Cour de Strasbourg définit les exigences substantielles d'égalité en fonction d'une conception de la famille qui lui est propre. En revanche, l'Union européenne respecte les conceptions de la famille des États membres dans la limite imposée par la poursuite des objectifs assignés aux institutions¹⁸⁴⁹.

La vocation universelle des exigences substantielles d'égalité n'est donc pas avérée.

849. La réfutation de l'internationalité de ces exigences substantielles jointe à leur caractère particulariste conduit ainsi à un relativisme des contenus de l'égalité qui vient alors faire vaciller la conciliabilité des solutions commandées par la continuité des situations, d'une part, et par la protection de la conception de l'égalité du for, d'autre part. L'absence d'internationalité des contenus de l'égalité d'un ordre juridique empêche de présumer que la discontinuité des situations amenée par la protection de ces contenus concerne uniquement les relations impliquant des ordres juridiques qui ne garantissent pas le principe d'égalité. Ceci fait perdre à la distinction selon que le litige implique des États appartenant ou non à la même communauté de valeurs de sa pertinence. Par ailleurs, le manque de fondements pour attribuer aux exigences substantielles d'égalité une vocation universelle conduit à contester que leur protection ait lieu au détriment de la continuité des situations, sans qu'une véritable mise en balance des intérêts en cause n'ait lieu.

850. La possibilité d'atteindre un équilibre entre égalité et continuité doit alors être recherchée sur un terrain autre que l'internationalité et l'universalisme supposé des exigences substantielles d'égalité. La question qui se pose est donc la suivante : *est-il possible de garantir la continuité des situations dans les hypothèses où le respect des exigences substantielles d'égalité du for commanderait de refuser la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger ou de créer dans l'ordre juridique du for une situation risquant de ne pas être reconnue à l'étranger ?*

851. Or, en droit international privé, un facteur vient habituellement influencer la continuité actuelle ou potentielle des situations. Il s'agit du choix de la méthode de résolution du litige présentant une dimension internationale. Certaines méthodes permettent en effet une prise en compte accrue de l'exigence de garantir la continuité. Comme nous allons le voir, tel est par exemple le cas du choix d'appliquer la méthode de la reconnaissance plutôt que la méthode conflictuelle. Il en va de même pour le choix de protéger les droits fondamentaux par le biais

¹⁸⁴⁹ V. *supra*, § 625 et s.

de l'ordre public international plutôt que par leur application immédiate. Le choix entre les différentes méthodes de droit international privé permet ainsi normalement d'aboutir à des mises en balance qui varient en fonction de l'importance accordée aux différents intérêts en jeu par l'ordre juridique du for. Il convient ainsi de vérifier ce qu'il en est lorsqu'un contrôle d'égalité doit être opéré. À cet égard, les contours de ce contrôle doivent être précisés.

852. Définition du contrôle d'égalité (rappel). - Nous avons déjà eu l'occasion de préciser qu'en droit international privé, deux questions d'égalité distinctes peuvent être soumises à l'attention des juges. Un rappel et des précisions s'imposent à la lumière des deux premières parties de cette étude. Il a déjà été mentionné qu'en la matière, la question du respect du principe d'égalité peut concerner soit une norme étrangère, soit des règles de droit international privé du for, et que ces deux questions ne se posent pas dans les mêmes termes¹⁸⁵⁰.

Nous avons pu préciser au cours de la première partie de cette étude que l'analyse de la conformité des normes issues de l'ordre juridique du for s'insère dans le cadre de la définition des contenus de l'égalité. Ceux-ci sont en effet, certes, définis par le législateur. Les juridictions compétentes peuvent cependant être appelées à vérifier la conventionnalité et la constitutionnalité des dispositions de la loi du for¹⁸⁵¹. Pour rappel, ce contrôle suppose de répondre au double questionnement posé par le principe d'égalité, et plus exactement par la règle de l'égalité de traitement. Il sera notamment nécessaire de s'interroger sur la comparabilité des situations et, ensuite, de vérifier si le traitement est cohérent avec le résultat de cette analyse¹⁸⁵². Ainsi, lorsque les dispositions dont la conformité au principe d'égalité est questionnée sont celles du for, y compris donc les règles de conflit, cette analyse sera opérée dans le cadre d'un contrôle de la constitutionnalité ou de la conventionnalité des lois. Ceci explique notre choix d'analyser la question de la conformité au principe d'égalité des règles de conflit en matière familiale dans la deuxième partie de cette étude, au stade de la définition des exigences substantielles d'égalité en droit de la famille¹⁸⁵³.

En revanche, nous avons déjà eu l'occasion de préciser que le type d'analyse qu'il est nécessaire d'opérer lorsque la norme en cause est issue d'un ordre juridique étranger est différent. Rappelons que le juge judiciaire, confronté à une norme étrangère, ne détermine pas lui-même si les situations en cause doivent être traitées de manière identique ou différente¹⁸⁵⁴. Il a en effet

¹⁸⁵⁰ V. *supra*, §§ 57 à 61.

¹⁸⁵¹ V. *supra*, § 223 et s.

¹⁸⁵² V. *supra*, § 182 et s.

¹⁸⁵³ V. *supra*, § 550 et s.

¹⁸⁵⁴ V. *supra*, §§ 59 à 62.

été expliqué que, le plus souvent¹⁸⁵⁵, il tire cette donnée du droit national. Plus exactement, il détermine si l'ordre juridique du for exige que les situations en cause soient traitées de manière identique ou différente. Pour ce faire, il analyse de manière implicite à quelles catégories l'ordre juridique du for garantit une même prérogative et à quelles catégories une prérogative est refusée là où elle est attribuée à un autre groupement juridique d'individus¹⁸⁵⁶. En revanche, le juge sera appelé lui-même à déterminer si, dans une espèce donnée, des dérogations au respect des contenus de l'égalité du for peuvent être admises, au nom des autres intérêts coexistant en droit international privé¹⁸⁵⁷.

Il convient ainsi de rappeler¹⁸⁵⁸ que le contrôle de la conformité des règles de conflit de lois du for au principe d'égalité n'est pas spécifique au droit international privé, contrairement à l'analyse qui s'impose relativement aux normes étrangères. Telle est la raison pour laquelle l'analyse qui va suivre porte uniquement sur la confrontation des normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité et non pas également sur la confrontation des règles de conflit de lois du for à la conception du principe d'égalité de ce même ordre juridique. Cela nous conduit à définir le contrôle d'égalité en droit international privé comme la confrontation des normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité. Rappelons également que, dans ce cadre, lorsque la loi du for est désignée par la règle de conflit¹⁸⁵⁹, ou appliquée au titre de loi de police, ou encore appliquée à la suite de l'éviction de la loi étrangère normalement compétente par le jeu de l'exception d'ordre public international, les seules questions d'égalité susceptibles de se poser tiennent à la conformité des normes du for aux dispositions d'égalité garanties par

¹⁸⁵⁵ Voir en effet les hypothèses où les dispositions de droit international privé définissent directement les exigences substantielles d'égalité dont le juge devra assurer le respect, *supra*, § 60.

¹⁸⁵⁶ V. *supra*, § 222 et s.

¹⁸⁵⁷ V. *supra*, § 332 et s.

¹⁸⁵⁸ V. *supra*, §§ 57 à 61.

¹⁸⁵⁹ Concernant le droit international privé français, v. art 370-5 Cod. civ. fr. : « L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ».

Concernant le droit international privé italien, v. art. 38, al. 1er, dernière phrase, loi it. n° 218/1995 : « [...] la loi italienne est applicable [à la constitution et à la révocation de l'adoption] lorsque l'adoption tendant à attribuer à un mineur l'état d'enfant est demandée au juge italien » (« [...] si applica il diritto italiano quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio ») ; art. 32 bis (même loi) : « Le mariage contracté à l'étranger par des citoyens italiens avec une personne du même sexe produit les effets de l'union civile prévue par la loi italienne » (« Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana ») ; art. 32 quinquies (même loi) : « L'union civile, ou autre institut analogue, constituée à l'étranger entre citoyens italiens du même sexe qui résident habituellement en Italie produit les effets de l'union civile régie par la loi italienne » (« L'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana ») ; v. également D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, dactyl., Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne, 2002, p. 794, § 752, qui offre une lecture de l'ordre public de proximité en termes de lexforisme.

ce même ordre juridique. Seul un contrôle de la conventionnalité ou de la constitutionnalité des lois est donc susceptible d'être opéré dans ces cas.

853. À la lumière de ces éléments, la première question à laquelle il convient de répondre est de savoir si le résultat d'un contrôle d'égalité, tel qu'il vient d'être défini, peut varier selon la méthode de droit international privé choisie pour résoudre le litige. Par exemple, à la lumière de la jurisprudence française en matière de répudiation qui subordonne le déclenchement de l'ordre public à l'existence de liens de proximité de l'épouse ou des deux époux avec la France¹⁸⁶⁰, serait-il correct d'affirmer, par exemple, que l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité aux demandes de reconnaissance de répudiations étrangères conduirait à durcir la position de la Cour de cassation ?

Une réponse positive permettrait notamment de conclure que la protection du principe d'égalité par le biais de l'exception d'ordre public permet une recherche accrue d'un équilibre entre la continuité des situations et la protection des exigences substantielles d'égalité du for, par rapport à ce que l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité consentirait. Cela signifierait que le choix de la méthode influencerait le résultat en termes de continuité des situations. Un équilibre entre égalité et continuité pourrait ainsi être trouvé en prenant soin d'appliquer, lorsqu'un contrôle d'égalité est nécessaire, les méthodes de résolution du litige qui favorisent la continuité des situations.

854. La réponse à cette question s'avère cependant être négative. Lorsqu'un contenu de l'égalité est en cause, le résultat du contrôle d'égalité est toujours déterminé par la mesure dans laquelle l'ordre juridique du for en exige le respect ou peut faire preuve de tolérance. L'exigence de respect d'un contenu de l'égalité peut également déterminer le choix de la méthode de droit international privé en application de laquelle le litige sera résolu.

855. Dès lors, *si équilibre il y a, il peut uniquement découler des solutions commandées par le respect des exigences substantielles d'égalité elles-mêmes*. Plus exactement, il devra être recherché dans la tolérance dont l'ordre juridique du for peut faire preuve lorsque les juges sont confrontés à des normes étrangères contraires aux contenus de l'égalité du for. Or, l'analyse montre que le facteur qui détermine les solutions d'égalité en droit international privé est celui

¹⁸⁶⁰ Jurisprudence constante. V. e.a., Cass. fr., Civ. 1^{er}, 17 février 2004, n^{os} 02-17479, 01-11549, 02-11618, 02-15766, 02-10755, *Gaz. Pal.*, 2004, n^o 56, p. 29 et n^o 247, p. 33, n. M.-L. Niboyet, *D.*, 2004, p. 815, concl. F. Cavarroc, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 423, n. P. Hammje ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 10 mai 2006, n^o 04-19444, *JCP G*, 2006, II, 10165, n. T. Azzi ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 23 octobre 2013, n^o 12-21344, *D.*, 2013, p. 2518, *RTD civ.*, 2014, p. 94, n. J. Hauser, *AJ fam.*, 2013, p. 709, n. A. Boiché ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 4 juillet 2018, n^o 17-16102, *Dr. fam.*, 2018, comm. 270, M. Farge. La

qui a guidé les autorités nationales compétentes dans la définition des contenus de l'égalité. Une norme étrangère sera considérée comme conforme aux exigences substantielles d'égalité si elle est compatible avec la conception de la famille du for, en sachant que cette dernière est, entre autres, le fruit de l'influence exercée par les instances supranationales. Il s'ensuit que la continuité des situations ne peut être favorisée à travers le choix de la méthode de résolution du litige privé international au-delà de ce que tolère le respect des contenus de l'égalité du for **(Chapitre 1)**. Ainsi, la mesure dans laquelle ce respect est exigé par l'ordre juridique du for constitue la limite de la possibilité de garantir la continuité des situations lorsqu'un contrôle d'égalité est opéré **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1) La continuité des situations non garantie par les méthodes de droit international privé

856. Le choix de la technique de désignation de la loi applicable à un litige ou la définition des conditions de la reconnaissance des décisions étrangères peut avoir un impact sur la continuité des situations juridiques. Certaines techniques de désignation de la loi applicable permettent en effet, plus que d'autres, de s'intéresser aux chances que la situation dont la création est demandée dans le for soit reconnue à l'étranger. De même, l'application de certaines techniques du contrôle de la régularité internationale des décisions créées à l'étranger augmente les possibilités que ces dernières soient reconnues dans le for.

Néanmoins, le contrôle d'égalité s'opère dans des termes qui lui sont propres. Ce contrôle implique de savoir si la norme étrangère est conforme aux exigences substantielles d'égalité. Lorsque la réponse est négative, il est nécessaire de s'interroger sur la possibilité d'admettre une dérogation à ces dernières¹⁸⁶¹.

Là où le contrôle d'égalité amènerait à refuser de reconnaître une situation créée à l'étranger ou à créer une situation qui risque de ne pas être reconnue à l'étranger, la question est ainsi de savoir si ce résultat peut fléchir grâce au choix des méthodes de droit international privé favorisant la continuité des situations.

857. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de comprendre comment le contrôle d'égalité interagit avec les différentes techniques de droit international privé. Il ressortira de l'analyse que l'application de certaines méthodes n'est pas apte à influencer le résultat du contrôle d'égalité. Le même résultat pourra ainsi être obtenu aussi bien en utilisant des techniques qui favorisent habituellement la continuité des situations ou des techniques qui n'ont normalement pas cet effet. En ce sens, le choix entre plusieurs méthodes de droit international privé est indifférent, car la même solution pourra être obtenue indépendamment de la technique de résolution du litige appliquée (**Section 1**). Le choix entre d'autres méthodes influence en revanche le résultat en termes de continuité des situations, y compris lorsqu'un contrôle d'égalité doit être opéré. Il apparaît néanmoins que, dans ce dernier cas, ce choix est orienté par l'importance attribuée par l'ordre juridique du for à l'exigence substantielle d'égalité en cause. Ainsi, les méthodes permettant une protection accrue des exigences substantielles d'égalité

¹⁸⁶¹ V. *supra*, § 332 et s.

seront notamment appliquées lorsque l'ordre juridique du for considère que ces dernières doivent primer sur les autres intérêts potentiellement en cause (**Section 2**).

Section 1) L'indifférence du choix entre les méthodes de droit international privé

858. Lorsqu'il est question de vérifier la conformité de la solution aux exigences substantielles d'égalité, le choix entre certaines méthodes de résolution des litiges privés internationaux est indifférent. L'application des unes ou des autres de ces techniques peut conduire à un résultat identique, en dépit du fait que l'une d'entre elles favorise normalement plus que l'autre la continuité des situations.

859. Des spécificités du contrôle d'égalité expliquent ce résultat.

Cela peut avoir trait au fait que les exigences substantielles d'égalité ne varient pas selon que l'on demande la création de la situation dans l'ordre juridique du for, ou que l'on demande la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger. Cette considération doit se joindre au fait que l'objet du contrôle d'égalité est unique.

La première de ces deux spécificités des exigences substantielles d'égalité découle du caractère national des contenus de l'égalité, ce qui a fait l'objet d'analyse au cours de la première partie de cette étude. Ceci implique que leur définition est indifférente aux spécificités des situations internationales auxquelles elles pourraient s'appliquer. La seconde particularité dépend notamment du fait que, comme nous serons amenée à le démontrer, l'objet du contrôle d'égalité est toujours une loi étrangère, indépendamment du fait que le juge est appelé à créer une situation dans le for, à reconnaître un jugement étranger ou à reconnaître une situation créée à l'étranger par une autorité publique non juridictionnelle. La répercussion principale de cette donnée est l'indifférence du choix entre l'application de la méthode de la reconnaissance et de la méthode conflictuelle (**§1**).

D'un autre côté, l'indifférence du choix entre certaines méthodes de droit international privé peut résulter du fait que l'analyse de l'admissibilité des dérogations est partie intégrante du contrôle d'égalité. Cet élément conduit notamment à neutraliser la différence entre la protection des exigences substantielles d'égalité à travers leur application immédiate, ou bien par le biais de l'ordre public international. En effet, la modulation du respect des exigences substantielles d'égalité est toujours possible, y compris lorsqu'elles s'appliquent de manière immédiate (**§ 2**).

§1) Le choix entre la méthode de la reconnaissance et la méthode conflictuelle

860. L'influence du choix entre certaines méthodes de résolution des litiges familiaux internationaux sur la continuité des situations est neutralisée lorsqu'il est nécessaire d'opérer un contrôle d'égalité. Cela peut découler de la combinaison de deux facteurs : d'un côté, l'unicité de l'objet du contrôle, à savoir, la norme étrangère qui doit être analysée par le juge et, d'un autre côté, l'indifférence des exigences substantielles d'égalité aux spécificités liées à l'internationalité de la situation. Cet effet est particulièrement visible dans la mise en œuvre d'un contrôle d'égalité lors de l'application de la méthode conflictuelle et de la méthode de la reconnaissance. La faveur pour la continuité des situations que cette dernière méthode induit normalement par rapport à la première **(I)** s'en trouve ainsi neutralisée, ce qui rend le choix de la méthode indifférent **(II)**.

I) La méthode de la reconnaissance et la méthode conflictuelle au prisme de la continuité des situations

861. En France, la méthode dite « de la reconnaissance » est classiquement employée lorsque le juge est confronté à des jugements étrangers¹⁸⁶². Elle consiste à reconnaître la « norme individuelle et concrète »¹⁸⁶³ portée par le jugement, à des conditions plus souples que celles qui seraient requises pour la création de la même situation dans l'ordre juridique du for. La condition de la conformité de la situation cristallisée par le jugement à la règle de conflit du for est notamment exclue¹⁸⁶⁴. Depuis l'arrêt *Cornelissen*¹⁸⁶⁵, en France la reconnaissance est subordonnée à l'existence d'un lien caractérisé entre la situation et le juge ayant rendu le jugement, à la conformité à l'ordre public procédural et substantiel et à l'absence de fraude. L'application de la méthode de la reconnaissance a été notamment envisagée à la suite de l'exigence de reconnaissance de situations créées à l'étranger au nom des droits fondamentaux définie par les juridictions européennes¹⁸⁶⁶. Elle a d'ailleurs récemment trouvé une application

¹⁸⁶² D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, p. 271.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 680.

¹⁸⁶⁵ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14082, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 420, n. B. Ancel et H. Muir Watt, *JDI*, 2007, comm. 19, n. F.-X. Train, *LPA*, 2007, n° 85, p. 13, n. J.-G. Mahinga, M.-L. Niboyet, *Gaz. Pal.*, 2007, n°s 119-123, doct. 2, *Dr. fam.*, 2007, comm. 97, n. M. Farge.

¹⁸⁶⁶ Relativement à la jurisprudence de la CEDH, v. CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01, *D.*, 2007, p. 2700, n. F. Marchadier, *JDI*, n° 1, 2008, comm. 5, spéc. p. 198, *AJDA*, 2007, p. 1918, chron. J.-F. Flauss, *D.*, 2008, p. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807, n. P. Kinsch, *RTD civ.*, 2007, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, *JDI.*, 2008, p. 183, n. L. d'Avout, *JCP G*, 2007.I.182, n. F. Sudre ; CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, req. n° 56759/08, préc. ; CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c.*

concrète devant la Cour de cassation française¹⁸⁶⁷. Elle est proposée par la doctrine en tant que méthode applicable à la reconnaissance de situations¹⁸⁶⁸. Des débats entourent l'objet de la reconnaissance, et notamment la question de savoir si la méthode devrait pouvoir jouer relativement à des situations créées à l'étranger, indépendamment de toute intervention d'une autorité publique¹⁸⁶⁹. La doctrine majoritaire admet en revanche la possibilité d'appliquer cette méthode aux situations créées par des autorités publiques non juridictionnelles¹⁸⁷⁰. Nous considérons que dans cette catégorie doivent également être insérées les situations qui n'ont pas été créées par des autorités publiques, mais qui ont reçu un aval, même implicite, *a posteriori*, de la part de celles-ci. En effet, dans l'affaire *Muñoz Díaz c. Espagne*¹⁸⁷¹, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le respect du droit à la vie privée et familiale commandait d'assimiler au conjoint l'individu, de bonne foi, marié uniquement en la forme religieuse dans un État qui exigeait la célébration du mariage civil. Les autorités publiques avaient, au cours des vingt-neuf ans de ce mariage, implicitement avalisé l'union. Elles avaient en effet délivré à la femme des documents de la sécurité sociale qui établissaient sa condition d'épouse et de mère d'une famille nombreuse¹⁸⁷². Si cette situation venait à circuler, elle pourrait ainsi être reconnue en application de la méthode de la reconnaissance en dépit de l'absence d'intervention d'une

France req. n° 65192/11, préc. ; CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc. Relativement à la jurisprudence de la Cour de justice, v. CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, préc. ; CJCE, 2 juin 2016, *Bagendorff von Wolffersdorf*, aff. C-438/14, préc. ; CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, aff. C-541/15, préc. ; CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-637/16, préc.

¹⁸⁶⁷ Cass. fr., Civ. 1^e, 6 novembre 2019, n° 18-17111, *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 487, n. P. Lagarde, *JDI*, 2020, p. 937, note S. Bollée, *D.*, 2020, p. 130, note J. Guillaumé. L'application de cette méthode a notamment été tournée vers le respect de l'article 8 CESDH.

¹⁸⁶⁸ V., e.a., M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, *op. cit.* ; H. MUIR WATT, « Droits fondamentaux et reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, pp. 411-435 ; P. MAYER, « Les méthodes de reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, pp. 547-573 ; G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *op. cit.* ; S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *op. cit.*, pp. 307-355 ; E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *op. cit.*, pp. 71-114 ; Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *op. cit.*, pp. 513-560 ; R. BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *op. cit.* ; Th. VIGNAL, « Ordre public et reconnaissance », *op. cit.*, pp. 527-548 ; P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, *op. cit.* ; P. LAGARDE, « La reconnaissance, mode d'emploi », *op. cit.*, pp. 479-501 ; « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *op. cit.* ; L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, *op. cit.*, pp. 447-521 ; L. D'AVOUT, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *op. cit.*, pp. 215-246 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, dactyl., Université Paris 2 - Panthéon Assas, 2017, pp. 305-334.

¹⁸⁶⁹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 700, § 581-4.

¹⁸⁷⁰ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 10 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, p. 307, § 306). Il s'agit en ce sens d'une théorie proche de la théorie des droits acquis.

¹⁸⁷¹ CEDH, 8 décembre 2009, *Muñoz Díaz c. Espagne*, req. n° 49151/07, *JCP S*, 2010, p. 1276, n. P. Coursier, *AJDA*, 2010, p. 997, chron. J.-F. Flauss, *AJ fam.*, 2010, p. 45, n. V. Avena-Robardet.

¹⁸⁷² *Ibid.* §§ 52 et 62.

autorité publique lors de sa création.

862. L'unanimité fait également défaut concernant les conditions de la reconnaissance¹⁸⁷³, bien que le respect de l'ordre public international soit généralement requis. Un consensus existe néanmoins sur le point nodal de cette méthode, qui est d'évincer le raisonnement conflictuel¹⁸⁷⁴. En ce sens, le recours à cette méthode s'inscrit dans la perspective d'un changement méthodologique important. En effet, les juges français appliquent habituellement la méthode conflictuelle afin de savoir si les situations créées à l'étranger par une autorité non juridictionnelle peuvent être reconnues. Ils vérifient si la situation est valable en application de la loi désignée par les règles de conflit de lois du for. Le jeu de la méthode de la reconnaissance aux situations créées par des autorités publiques non juridictionnelles étrangères amène ainsi à écarter la méthode conflictuelle.

863. Soulignons cependant que dans les matières couvertes par les règlements européens concernant la reconnaissance des jugements rendus dans les États membres¹⁸⁷⁵ et, en droit

¹⁸⁷³ Par exemple, certains auteurs proposent de réserver l'application de la méthode de la reconnaissance aux cas où la reconnaissance est exigée au non d'un droit fondamental et où le jeu de la règle de conflit de lois n'a pas permis de valider la situation (H. MUIR WATT, « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, op. cit., pp. 85-95 ; L. D'AVOUT, note ss. CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01, D., 2007, p. 2700, n. F. Marchadier, *JDI*, n° 1, 2008, comm. 5, spéc. p. 198, *AJDA*, 2007, p. 1918, chron. J.-F. Flauss, D., 2008, p. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807, n. P. Kinsch, *RTD civ.*, 2007, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, *JDI*, 2008, p. 183, n. L. d'Avout, *JCP G*, 2007.I.182, n. F. Sudre ; P. MAYER, « La reconnaissance : notions et méthodes », in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, op. cit. pp. 27-34, spéc. p. 31).

¹⁸⁷⁴ Pour aller plus loin v. Ph. FRANCESCAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », op. cit., p. 149-169 ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1959 ; A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », op. cit. ; R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », op. cit., p. 65 ; D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, op. cit., 2002 ; J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », op. cit., pp. 55-74 ; J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », op. cit., p. 285-302 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public », op. cit., pp. 169-188 ; « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », op. cit.

¹⁸⁷⁴ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, op. cit., p. 181.

¹⁸⁷⁵ V. le règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (par la suite « Bruxelles I bis ») ; les règlements « Bruxelles II bis » (préc.), qui sera remplacé par le règlement « Bruxelles II ter » (préc.) à partir du 1^{er} août 2022 relativement à la matière matrimoniale et de la responsabilité parentale ; le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (par la suite « Obligations alimentaires ») ; le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (par la suite « Successions ») ; le règlement « Régimes matrimoniaux » (préc.) ; le règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (préc.).

commun français, en matière d'état et de capacité des personnes¹⁸⁷⁶, la reconnaissance a lieu de plein droit. Ce contrôle est opéré uniquement en cas d'action déclaratoire en inopposabilité ou afin d'en établir l'opposabilité ou dans le cadre d'un contrôle incident relatif à une demande de fin de non-recevoir.

864. En Italie, en revanche, deux types de contrôle des situations créées à l'étranger peuvent être mis en œuvre¹⁸⁷⁷.

L'article 65 de la loi n° 218/1995 lie le conflit de lois et le conflit de juridictions pour faciliter la reconnaissance des mesures relatives à la capacité des personnes, aux rapports de famille et aux droits de la personnalité. Précisons cependant qu'en Italie aussi la reconnaissance a lieu *de plano*, à moins qu'elle ne fasse l'objet d'une demande tendant à établir la régularité internationale du jugement étranger¹⁸⁷⁸.

L'article 65 mentionné permet la reconnaissance à la condition que la mesure ait été prononcée par les juges de l'État dont la loi est désignée par la règle de conflit italienne, sous réserve du respect de l'ordre public et des droits de la défense. Si elle a été adoptée dans un autre État, la reconnaissance est également possible si la mesure avait déjà été reconnue dans l'un des États désignés par la règle de conflit de lois italienne. Il s'agit, autrement dit, d'une application encadrée de la méthode de la reconnaissance¹⁸⁷⁹. La reconnaissance est en effet subordonnée au respect de conditions de compétence indirecte de l'autorité étrangère¹⁸⁸⁰. Cette disposition ne fait pas uniquement référence aux jugements, mais aux « provvedimenti » étrangers. Il s'agit d'un terme général qui renvoie à toute mesure adoptée et décision rendue par des autorités étrangères juridictionnelles ou non¹⁸⁸¹.

Lorsque les conditions de l'article 65 de la loi italienne n° 218/1995 ne sont pas remplies¹⁸⁸²,

¹⁸⁷⁶ Cass. fr., Civ., 28 février 1860, *Bulkley*, *GADIP*, n° 4 ; Cass. fr., Civ., 9 mai 1900, *De Wrède*, *GADIP*, n° 10 ; concernant, respectivement, les jugements constitutifs et les jugements déclaratifs.

¹⁸⁷⁷ V. A. ZANOBETTI, « Legge 31 maggio 1995, n. 218. – Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato », in A. SESTA (dir.), *Codice della famiglia*, 3^e éd., Giuffrè, Milan, 2015, pp. 4630-4642, spéc. 4635-4636.

¹⁸⁷⁸ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 347, mentionnant le jugement Trib. Rovereto, 19 février 2002, *Foro it.*, 2003, p. 383.

¹⁸⁷⁹ Madame ZANOBETTI précise à cet égard qu'« il ne s'agit pas de laisser produire des effets à la décision étrangère, mais de reconnaître cette dernière en tant qu'acte juridictionnel » (A. ZANOBETTI, « Legge 31 maggio 1995, n. 218. – Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato », *op. cit.*, p. 4638, § 4.2, *T.d.A.*).

¹⁸⁸⁰ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 690, § 578.

¹⁸⁸¹ V. cependant CA Rome, 13 juillet 2006, *Fam. dir.*, 2007, p. 168, n. M. Sesta, qui, de manière assez critiquable a refusé d'appliquer l'article 65 à une demande de reconnaissance de la validité d'un mariage conclu à l'étranger entre personnes de même sexe en refusant de qualifier le mariage de « provvedimento », là où il aurait été souhaitable que les juges se fonde directement sur l'ordre public international pour refuser la reconnaissance.

¹⁸⁸² Il s'agit en effet de deux séries de conditions alternatives permettant la reconnaissance, A. ZANOBETTI, « Legge 31 maggio 1995, n. 218. – Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato », *op. cit.*, pp. 4639-4640 ; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Statuto personale e diritti reali*, vol. II, 5^e éd., UTET Giuridica, Vicenza, 2019, p. 103.

l'article 64 de la même loi prévoit une série de conditions de validité des jugements étrangers. Il s'agit ainsi d'exigences alternatives pour la reconnaissance des jugements rendus en matière familiale¹⁸⁸³, bien qu'elles soient plus contraignantes par rapport aux premières¹⁸⁸⁴.

865. **La faveur de la méthode de la reconnaissance pour la continuité des situations.** -

Comparée à la méthode conflictuelle, la méthode de la reconnaissance favorise la continuité des situations. L'application de la méthode conflictuelle à une situation créée à l'étranger exige, d'abord, d'analyser la loi désignée par les règles de conflit du for afin de savoir si l'application de cette loi conduit à valider la situation. Elle consiste, ensuite, à confronter le résultat aux principes essentiels de l'ordre juridique du for et aux droits fondamentaux. Or, en l'absence d'harmonisation des règles de conflit de lois, il est possible que l'autorité étrangère ait créé une situation en application de la loi d'un ordre juridique et que le juge du for en analyse la validité en application d'un autre droit. En revanche, l'application de la méthode de la reconnaissance écarte la première de ces exigences. Les chances de reconnaître la validité de la situation en application de cette dernière technique sont donc majeures. L'on élimine notamment le risque que la situation qui aurait été valable selon la loi appliquée par l'autorité de l'État d'origine ne le soit pas en application de la loi désignée par les règles de conflit du for¹⁸⁸⁵. Ainsi, comme le résumait Monsieur MOSCONI et de Madame CAMPIGLIO, « [là où] des situations de nature privée, par rapport auxquelles une cristallisation dans l'espace et dans le temps a eu lieu sur la base d'un acte public ou privé [...], sont considérées comme valable dans l'État d'origine, elles doivent également être considérées comme valables dans les autres États, sous réserve de la possibilité d'y substituer les effets prévus par le droit du for et, en dernier lieu, l'invocabilité de

¹⁸⁸³ En ce sens, Cass. it., Civ. 1^e, 28 mai 2004, n° 10378, *RDI*, 2005, p. 209, n. P.V. et C.V ; 17 juillet 2013, n° 17463 ; Trib. Rome, 22 septembre 2004.

¹⁸⁸⁴ L'article 64 de la loi it. n° 218/1995 exige le respect de la condition de compétence juridictionnelle indirecte (lett. a.) et le respect des droits de la défense (lett. b. et c.). Il requiert que le jugement soit passé en force de chose jugée dans le pays d'origine (lett. d.), l'absence de litispendance et de connexité (lett. e. et f.) et que la reconnaissance du jugement ne produise pas d'effets contraires à l'ordre public (lett. g). (« La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano ; b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa ; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge ; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata ; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato ; f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero ; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico »).

¹⁸⁸⁵ S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., p. 290, § 287 ; G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », op. cit., pp. 457-519.

la limite générale de l'ordre public »¹⁸⁸⁶. De ce fait, l'application de la méthode de la reconnaissance, plutôt que de la méthode conflictuelle, augmente les chances qu'une situation créée par une autorité non juridictionnelle étrangère soit reconnue dans l'ordre juridique du for. En constitue un exemple l'article 9 de la Convention de La Haye de 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages¹⁸⁸⁷.



866. Le choix d'appliquer l'une des variantes de la méthode de la reconnaissance conduit donc habituellement plus aisément à la continuité des situations que l'application de la méthode conflictuelle. Néanmoins, lorsqu'il est question de vérifier le respect des exigences substantielles d'égalité du for, l'application de la méthode conflictuelle pour décider de la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger amène au même résultat en termes de continuité des situations par rapport à l'application de la méthode de la reconnaissance.

II) L'indifférence du choix

867. Pour comprendre pourquoi et comment la faveur pour la continuité des situations qu'induit habituellement l'application de la méthode de la reconnaissance plutôt que la méthode conflictuelle est inhibée, il convient en premier lieu de mettre en lumière un élément implicite, mais nécessaire dans tout contrôle d'égalité. Il s'agit de comprendre quel est l'objet de ce contrôle. Il s'agit en effet d'un objet unique, invariable indépendamment du fait que le juge soit appelé à créer une situation, à reconnaître un jugement ou à reconnaître une situation créée à l'étranger par une autorité non juridictionnelle. Cet objet est toujours une loi. Il s'agit plus exactement de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for, ou bien de la loi telle qu'elle a été interprétée et appliquée par l'autorité étrangère **(A)**. Cet élément est un prérequis indispensable pour montrer que les exigences substantielles d'égalité du for sont indifférentes aux spécificités des situations internationales **(B)**.

A) L'unicité de l'objet du contrôle : la loi étrangère applicable ou appliquée

868. L'étude de l'objet du contrôle du respect des exigences substantielles d'égalité du for doit

¹⁸⁸⁶ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁸⁸⁷ Cet article dispose : « Le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'État de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout État contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre ».

être centrée sur l'analyse des normes étrangères. Rappelons en effet que si la disposition applicable au litige est issue de l'ordre juridique du for, les seules questions de conformité au principe d'égalité susceptibles de se poser rentrent dans le cadre du contrôle de la conventionnalité ou de la constitutionnalité des lois¹⁸⁸⁸. Il s'agira ainsi de mettre en œuvre le double questionnement d'égalité analysé dans la première partie de cette étude¹⁸⁸⁹. La règle du for sera confrontée aux dispositions d'égalité, et plus exactement à la règle de l'égalité de traitement qu'elles sous-entendent. Les juridictions compétentes pour exercer ce contrôle se prononceront ainsi sur la comparabilité des situations et sur l'opportunité de déroger à la règle de l'égalité de traitement. Il ne s'agit donc pas d'un contrôle spécifique au droit international privé, raison pour laquelle nous ne nous y attarderons pas. Les cas qui vont être exclus de la présente analyse sont donc ceux où une loi de police est applicable, ceux où la loi du for est désignée par la règle de conflit de lois, ou encore les hypothèses où la règle de droit international privé applicable est une règle matérielle, passant éventuellement par la méthode de la substitution et ou de la prise en considération de la loi étrangère¹⁸⁹⁰.

869. En revanche, lorsqu'une norme étrangère est soumise à l'attention des juges, il convient de comprendre qu'implicitement l'objet du contrôle d'égalité est toujours la loi rendue applicable par les règles de conflit du for ou la loi que l'autorité étrangère a appliquée **(1)**.

Pour que l'analyse de la loi étrangère soit pertinente dans le but d'opérer un contrôle d'égalité, encore faudra-t-il qu'une condition soit remplie. Il conviendra de montrer que cet examen n'est pas utile si, dans le litige en cause, il est question de garantir un droit non consacré par l'ordre juridique étranger duquel la loi émane. Autrement dit, la condition de la pertinence du contrôle d'égalité est que la loi étrangère attribue la prérogative couverte par une exigence substantielle d'égalité du for en cause à au moins une catégorie juridique **(2)**.

1) L'analyse de la loi étrangère régissant les situations couvertes par des exigences d'égalité du for

870. Dans la première partie de cette étude, nous avons pu montrer que les exigences substantielles de l'égalité dont le respect est nécessaire en droit international privé de la famille

¹⁸⁸⁸ V. le rappel opéré dans l'introduction de la présente partie, § 852, ainsi que les renvois opérés dans les notes aux deux premières parties de cette étude.

¹⁸⁸⁹ V. *supra*, § 182 et s.

¹⁸⁹⁰ V. par exemple l'article 32 bis de la loi italienne de droit international privé n° 218 de 1995. Cet article dispose que le mariage entre deux personnes de même sexe célébré à l'étranger par au moins un italien produit les effets de l'union civile. Comp. art. 370-5 Cod. civ. fr. régissant les effets de l'adoption.

sont celles qui sont définies au niveau du droit national¹⁸⁹¹. En principe, pour qu'une norme étrangère soit considérée comme conforme à ces contenus de l'égalité, elle ne devra pas introduire de différence de traitement là où l'ordre juridique du for prévoit une identité de traitement des situations, et ne pas traiter à égalité des situations que l'ordre juridique du for exige de traiter de manière différente. Prenons l'exemple d'un ordre juridique, comme le français ou l'italien, qui traite de manière identique l'époux et l'épouse concernant le devoir de fidélité qui pèse sur chacun d'entre eux. Pour être conforme à cette exigence substantielle d'égalité, la norme étrangère ne doit pas introduire une différence de traitement fondée sur le sexe à ce niveau. Prenons également l'exemple du seul droit italien qui réserve l'accès au partenariat enregistré aux couples de même sexe¹⁸⁹². Pour que la norme étrangère soit conforme à l'exigence substantielle d'égalité en cause, en principe, elle ne doit pas introduire une identité de traitement entre les couples de même sexe et de sexe opposé dans la garantie de ce droit.

871. Il s'agit alors de savoir comment déterminer si la norme étrangère introduit une différence de traitement ou une identité de traitement afin de vérifier si elle est conforme aux contenus de l'égalité du for. La réponse à cette question implique premièrement de comprendre que ce contrôle peut impliquer d'analyser d'autres dispositions que celles qui sont pertinentes pour résoudre le litige **(a)**. Les normes dont l'analyse est pertinente sont, plus précisément, toujours celles d'une loi étrangère, et ce, qu'il s'agisse d'une demande de création d'une situation dans l'ordre juridique du for ou d'une demande de reconnaissance d'une situation créée à l'étranger **(b)**.

a) L'analyse des situations couvertes par des exigences substantielles d'égalité du for

872. **L'analyse de la norme étrangère.** - Le contrôle du respect des exigences substantielles d'égalité d'un ordre juridique passe par l'analyse de la norme étrangère. Toute attribution ou refus d'une prérogative à une catégorie d'individus, opérée par la norme étrangère, doit être conforme aux contenus de l'égalité définis par l'ordre juridique du for. Pour reprendre les deux exemples précédents, là où les ordres juridiques français et italien considèrent le respect d'une identité de traitement des hommes et des femmes comme essentielle relativement à leur devoir de fidélité respectif, il conviendra alors de vérifier si la norme étrangère impose des exigences différentes quant à la fidélité requise de l'un et de l'autre sexe, ou encore quant aux

¹⁸⁹¹ V. *supra*, § 223 et s.

¹⁸⁹² Art. 1^{er} al. 2, loi it. 20 mai 2016 n° 76, préc.

conséquences du non-respect de ce devoir. De même, là où l'ordre juridique italien réserve le droit de conclure une union civile aux couples de même sexe, il sera nécessaire de regarder si la norme étrangère consacre ce droit et, dans l'affirmative, s'il le reconnaît aussi bien aux couples de même sexe qu'aux couples de sexe opposé.

873. L'éventuelle analyse de plusieurs normes étrangères. - Pour effectuer le contrôle d'égalité, il est parfois nécessaire de regarder, non seulement les dispositions appliquées par le juge du pays d'origine ou les dispositions pertinentes pour répondre à la question de droit de l'espèce, mais également d'autres normes que celles qui régissent la situation en cause.

Supposons qu'un époux ait demandé et obtenu à l'étranger le divorce pour faute en raison de l'adultère de son épouse. Analysons l'hypothèse où les juges italiens ou français seraient appelés à se prononcer sur la conformité de ce jugement aux exigences substantielles d'égalité de ces pays. L'analyse de la décision étrangère seule peut ne pas suffire pour en contrôler la conformité aux contenus de l'égalité du for. Si la règle substantielle appliquée par le juge étranger régit uniquement le droit de divorcer reconnu au mari, cela ne permet ni d'exclure que le même traitement soit prévu pour l'épouse par une autre disposition ni de déterminer que ce droit est refusé à cette dernière. Dès lors, si la question de l'égalité était soulevée par l'épouse, la vérification de la conformité d'une loi ou d'une décision étrangère aux contenus de l'égalité du for peut exiger d'étendre l'examen au-delà de la seule norme spécifiquement pertinente en l'espèce. Dans notre exemple, il est nécessaire de vérifier si l'épouse peut à son tour demander le divorce pour faute en cas d'infidélité de son époux. Cela peut impliquer de consulter des dispositions autres que celles que le juge étranger a appliquées. Tel est par exemple le cas si une disposition régit le traitement réservé à l'homme et une autre disposition régit le traitement prévu pour la femme. Par exemple, l'article 81 alinéas 2 et 3 de la *Moudawana*, c'est-à-dire le Code marocain de la famille, n'attache pas les mêmes effets au défaut de comparution de la part de l'époux et de l'épouse à l'audience de tentative de conciliation dans le cadre d'une procédure de divorce sous contrôle judiciaire. Cette différence de traitement se traduit par l'élaboration de deux dispositions distinctes, régissant, l'une, les conséquences à l'égard de l'époux et, l'autre, les conséquences à l'égard de l'épouse. Ainsi, l'alinéa 2 dispose que « si l'époux reçoit personnellement la convocation et ne comparaît pas, il est considéré avoir renoncé à sa demande », tandis que l'alinéa 3 prévoit que « si l'épouse reçoit personnellement la convocation et ne comparaît pas et ne communique pas d'observations par écrit, le tribunal la met en demeure, par l'intermédiaire du ministère public, qu'à défaut de comparaître, il sera statué sur le dossier ». Soulignons que cette différence découle à son tour de la diversité des

conditions auxquelles cette procédure est ouverte à l'un et à l'autre des époux, la demande de l'épouse ne pouvant être accueillie que si l'époux a consenti le « droit d'option au divorce »¹⁸⁹³ à l'épouse, sans que la réciprocité ne soit prévue¹⁸⁹⁴.

Cela permet de comprendre que le juge dispose des informations nécessaires pour opérer le contrôle d'égalité seulement lorsqu'il a pu comparer les traitements réservés aux catégories que l'ordre juridique du for exige de traiter de manière identique ou différente, ce qui peut l'amener à consulter plusieurs règles de droit.

874. Cette opération apparaît parfois dans les décisions de justice. Ainsi, dans un arrêt rendu le 1^{er} décembre 2009 et validé par la Cour de cassation française¹⁸⁹⁵, la Cour d'appel de Rennes a été confrontée à une demande de reconnaissance de divorce sous contrôle judiciaire prononcé au Maroc. Pour contrôler la conformité de ce jugement aux exigences substantielles d'égalité françaises, elle a analysé plusieurs dispositions du Code de la famille marocain. Les juges ont ainsi considéré que cette procédure de divorce, régie par les articles 78 à 93 du Code marocain de la famille, conduisait à une différence flagrante de traitement entre l'époux et l'épouse. Aux différences dans les conditions d'accès à cette procédure de divorce et à la diversité des conséquences du défaut de comparution des époux à l'audience de tentative de conciliation précitées, s'ajoute le fait que l'obligation d'entretien pèse uniquement sur l'époux¹⁸⁹⁶. La reconnaissance du jugement avait ainsi été refusée.



875. Le contrôle de la conformité de la norme étrangère aux exigences substantielles d'égalité définies par le for peut ainsi impliquer d'analyser les normes régissant des catégories autres que celle à laquelle un droit a été refusé ou reconnu en l'espèce.

Se pose cependant la question de savoir quelle est la norme qui doit être plus exactement analysée.

b) L'analyse de la loi étrangère

876. L'étude de l'objet du contrôle d'égalité suppose de définir quelles normes doivent spécifiquement être analysées par le juge. Cette opération impose de suivre une analyse qui

¹⁸⁹³ C'est-à-dire le droit de l'épouse de demander le divorce.

¹⁸⁹⁴ Art. 89 de la *Moudawana* marocaine.

¹⁸⁹⁵ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 23 février 2011, n° 10-14760, *RJPF*, 2011-6/28, obs. T. Garé, *D.*, 2011., pan. 1383, obs. F. Jault-Seseke, *Gaz. Pal.*, 2011, somm. 1134, obs. M. Eppler, *JCP G*, 2011, actu. 261, obs. E. Cornut.

¹⁸⁹⁶ Art. 84 et 85 de la *Moudawana* marocaine.

s'écarte des distinctions classiques du droit international privé. En effet, les méthodes varient habituellement selon que le juge doit vérifier la conformité aux principes essentiels de l'ordre juridique du for d'une loi étrangère ou bien d'un jugement étranger. Dans ce cadre, il est possible que les juges mettent en œuvre la méthode conflictuelle. Rappelons que celle-ci suppose de rechercher la loi applicable au rapport de droit désignée par les règles de conflit du for. Cette loi sera notamment appliquée si elle est conforme à l'ordre public international du for¹⁸⁹⁷.

Le contrôle de la conformité à l'ordre public de la décision¹⁸⁹⁸, juridictionnelle ou non, rendue à l'étranger, peut¹⁸⁹⁹ être également opéré en application de la méthode de la reconnaissance, en évinçant donc la recherche de la loi désignée par les règles de conflit du for. La reconnaissance portera alors, dans ce cas, sur la norme concrète issue de la décision¹⁹⁰⁰.

877. L'analyse implicite mais nécessaire de la loi étrangère. - L'analyse de la conformité de normes au principe d'égalité amène toutefois à effacer ces distinctions. L'objet du contrôle d'égalité reste le même selon que le juge du for est confronté à une loi étrangère, à un jugement ou encore à une situation créée par une autorité non juridictionnelle. Le contrôle du respect des exigences substantielles d'égalité du for implique en effet d'analyser systématiquement la loi étrangère. Tel est également le cas lorsque le juge d'un ordre juridique garantissant le principe d'égalité en vérifie le respect relativement à un jugement étranger ou à une décision non juridictionnelle en application de la méthode de la reconnaissance. Rappelons en effet que c'est la loi de chaque ordre juridique qui dispose que deux situations données doivent être traitées de

¹⁸⁹⁷ Pour aller plus loin v. Ph. FRANCESKAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *op. cit.*, pp. 149-169 ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959 ; A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.* ; R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, p. 65 ; D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.* ; J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, pp. 55-74 ; J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *op. cit.*, pp. 285-302 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public », *op. cit.*, pp. 169-188 ; du même auteur, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *op. cit.*

¹⁸⁹⁸ Ce terme est ici entendu au sens large. V. la définition qu'en donne G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 302, sens n° 1 : « Action de décider (pour une autorité [...]) ; par ext., soit le parti adopté, la décision prise (par ex. acceptation ou refus, admission ou rejet), soit l'acte (*instrumentum*) qui la contient.

¹⁸⁹⁹ L'emploi du verbe « pouvoir » s'impose. Les auteurs soulignent qu'il n'est pas possible de définir une méthode spécifique permettant de régler le conflit d'autorités, le choix entre la méthode conflictuelle ou la méthode de la reconnaissance devant plutôt être effectué en fonction de la nature de l'effet invoqué. V., en ce sens, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, pp. 34 et 41 ; P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004. Plus généralement, au sujet de la méthode de la reconnaissance, v. les références citées supra, en note n° 161.

¹⁹⁰⁰ Monsieur MAYER fait référence au caractère concret, catégorique et non permanent de la norme constituée par le jugement étranger ou par la décision rendue par une autorité administrative étrangère (P. MAYER, *La distinction des règles et des décisions en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973, p. 51).

manière identique ou différente¹⁹⁰¹. Ce n'est donc qu'à ce niveau que chaque ordre juridique détermine le traitement réservé à chaque catégorie juridique. Dès lors, la norme concrétisée par la décision correspond à la disposition de loi sur la base de laquelle la situation a été créée ou avalsée, telle qu'appliquée et interprétée par l'autorité étrangère juridictionnelle ou non, publique ou non.

878. Certaines décisions de justice montrent que l'objet du contrôle est la loi étrangère. Parmi celles-ci, il est possible de citer deux arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris le 18 décembre 1973 et le 1^{er} juillet 1974¹⁹⁰², ainsi que par la Cour de cassation italienne le 27 février 1985¹⁹⁰³. Ces arrêts concernaient des demandes de reconnaissance de jugements, respectivement marocain et égyptien, et d'application de la loi iranienne, au sujet de l'attribution de la garde de l'enfant aux parents. Les juges français et italiens ont examiné la conformité à l'ordre public international de ces décisions et notamment le respect de l'intérêt de l'enfant. Il s'agissait cependant de décisions rendues en application de lois qui introduisaient une différence de traitement en raison du sexe. Les lois marocaine et égyptienne que les juges étrangers ont appliquées, ainsi que la loi iranienne désignée par les règles de conflit italiennes, prévoyaient en effet des critères distincts pour l'attribution de la garde au père et à la mère. Les évaluations concernant la conformité des jugements étrangers à l'intérêt de l'enfant ont notamment été effectuées en considération du fait que la loi marocaine confiait la garde de l'enfant « en priorité à la mère »¹⁹⁰⁴ et que les lois égyptienne et iranienne attribuaient la garde au père ou à la mère selon l'âge ou le sexe des enfants¹⁹⁰⁵. L'inégalité de traitement perpétrée par la loi étrangère était ainsi au cœur des décisions des juges de la reconnaissance, bien que, devant les organes juridictionnels français, elle n'ait pas été soulevée dans le cadre d'un contrôle d'égalité, mais lors de la vérification du respect de l'intérêt de l'enfant. L'inégalité a, en revanche, été expressément relevée par la Cour de cassation italienne. Celle-ci a, en effet, refusé de donner application à la loi iranienne fondée sur « le critère qui privilégie exclusivement et *a priori* le sexe du parent, abstraction faite de son aptitude concrète à prendre soin des enfants [...] en

¹⁹⁰¹ V. *supra*, § 223 et s.

¹⁹⁰² CA Paris, 18 décembre 1973 et 1^{er} juillet 1974, *JDI*, 1975, pp. 525-534, n. Y. Lequette.

¹⁹⁰³ Cass. it., 27 février 1985, n° 1714, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 368, cité par F. PASTORE, « Famiglie immigrate e diritti occidentali : il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia », *op. cit.*, n° 1, 1993, pp. 73-117, spéc. p. 112.

¹⁹⁰⁴ CA Paris, 18 décembre 1973, préc.

¹⁹⁰⁵ L'arrêt CA Paris, 1^{er} juillet 1974, préc., précise en effet que la loi égyptienne dispose que « à la suite du divorce, la garde des enfants est confiée à la mère jusqu'à l'âge de sept ans pour les garçons et de neuf ans pour les filles, qu'une prolongation de délai peut intervenir jusqu'à neuf ans pour les garçons et onze ans pour les filles, mais que, de toute façon, la mère perd son droit de garde en se remariant à un homme non apparenté aux enfants ». La loi iranienne, quant à elle, attribuait la garde des garçons au père à partir de l'âge de deux ans.

évidente contradiction avec l'interdiction de discriminations des sexes, qui caractérise une conquête essentielle de la civilisation juridique moderne, embrassée par la Constitution républicaine »¹⁹⁰⁶. L'analyse serait la même s'agissant d'une situation créée à l'étranger par une autorité non juridictionnelle. Rappelons en effet que c'est uniquement la loi qui détermine quelles situations sont traitées de manière identique ou différente. Ainsi, la conclusion d'un mariage entre deux personnes de même sexe dans un ordre juridique suppose que ces dernières aient fait l'objet d'un traitement identique par l'autorité étrangère par rapport aux couples de sexe opposé. Ce traitement identique est bien prévu par la loi ou, du moins, par la loi telle qu'elle a été interprétée et appliquée par l'autorité étrangère.

879. Ainsi, lorsque le juge est confronté à une loi étrangère désignée par les règles de conflit du for, celle-ci constituera l'objet du contrôle d'égalité. De même, lorsqu'il est question de vérifier la conformité aux exigences substantielles d'égalité du for du jugement étranger ou de la situation créée par une autorité non juridictionnelle étrangère en application de la méthode de la reconnaissance, la loi sera celle qui a été appliquée par l'autorité étrangère, juridictionnelle ou non.

880. **La loi appliquée par le juge étranger ou la loi de l'État d'origine ?** - Lorsque les juges, confrontés à des jugements étrangers ou à des décisions non juridictionnelles, appliquent la méthode de la reconnaissance, la question est de savoir quelle loi analyser afin de décider de leur conformité aux exigences substantielles d'égalité définies par le for. La situation pourrait en effet découler aussi bien de l'application de la loi du pays de création que de l'application de la loi d'un autre pays, voire de la loi de l'ordre juridique du for. Il convient ainsi de déterminer si l'identité ou la différence de traitement doit être vérifiée par rapport à la loi de l'ordre juridique d'origine, ou bien par rapport à la loi en application de laquelle la situation a été créée. La jurisprudence ne fournit pas d'exemple permettant de répondre directement à cette question. Les cas où les juges sont confrontés à la demande de reconnaissance des situations créées en application d'une loi étrangère par rapport à l'autorité qui a cristallisé la situation sont rares et aucune de ces affaires n'a, à notre connaissance, soulevé des questions de contrariété au principe d'égalité. Les jugements étrangers posant des questions de respect des exigences

¹⁹⁰⁶ T.d.A., Cass. it., 27 février 1985, n° 1714, préc. V. également A. ZANOBETTI, « Divorzio estero e richiesta al giudice italiano dell'affidamento dei figli. Il commento », *Fam. Dir.*, 2004, p. 179 et s., p. 4 de la version PDF ; G. BARILE, « I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i principi di ordine pubblico internazionale », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 5. Ce dernier auteur renvoie à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui lie le principe d'égalité des époux au droit des enfants à la meilleure éducation possible.

substantielles d'égalité du for ont tous été rendus en application de la loi du pays de création de la situation, ce qui simplifie l'étude des cas de confrontation des normes étrangères aux contenus de l'égalité du for. Dans ce cas en effet, les dispositions pertinentes pour l'analyse du traitement des situations que l'ordre juridique du for considère comme semblables ou différentes seront nécessairement issues de la loi du pays d'où émane la décision, correspondant dans ces cas à la loi appliquée par les juges.

881. Dans un souci d'exhaustivité, il convient cependant de préciser que l'objet du contrôle coïncide nécessairement avec la loi en application de laquelle la situation a été créée. En voici la raison. Prenons le cas où le juge d'un ordre juridique a créé une situation inconnue dans son droit national et où l'une des parties a demandé la reconnaissance de cette décision dans un autre pays. La décision rendue par la Cour de cassation le 23 octobre 2013¹⁹⁰⁷ concernant la reconnaissance du don de consolation à l'épouse à la suite d'un divorce pourra servir de base à cette analyse. Le mari avait introduit un pourvoi en cassation en reprochant aux juges du fond d'avoir appliqué l'article 84 du Code de la famille marocain prévoyant le paiement du don de consolation à l'épouse en cas de divorce. Il considérait que cette disposition était contraire au principe d'égalité dans la mesure où seul le mari, et non pas également la femme, pouvait être condamné au paiement du don de consolation. À la suite d'une analyse opérée *in concreto* la Cour de cassation a cependant rejeté le pourvoi en considérant que le principe d'égalité des époux n'était pas violé. La Cour a en effet souligné que l'époux n'avait pas réclamé à son tour la condamnation de l'épouse au paiement du don de consolation, ce qui excluait une violation concrète du principe d'égalité des époux.

882. En imaginant que l'épouse demande la reconnaissance de cette décision dans un autre pays qui s'est engagé à garantir le principe d'égalité des époux, le juge de l'État de destination pourrait être amené à vérifier la conformité de la décision française à ce principe. Il devra alors déterminer si la décision française, qui a condamné le mari au paiement du don de consolation, entérine une différence de traitement fondée sur le sexe. Or, afin de répondre à cette question, il ne serait pas utile d'analyser la loi française dans la mesure où la décision a été rendue en application du droit marocain. Le droit français ne consacrant pas un droit au don de consolation, son analyse ne fournirait en effet pas de réponse quant à la question de savoir si ce droit a été reconnu dans le respect des exigences substantielles d'égalité de l'État de destination. Seule l'analyse du droit marocain, tel qu'appliqué par le juge français, permet de vérifier si la

¹⁹⁰⁷ Civ. 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 12-25919, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 247, n. F. Monéger.

condamnation du mari au paiement du don de consolation à l'épouse caractérise une contrariété aux contenus de l'égalité de l'ordre juridique de destination. Il s'ensuit que lorsqu'il est question d'analyser la conformité d'une décision étrangère, juridictionnelle ou non, en application de la méthode de la reconnaissance, l'objet du contrôle d'égalité est constitué par la loi qui a été appliquée par l'autorité étrangère ayant rendu la décision.

883. Le contrôle de la loi applicable, y compris les règles de conflit étrangères. - Il convient de préciser que la référence à la loi étrangère en tant qu'objet du contrôle d'égalité comprend également les règles de conflit étrangères qui peuvent être désignées par le jeu du renvoi de rattachement¹⁹⁰⁸. Ce mécanisme implique en effet de faire jouer, dans un premier temps, la règle de conflit du for, ce qui peut amener à désigner la loi d'un ordre juridique étranger. Lorsque le renvoi est admis¹⁹⁰⁹, le juge mettra en œuvre la règle de conflit issue de cet ordre juridique, pertinente pour régler le litige en cause. La loi applicable sera alors celle que la règle de conflit étrangère aura désignée.

Or, la règle de conflit de lois étrangère relative à la validité du mariage qui emploierait comme critère de rattachement la nationalité du mari serait comparée aux exigences substantielles d'égalité que le for définit en relation aux conditions de validité du mariage en droit interne. De même, à supposer qu'un juge italien applique le renvoi en matière d'établissement de la filiation¹⁹¹⁰ et qu'il fasse jouer l'article 311-14 du Code civil français une fois désigné le droit français en application de la règle de conflit de lois italienne, la question qui se poserait serait celle de la conformité de cette norme à la conception italienne de l'égalité. Cette règle désigne en effet en principe la loi de la nationalité de la mère, ce qui a pu être lu comme une différence de traitement des parents selon leur sexe¹⁹¹¹.

884. En droit interne italien, comme en droit français par ailleurs, ces différences de traitement

¹⁹⁰⁸ En ce sens, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, op. cit., p. 242. Pour aller plus loin v. Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958 ; E. AGOSTINI, « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2013, pp. 545-586 ; G. P. ROMANO, *Le dilemme du renvoi en droit international privé. La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Schulthess, Ed. Romandes, Genève, Zurich, Bâle 2014 ; W. J. KASSIR, *Le renvoi en droit international privé – technique de dialogue entre les cultures juridiques*, *RCADI*, 2015, vol. 377.

¹⁹⁰⁹ Les juges français l'ont admis pour la première fois dans l'arrêt Cass. fr., Req., 22 février 1982, *Forgo*, S. 1882.1.393, n. X. Labbé. En droit international privé italien, le jeu du renvoi est prévu et encadré par l'article 13 de la loi n° 218/1995.

¹⁹¹⁰ L'article 13.3 de la loi it. n° 218 du 1995 admet cette possibilité si le renvoi a lieu *in favorem*. La question de l'admission du renvoi s'est posée dans l'arrêt Cass. it., Civ. 2°, 25 septembre 2018, n° 22729. La filiation pouvant cependant être admise en application de la loi de la nationalité de l'enfant, à savoir la loi française, il n'y avait pas lieu d'admettre le jeu du renvoi *in favorem*.

¹⁹¹¹ V. *supra*, § 561 et s.

ont globalement été éliminées¹⁹¹². Tel est également le cas concernant la règle de conflit de lois italienne relative à la filiation. L'article 33 de la loi de droit international privé n° 218 de 1995 désigne la loi nationale de l'enfant au jour de sa naissance. La règle de conflit française est donc susceptible d'être considérée comme contraire à la conception italienne de l'égalité. Certes, la loi italienne limite le jeu de l'exception d'ordre public aux seuls cas où la norme étrangère produit des effets contraires à l'ordre public italien, y compris donc au principe d'égalité¹⁹¹³. Monsieur MOSCONI et Madame CAMPIGLIO envisagent cependant la possibilité que « l'effet contraire à l'ordre public [soit caractérisé par] le fait même que [la règle de conflit étrangère] amène à appliquer la loi du conjoint ou du parent mâle »¹⁹¹⁴, ou femelle, ajouterions-nous.



885. Ces analyses nous permettent de comprendre que la question de savoir si deux situations sont traitées de la même manière peut se poser uniquement en relation à des dispositions issues d'un même ordre juridique. Confronté à une décision étrangère, le juge du for qui applique la méthode de la reconnaissance devra analyser nécessairement la loi en application de laquelle la situation a été créée. Il conviendra notamment d'analyser la ou les dispositions régissant la catégorie en cause dans le litige, ainsi que la ou les dispositions régissant la catégorie que le for considère comme comparable à la première. Si le juge applique la méthode conflictuelle pour décider de la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger, ou s'il est confronté à une demande de création d'une situation, la loi étrangère objet du contrôle sera celle qui est désignée par les règles de conflit de lois. Soulignons que si cette loi devait être considérée comme contraire aux exigences substantielles d'égalité du for, une autre y serait substituée. Si cette dernière devait être une autre loi étrangère¹⁹¹⁵, la même analyse serait opérée. Si en revanche la loi étrangère est évincée au profit de celle du for, la question de sa conformité aux contenus de l'égalité qui y sont définis ne sera pas pertinente puisqu'elle trouverait nécessairement une réponse affirmative. La seule exception serait constituée par l'exigence d'opérer un contrôle de la constitutionnalité ou de la conventionnalité des lois en relation avec le respect des dispositions d'égalité. Rappelons toutefois que ce contrôle est distinct de celui qu'il est

¹⁹¹² V. *supra*, § 470 et s.

¹⁹¹³ V. *infra*, § 986.

¹⁹¹⁴ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 242, *t.d.A.*

¹⁹¹⁵ Lorsque des critères de rattachement en cascade sont prévus, les juges ont parfois décidé d'appliquer la loi applicable à défaut de la première, ce qui peut correspondre à une loi étrangère.

nécessaire de mettre en œuvre pour vérifier la conformité des normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité. Dans ce cas en effet, le contrôle à opérer n'est pas celui du respect des exigences substantielles d'égalité, mais celui de la conformité du droit positif national aux dispositions d'égalité garanties par l'ordre juridique du for. Dans le premier cas, il s'agit de s'assurer de la conformité de la norme étrangère aux concrétisations des dispositions d'égalité du for. Dans le second cas, il est question de s'assurer de la conformité de ces concrétisations elles-mêmes aux dispositions d'égalité.

886. Une condition doit cependant être remplie pour que la mise en œuvre d'un contrôle d'égalité soit pertinente. Tel est uniquement le cas à partir du moment où la loi appliquée ou applicable reconnaît le droit subjectif en cause dans le litige à au moins une catégorie juridique. Si en effet ce droit n'est pas consacré par l'ordre juridique étranger en cause, la question de la conformité de cette loi aux contenus de l'égalité du for relativement à la reconnaissance de ce droit n'est pas pertinente.

2) Le présupposé : l'attribution de droits à une catégorie par la loi étrangère

887. Le contrôle d'égalité repose sur une exigence de respect, par la loi étrangère, de conditions d'identités ou de différences de traitement définies par le for. Dans un cas comme dans l'autre, il est nécessaire de comparer le traitement prévu pour deux situations par la loi étrangère. La loi étrangère introduit notamment une identité de traitement si elle confère une même prérogative à deux catégories. Elle introduit en revanche une différence de traitement si elle confère une prérogative à une catégorie tout en la refusant à une autre. Le point commun entre ces deux hypothèses réside en l'attribution d'une prérogative donnée à au moins une catégorie par la loi étrangère. À défaut, en effet, il manque l'un des éléments de comparaison permettant d'établir si la loi étrangère introduit une identité ou une différence de traitement. On voit ainsi apparaître la condition minimale pour que le contrôle d'égalité soit pertinent dans un litige, et plus exactement pour qu'il y ait un objet à analyser : ce n'est qu'à partir de la constatation de la garantie d'un droit successoral aux enfants nés dans le mariage que la question se pose de savoir si, dans l'optique du for, d'autres catégories sont comparables à celle-ci au regard de l'attribution de ce droit. Dès lors, si les enfants nés hors mariage sont considérés par le for comme comparables aux enfants nés dans le mariage en ce qui concerne la reconnaissance de droits successoraux, la question de la conformité aux exigences substantielles d'égalité du for de la norme étrangère refusant ce droit aux enfants nés hors mariage sera pertinente. Si en revanche la loi étrangère refusait ce droit également aux enfants nés dans le mariage, la question

de la conformité de ces normes à ces mêmes exigences ne serait pas pertinente, faute d'élément de comparaison.

888. À ce propos, il convient de remarquer que la décision de ne pas consacrer un droit n'est pas en relation avec la question de l'égalité de traitement. La seule question qui peut se poser est en effet celle de la conformité de l'absence de consécration d'une prérogative donnée aux autres principes essentiels ou droits fondamentaux de l'ordre juridique du for. Par exemple, si la loi étrangère n'institue pas les partenariats enregistrés, cela ne peut pas contrevenir à une interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle. Ce refus touche de la même manière aussi bien les couples homosexuels qu'hétérosexuels. La réponse à la question de savoir si le refus d'instituer le partenariat enregistré est contraire à un principe ou à un droit essentiel de l'ordre juridique du for, tel que la conception de la famille ou le droit au respect de la vie privée et familiale, est seule susceptible d'amener à évincer la norme étrangère refusant de créer cette union.

Il en découle que le contrôle d'égalité n'est pertinent que si la loi étrangère confère la prérogative objet du litige à au moins une catégorie d'individus. Cette analyse nous conduit à nous prononcer dans un sens défavorable à l'application de la méthode de la reconnaissance aux situations créées à l'étranger indépendamment de l'intervention d'une autorité publique comme cela a pu être envisagé par la doctrine¹⁹¹⁶. En effet, l'application de cette méthode ne permettrait pas de réserver le respect des exigences substantielles d'égalité du for. La situation n'ayant pas été créée ou avalisée en appliquant explicitement ou implicitement une règle de droit, aucun contrôle d'égalité ne pourrait être opéré. La réserve de la conformité de la situation à l'ordre public international ne serait donc pas totalement effective.

889. **L'exigence d'égalité dans la garantie de prérogatives fondamentales.** - Il convient toutefois de souligner qu'à partir du moment où l'attribution d'une prérogative à une catégorie déterminée est considérée comme nécessaire au nom du respect d'autres droits de l'homme ou principes essentiels, l'exigence substantielle d'égalité s'impose également. Cette reconnaissance implique en effet de se demander si d'autres catégories que celle à laquelle ce droit doit être garanti sont comparables à celle-ci. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Oliari*¹⁹¹⁷ a considéré que l'impossibilité pour un couple homosexuel de conclure une union reconnue par l'État était contraire au droit au respect de sa vie privée et

¹⁹¹⁶ Cette hypothèse est envisagée par D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 700, § 581-4.

¹⁹¹⁷ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n^{os} 18766/11 et 36030/11, préc.

familiale. À partir de cette décision, la question de savoir si d'autres situations sont comparables aux couples de même sexe est susceptible de se poser. Telle a d'ailleurs été la question posée dans les affaires *Vallianatos*¹⁹¹⁸ et *Ratzenböck et Seydl*¹⁹¹⁹ précédemment analysées¹⁹²⁰.



890. Il découle ainsi de ce qui précède que l'objet du contrôle d'égalité est toujours une loi. Il s'agit plus exactement de la loi désignée par les règles de conflit du for ou bien de la loi appliquée par l'autorité étrangère ayant créé la situation. Le contrôle d'égalité spécifique au droit international privé sera pertinent uniquement s'il s'agit d'une loi étrangère. Autrement, seul un contrôle de la constitutionnalité ou de la conventionnalité de la loi du for sera pertinent. Encore faut-il néanmoins que la loi étrangère garantisse la prérogative dont il est question dans le litige à au moins une catégorie juridique. À défaut, le contrôle d'égalité ne peut être opéré puisqu'il manque l'élément de comparaison permettant de déterminer si deux situations ont fait l'objet d'un traitement identique ou différent.

891. L'indifférence du choix entre la méthode conflictuelle et la méthode de la reconnaissance se comprend de la jonction de ce qui précède et d'une autre donnée. Il s'agit de l'indifférence de l'exigence de conformité des normes étrangères aux contenus de l'égalité du for aux spécificités des situations privées internationales susceptibles d'être portées à l'attention du juge.

B) L'indifférence de l'exigence de conformité aux contenus de l'égalité aux spécificités des situations privées internationales

892. Nous venons de voir que les exigences substantielles d'égalité auxquelles les normes étrangères sont susceptibles d'être confrontées sont toujours les mêmes indépendamment du fait qu'il s'agisse d'appliquer une loi pour contrôler la validité d'une situation créée à l'étranger, ou de vérifier la régularité d'un jugement, ou encore de transcrire un acte établi à l'étranger. Rappelons en effet que les exigences substantielles d'égalité d'un ordre juridique sont définies, en droit de la famille, au niveau du droit national. Elles se déduisent du fait qu'une même prérogative est attribuée ou refusée à des catégories juridiques par un ordre juridique, ce qui, en matière familiale en France et en Italie, a lieu au niveau national, et compte tenu de

¹⁹¹⁸ CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09, préc.

¹⁹¹⁹ CEDH, 26 octobre 2017, *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, req. n° 28475/12, préc.

¹⁹²⁰ V. *supra*, § 663 et s.

l'influence exercée par les instances supranationales¹⁹²¹. De ce fait, la définition des contenus de l'égalité ne varie pas selon les spécificités liées au caractère international de la situation. A *fortiori*, le fait de confronter la loi désignée par les règles de conflit du for ou bien la loi appliquée par l'autorité étrangère à ces exigences substantielles d'égalité n'affecte pas la définition de ces dernières. Ainsi, soit les situations que le for exige de traiter de manière identique le sont en application de la loi en question, soit cette dernière sera évincée à moins qu'une dérogation ne soit admise. Alternativement, soit la loi étrangère est compatible avec la finalité poursuivie par l'ordre juridique du for à travers la prévision de la différence de traitement en cause, soit elle sera évincée, encore une fois, à moins de justifier une entorse au respect de cette exigence substantielle d'égalité.

893. À cet élément, s'ajoute la possibilité de déroger au respect de ces exigences¹⁹²², laquelle ne varie pas non plus selon l'autorité étrangère ayant rendu la décision. Soit la protection de la conception de la famille du for peut tolérer l'application d'une norme non conforme à l'exigence substantielle d'identité ou de différence de traitement, soit la norme sera évincée. Ainsi, indépendamment du fait que le contrôle d'égalité porte sur la loi appliquée par l'autorité étrangère, dans le cadre de l'application de la méthode de la reconnaissance, ou sur la loi désignée par les règles de conflit du for, en référence à la méthode conflictuelle, la situation créée à l'étranger sera considérée comme valable uniquement si elle est compatible avec les contenus de l'égalité du for. Trois illustrations en seront proposées.

894. Prenons d'abord l'exemple d'un mariage polygamique célébré à l'étranger. Si l'on recherche la loi applicable à la validité de cette union en France, l'article 202-1 alinéa premier du Code civil désigne la loi nationale de chaque époux. Si l'une de ces lois limite la validité du mariage à l'union monogamique, le mariage ne peut être considéré comme valable et il ne devrait pas être reconnu par l'ordre juridique du for. La question qui se pose est de savoir si le refus de reconnaître la validité de ce mariage est contraire à une exigence substantielle d'égalité du for. La réponse est négative puisqu'aucun contenu de l'égalité du for n'est contredit par le refus de reconnaître un mariage polygamique.

Si en revanche le juge du for applique la méthode de la reconnaissance et qu'il s'interroge directement sur la conformité de l'union aux exigences substantielles d'égalité du for, nous avons vu qu'il devra analyser la loi appliquée par l'autorité étrangère, telle qu'elle a été

¹⁹²¹ V. *supra*, § 223 et s.

¹⁹²² V. *supra*, § 332 et s.

interprétée par cette dernière¹⁹²³. Si le mariage a été célébré, cela signifie que la loi appliquée par cette autorité permettait de célébrer des mariages polygamiques. Rappelons qu'habituellement il s'agit plus précisément d'unions polygyniques puisque les mariages polyandriques ne sont pas également admis par les pays permettant la polygamie. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner que ces unions sont donc contraires à l'exigence d'égalité des époux¹⁹²⁴. La confrontation d'un mariage polygynique à cette dernière, garantie par la France relativement à la conclusion du mariage, conduit ainsi à relever une différence de traitement fondée sur le sexe. Le respect de cette exigence substantielle d'égalité commande ainsi de ne pas reconnaître le mariage polygynique. Néanmoins, la contrariété à ce contenu de l'égalité est mise en balance par les juges français avec les autres intérêts en présence, et notamment avec le souci de garantir la continuité du statut personnel. Dans ce cas, ils sont susceptibles de faire jouer l'effet atténué de l'ordre public pour que ces mariages produisent des effets en France¹⁹²⁵. Le respect de l'exigence substantielle d'égalité en cause ne commande donc pas la reconnaissance, ni en application de la méthode conflictuelle ni de la méthode de la reconnaissance. Rappelons qu'en revanche, la prise en compte d'autres intérêts considérés dignes de protection par le for permet de déroger aux contenus de l'égalité du for. Pour mémoire, la poursuite de l'idéal de justice du for, aussi bien au sens du droit international privé qu'au sens matériel, est susceptible de justifier un résultat opposé à celui que commande le respect de l'exigence substantielle d'égalité du for en cause¹⁹²⁶. Cela permet de comprendre que lorsque les juges français reconnaissent les unions polygyniques ou leurs effets, une dérogation est implicitement, mais nécessairement admise au nom, notamment, de la continuité du statut personnel des individus.

¹⁹²³ V. *supra*, § 876 et s.

¹⁹²⁴ V. *supra*, § 350.

¹⁹²⁵ Faisant jouer l'effet atténué de l'ordre public, v. Cass. fr., Civ., 28 janvier 1958, *Chemouni*, D. 1958, p. 265, n. R. Lenoan, *JCP*, 1958, II, 10488, n. P. Louis-Lucas, *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 110, n. R. Jambu-Merlin, *JDI*, 1958, p. 776, n. A. Ponsard, *GADIP*, préc., n° 30 ; Cass. fr., Civ., 3 janvier 1980, *Beneddouch*, *GADIP*, préc. n° 61, p. 357 s., *Rev. crit.*, 1980, p. 331, n. H. Batiffol, *JDI*, 1980, p. 327, n. M. Simon-Depitre ; D., 1980, p. 549, n. Poisson-Drocourt ; Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 1982, *Baaziz*, *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 275, n. Y. Lequette ; CA Paris, 8 novembre 1983, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 475, n. Y. Lequette, *JDI*, 1984, p. 881, n. M. Simon-Depitre ; Cass. fr., Civ. 2^e, 19 janvier 2006, D., 2006, p. 2454, n. Bidaud-Garon. Faisant jouer la théorie des droits acquis v. TGI Lyon, 20 novembre 1975, *Rev. crit. DIP*, 1976, p. 477, n. P. Lagarde, *JDI* 1976, p. 675, n. D. Mayer ; Cass. fr., Soc., 5 mars 1992, n° 90-10575 ; CA Orléans, 3 décembre 2002, *JCP G*, 2003, IV, 2545 ; Cass. fr., Civ. 2^e, 14 février 2007, n° 05-21816, *JDI*, 2007, p. 933, n. B. Bourdelois ; *Dr. fam.*, 2007, comm. 99, note A. Devers. Cass. fr., Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418, *Dr. fam.*, 2007, comm. 182, n. A. Devers. V. à ce sujet P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, op. cit., pp. 263-282 ; J. GUILLAUMÉ, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix des juges ? », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, p. 295 et s.

¹⁹²⁶ V. *supra*, § 341 et s.

895. Prenons maintenant le cas où l'ordre juridique du for exige qu'une situation soit créée pour que les contenus de l'égalité qu'il définit soient respectés. Par exemple, si un mariage entre personnes de même sexe est célébré à l'étranger, l'application de la méthode de la reconnaissance conduira les juges français à reconnaître l'union. Il a en effet été indiqué que tout refus de conclure (et donc de reconnaître) ces unions caractérise une contrariété à l'exigence d'égalité des couples homosexuels et hétérosexuels relativement au droit au mariage qui existe en France depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2013¹⁹²⁷. La reconnaissance serait ainsi non seulement possible, mais nécessaire pour respecter les contenus de l'égalité français.

896. Si en revanche l'on applique la règle de conflit de lois prévue par l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil, celle-ci amène à reconnaître le mariage si loi personnelle, la loi du domicile ou la loi de la résidence de l'un des deux époux le permet. De la même manière que dans l'exemple précédent, la reconnaissance du mariage répond, dans l'ordre juridique français, à une exigence substantielle d'égalité. La solution commandée serait donc la même. Rappelons d'ailleurs que l'éventuel refus de le reconnaître, si aucune des conditions de proximité prévues à l'article 202-1 du Code civil français n'était remplie, correspondrait à l'admission d'une dérogation à la conception de l'égalité du for¹⁹²⁸.

897. Prenons, en dernier lieu, l'exemple inverse d'un ordre juridique qui, comme l'Italie, interdit le mariage entre personnes de même sexe. Il a déjà été expliqué que cela correspond à la définition d'une exigence de différence de traitement des couples de même sexe et de sexe différent concernant le droit au mariage¹⁹²⁹. Si les juges italiens appliquaient la méthode de la reconnaissance, et que l'union était effectivement reconnue, cette solution reviendrait à introduire une identité de traitement de ces couples par rapport aux couples de sexe opposé. Le respect de l'exigence substantielle de différence de traitement italienne devrait alors en principe conduire à refuser la reconnaissance de ces unions lorsqu'elles ont été prononcées à l'étranger. Encore une fois, seule l'admission d'une dérogation en permettrait la reconnaissance. Tel est d'ailleurs effectivement le cas depuis que l'Italie a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Orlandi*¹⁹³⁰ au nom du respect du droit à la vie privée et familiale. Tel pourrait être également le cas au nom de la protection du droit à la libre circulation, comme

¹⁹²⁷ V. *supra*, § 277 et s.

¹⁹²⁸ V. *supra*, § 280.

¹⁹²⁹ V. *supra*, § 281.

¹⁹³⁰ CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n^{os} 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc.

dans l'arrêt *Coman*¹⁹³¹ rendu par la Cour de justice de l'Union européenne et qui a fait l'objet d'analyse au cours des développements précédents¹⁹³².

L'application de la méthode conflictuelle conduirait à un résultat identique. Si la loi applicable au mariage était recherchée et si elle conduisait à valider cette union, la solution devrait en principe être considérée comme contraire aux contenus de l'égalité du for pour les mêmes raisons qui viennent d'être exposées.

Si, au contraire, la loi applicable au mariage ne conduisait pas à valider l'union, ce résultat permettrait de conserver la différence de traitement prévue par l'ordre juridique italien.

Le refus de reconnaître le mariage devrait néanmoins, encore une fois, être mis en balance avec les autres intérêts protégés par le for, ce qui pourrait amener le juge à déroger à l'exigence de différence de traitement en cause et à reconnaître l'union.



898. La solution serait donc identique, aussi bien en France qu'en Italie, en application de la méthode conflictuelle et de la méthode de la reconnaissance. En effet, si l'ordre juridique du for reconnaît une situation créée à l'étranger, elle est soit conforme aux contenus de l'égalité du for, soit considérée comme compatibles avec celles-ci en raison de l'admission d'une dérogation. Là où le contrôle d'égalité amène à refuser de reconnaître la validité d'une situation créée à l'étranger, la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance ne permet donc pas de changer ce résultat. Dans un cas comme dans l'autre, seule l'admission d'une dérogation permettrait de reconnaître la situation là où l'exigence substantielle d'égalité commanderait de la refuser.

Une autre hypothèse de l'indifférence du choix entre méthodes de droit international privé mérite d'être analysée pour saisir notamment la portée de l'admissibilité des dérogations aux contenus de l'égalité.

§2) Le choix entre la protection de l'égalité par le biais de l'ordre public international et l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité

899. La deuxième illustration de l'inhibition du choix entre méthodes de droit international privé lorsqu'un contrôle d'égalité doit être opéré passe par la comparaison des résultats

¹⁹³¹ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, *D.*, 2018, p. 1674, n. Fulchiron et A. Panet, *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 816, n. P. Hammje, *AJ fam.*, 2018, p. 404, obs. G. Kessler, *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. Usunier, *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. E. Pataut.

¹⁹³² *V. supra*, § 757.

auxquels conduit le contrôle du respect du principe d'égalité à travers son applicabilité immédiate ou bien par le biais de l'ordre public international¹⁹³³. Après avoir rappelé les raisons pour lesquelles l'application de cette dernière méthode favorise habituellement la continuité des situations par rapport au recours à l'application immédiate **(I)**, il conviendra de comprendre pourquoi, lorsqu'un contrôle d'égalité doit être opéré, cette influence est inhibée. La raison a spécifiquement trait à l'un des aspects qui viennent d'être évoqués. Il s'agit de la possibilité de déroger aux exigences substantielles d'égalité. Un approfondissement de cette question est utile puisqu'il permet de saisir l'importance de ce caractère dérogeable des contenus de l'égalité. Celui-ci joue en effet un rôle particulier dans le cadre de l'interaction entre la mise en œuvre d'un contrôle d'égalité et l'application des méthodes de résolution du litige privé international **(II)**.

I) La faveur pour la continuité des situations par le jeu de l'ordre public international

900. Le choix des juges de contrôler la conformité aux exigences substantielles d'égalité des situations créées à l'étranger par le recours à l'ordre public international permet classiquement d'augmenter les chances de garantir la continuité des situations par rapport notamment à l'application immédiate des droits fondamentaux¹⁹³⁴. Cette faveur dérive du fait que la protection de ces derniers par le biais de l'ordre public international permet en France et, d'une certaine manière, en Italie, la possibilité de moduler¹⁹³⁵ le respect exigé. Ce mécanisme peut être opposé à celui de l'application immédiate des droits fondamentaux, cette dernière étant

¹⁹³³ M.-L. NIBOYET, « Nouveau juges, nouveaux pouvoirs », *op. cit.*, pp. 313-336 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, pp. 1-32 ; D. COHEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *op. cit.*, pp. 451-483 ; Y. LEQUETTE, note ss. CA Paris, 14 juin 1994, *op. cit.*, pp. 308-318 ; P. MAYER, « L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 250-265, spéc. p. 255 ; P. PIRONE, « Diritti umani e diritto internazionale privato *op. cit.*, p. 15 ; v. également F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD. civ.*, 1995, p. 249-270, spéc. p. 265 et s. ; P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 318, p. 19 et ss., spéc. p. 170 et s.

¹⁹³⁴ V. à ce sujet P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *TCFDIP*, 2006-2008, pp. 153-186 ; de la même auteure, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, p. 1 et s. ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, *op. cit.*, pp. 518-528 ; P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *op. cit.*, p. 651 et s., spéc. p. 661 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, 2016, t. 387, p. 1 et s., spéc. p. 375, § 243 ; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999. Les juges français ont parfois recours à ce procédé. V. e.a., CA Paris, 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 308, n. Y. Lequette ; Cass. fr., Civ. 1^{re}, 24 février 1998, *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 637, n. G. A. L. Droz, *JCP G*, 1998. II. 10175, note Th. Vignal.

¹⁹³⁵ L'expression est empruntée à B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 288, § 330.

également envisagée aussi bien par la doctrine française¹⁹³⁶ qu'italienne¹⁹³⁷. L'application immédiate des droits fondamentaux a notamment pu être souhaitée au nom de l'importance de la protection de ces derniers dans les ordres juridiques qui les garantissent¹⁹³⁸. Ainsi, Monsieur KERCKHOVE écrivait que « du fait de leur supériorité formelle autant que matérielle, l'application de ces principes fondamentaux ne peut dépendre de la médiation d'un quelconque mécanisme législatif, notamment d'une règle de conflit de lois »¹⁹³⁹. Cette application immédiate a par ailleurs pu être préconisée sous la forme de l'ajout d'une catégorie de rattachement des droits fondamentaux, commandant l'application de la loi du for¹⁹⁴⁰.

901. Elle a néanmoins fait également l'objet de nombreuses critiques¹⁹⁴¹. Des auteurs soulignent l'impossibilité d'appliquer directement les droits fondamentaux tels qu'ils sont consacrés, par exemple, dans la Convention européenne des droits de l'homme. Monsieur MAYER précise à cet égard qu'« à vrai dire, l'application immédiate n'est même pas concevable lorsqu'on se place [...] du point de vue [...] du juge étatique saisi d'un litige de droit privé régi par une loi étrangère. En raison du caractère extrêmement large de leur formulation [...] et du fait qu'ils constituent seulement un minimum, les droits de l'homme ne sont pas susceptibles en général de fournir une solution au problème substantiel posé »¹⁹⁴².

Il convient toutefois de souligner qu'en ce qui concerne l'exigence de respecter le principe d'égalité, le caractère abstrait de ce dernier ne suffirait pas à faire obstacle à son application immédiate. Il a en effet été montré que les ordres juridiques n'opposent pas aux normes

¹⁹³⁶ M.-L. NIBOYET, « Nouveau juges, nouveaux pouvoirs », *op. cit.*, pp. 313-336 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, pp. 1-32 ; D. COHEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *op. cit.*, pp. 451-483 ; Y. LEQUETTE, note ss. CA Paris, 14 juin 1994, *op. cit.*, pp. 308-318 ; P. MAYER, « L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 250-265, spéc. p. 255 ; P. PIRRONE, « Diritti umani e diritto internazionale privato », *op. cit.*, p. 15 ; v. également F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *op. cit.*, spéc. p. 265 et s.

¹⁹³⁷ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 178.

¹⁹³⁸ G. CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Giappichelli Editore, Turin, 2009, p. 14 ; Th. VIGNAL, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{er}, 24 février 1998, *Vialaron*, *op. cit.*, p. 1912.

¹⁹³⁹ E. KERCKHOVE, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{er}, 24 février 1998, *Vialaron*, *op. cit.*, p. 733.

¹⁹⁴⁰ « Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique », *AJDA*, n° HS, 1998 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé », *RIDC*, n° 4, 2000, pp. 797-818. V. également l'analyse offerte par Madame HAMMJE de l'ordre public envisagé en tant que nouvelle catégorie de rattachement, ainsi que la relative critique, P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *TCFDIP*, 2006-2008, pp. 153-186.

¹⁹⁴¹ Pour un aperçu v. L. GANNAGÉ, « Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identités culturelles (l'exemple du droit français) », in P. PIRRONE (dir.), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, *op. cit.*, p. 59 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, p. 1 ; P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. Crit. DIP*, 1991, p. 651 ; R. CLERICI, « La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale », *Fam. Dir.*, 2009, II, p. 197 et s.

¹⁹⁴² P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *op. cit.*, pp. 651-665, spéc. p. 663.

étrangères le principe d'égalité ou les interdictions des discriminations abstraitement consacrées, mais les exigences substantielles d'égalité définies par l'ordre juridique du for. Nous verrons d'ailleurs que cette application immédiate a effectivement lieu lorsqu'une disposition de droit interne définissant un contenu de l'égalité est appliquée au titre de loi de police¹⁹⁴³.

902. Par ailleurs, dans la pensée d'autres auteurs, la protection des droits fondamentaux à travers le recours à l'exception d'ordre public représente une technique primordiale dans la recherche d'un point d'équilibre entre, d'une part, l'ouverture aux valeurs juridiques étrangères dans le but de poursuivre la coordination des ordres juridiques et, d'autre part, la protection des principes fondamentaux de l'État¹⁹⁴⁴. Cela tient aux possibilités de modulation du jeu de l'ordre public international qu'il convient de relater brièvement.

903. **Effet atténué et ordre public de proximité en France.** - En France, par le jeu de l'effet atténué, un assouplissement de la réaction de l'ordre public relativement aux situations créées à l'étranger est admis par les juges¹⁹⁴⁵. Tel est notamment le cas lorsque la situation a été régulièrement créée à l'étranger et qu'elle s'y est cristallisée¹⁹⁴⁶. Sa mise en œuvre conduit ainsi à reconnaître des situations créées à l'étranger là où le jeu de l'effet plein de l'ordre public aurait conduit à refuser cette reconnaissance.

Le jeu de l'ordre public de proximité a, quant à lui, pour but de renforcer ou d'assouplir la

¹⁹⁴³ V. *infra*, § 1054 et s.

¹⁹⁴⁴ M.-L. NIBOYET, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 230, n° 214 ; F. EMANUELE, « Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano », *Dir. fam.*, 1996, I, p. 326 et s. ; P. COURBE, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, pp. 227-239, spéc. p. 239 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, pp. 1-32 ; P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, *op. cit.*, p. 499 ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 120 ; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, Paris, 2007, § 206 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, *op. cit.*, pp. 472-491 ; G. CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français et étranger », *RIDC*, n° 1, 2003, pp. 7-22, spéc., pp. 20-21 ; A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.*, pp. 52-54.

¹⁹⁴⁵ V. e.a., Cass. fr., Civ. 1^e, 17 avril 1953, *Rivière*, *Rev. Crit. DIP*, 1953, p. 421, n. H. Batiffol, *GADIP* n° 26, *RabelsZ*, 1955, p. 520, n. Ph. Francescakis ; Cass. fr., Civ., 28 janvier 1958, *Chemouni*, *GADIP*, n° 30, *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 110, n. R. Jambu-Merlin, *JCP*, 1958.II.10488, n. P. Louis-Lucas, *JDI*, 1958, p. 776, n. A. Ponsard ; Cass. fr., Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n° 08-21740, préc. ; Cass. fr., Civ., 3 janvier 1980, *Bendeddouche*, *GADIP*, préc. n° 61, p. 357 s., *Rev. crit.*, 1980, p. 331, n. H. Batiffol, *JDI*, 1980, p. 327, n. M. Simon-Depitre ; *D.*, 1980, p. 549, n. Poisson-Drocourt ; Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 1982, *Baaziz*, *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 275, n. Y. Lequette ; CA Paris, 8 novembre 1983, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 475, n. Y. Lequette, *JDI*, 1984, p. 881, n. M. Simon-Depitre ; Cass. fr., Civ. 2^e, 19 janvier 2006, *D.*, 2006, p. 2454, n. Bidaud-Garon. P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *op. cit.*, pp. 263-282 ; J. GUILLAUMÉ, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix des juges ? », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, p. 295 et s.

¹⁹⁴⁶ Pour un rappel, v. S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, pp. 287-288, § 285.

réaction de l'ordre juridique français en fonction des liens que la situation entretient avec celui-ci¹⁹⁴⁷, et ce, aussi bien relativement à des demandes la création de situations dans l'ordre juridique du for¹⁹⁴⁸ qu'à de demandes de reconnaissance de situations créées à l'étranger.

904. Cette technique de modulation se prête bien à la protection des droits fondamentaux. En effet, comme Monsieur BUREAU et Madame MUIR WATT le soulignent, les droits fondamentaux sont « réfractaires à toute atténuation de leur intensité même en présence d'un jugement étranger, dès lors du moins que les parties ont un lien substantiel avec l'ordre juridique du for »¹⁹⁴⁹. « De ce fait – continuent-ils – c'est sans doute sous l'influence de ces derniers que le jeu de l'ordre public dit "de proximité" trouve désormais sa place sur le terrain des effets des jugements étrangers »¹⁹⁵⁰. À ce titre, la jurisprudence a employé les critères de la nationalité française¹⁹⁵¹ ou de la résidence en France des individus dont les droits étaient en cause¹⁹⁵². Une proximité à l'égard d'ordres juridiques adoptant la même conception du mariage que la France a également été inscrite dans la loi¹⁹⁵³. Madame HAMMJE a, par ailleurs, proposé de subordonner la protection des droits fondamentaux au champ d'application spatial de ces derniers. Ainsi, le respect des droits fondamentaux garantis par la CESDH devrait faire l'objet d'une analyse stricte dès lors que la situation a un lien avec un ordre juridique appartenant au

¹⁹⁴⁷ Pour aller plus loin, v. P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, t. 196, 1986 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, op. cit., pp. 472-484 ; P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *TCFDIP*, 2006-2008, op. cit., pp. 153-186 ; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, Paris, 2007 ; N. NORD, « Ordre public international et appréciation de la proximité par le juge », in *De code en code: mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 581-592 ; P. COURBE, « L'ordre public de proximité », op. cit., pp. 227-239 ; D. SINDRES, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, n° 3, 2012, pp. 887-901 ; D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », op. cit., pp. 882-898. Concernant les conditions de proximité dans l'ordre public colonial, v. sous la plume du même auteur, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, op. cit., pp. 791-794, §§ 749-753 ; K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, dactyl., Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 2017.

¹⁹⁴⁸ V. par exemple, Cass. fr., Civ. 1^{re}, 1^{er} avril 1981, *De Pedro* ; Cass. fr., Civ. 1^{re}, 10 février 1993, n° 89-21997 ; Cass. fr., Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, analysé *supra*, § 1128.

¹⁹⁴⁹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., p. 313.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 313-314.

¹⁹⁵¹ V. la jurisprudence, potentiellement dépassée (v. *infra*, § 979 et s.), refusant le partage de la pension de réversion entre épouses polygames lorsque l'une d'entre elles est française. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, *Baaziz II*, *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1989, pp. 71-81, n. Y. Lequette ; Cass. fr., Civ. 2^e, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27864, *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, p. 339, n. P. Lagarde.

¹⁹⁵² V. la jurisprudence postérieure aux arrêts du 17 février 2004 rendus en matière de reconnaissance de jugements étrangers (e.a., Cass. fr., Civ. 1^{re}, 17 février 2004, n°s 01-11549, 02-15766, 02-17479, 02-10755 et 02-11618, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 423, n. P. Hammje, *JCP*, 2004.II.10128, n. H. Fulchiron, *D.*, 2004, p. 824, concl. Cavarroc, *JDI*, 2004, p. 1200, n. L. Gannagé, *Gaz. Pal.*, 2004, p. 27, n. M.-L. Niboyet ; C. cass. fr., Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, n° 04-19444 ; 22 mai 2007, n° 06-10433 ; 17 octobre 2007, n° 06-21962 ; 31 octobre 2007, n° 06-20799 ; 4 novembre 2009, n° 08-20574 ; 18 mai 2011, n° 10-19750 ; 23 octobre 2013, n° 12-25802 ; 15 avril 2015, n° 14-13420 ; 25 mai 2016, n° 15-10532 ; 4 juillet 2018, n° 17-16102). V. également, TGI Versailles, 31 mars 1965, *JDI*, 1966, p. 97, n. A. Ponsard, écartant la loi étrangère applicable aux effets d'un mariage polygamique conclu à l'étranger permettant la cohabitation des épouses au domicile conjugal.

¹⁹⁵³ V. art. 202-1 al. 2 Cod. civ. fr. ; Cass. fr., Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *préc.*

Conseil de l'Europe¹⁹⁵⁴.

905. Le respect de l'altérité ou la limitation du champ d'applicabilité spatial des droits fondamentaux sont invoqués pour justifier cette modulation¹⁹⁵⁵, ce qui ne fait cependant pas l'objet d'unanimité au sein de la doctrine¹⁹⁵⁶. En ce qui concerne les demandes de reconnaissance de situations créées à l'étranger, lorsque les conditions de proximité sont remplies, la protection des droits fondamentaux sera ainsi plus forte et la demande rejetée. À l'inverse, l'exigence de protection sera moindre lorsque les liens entre la situation et l'ordre juridique du for sont faibles. La continuité des situations est ici susceptible d'être d'autant plus probable que les liens avec le for sont ténus.

906. **Des modulations prévues par la loi en droit international privé italien.** - L'emploi de ces techniques par les juges italiens n'est en revanche pas fréquent¹⁹⁵⁷. Des auteurs soulignent en effet que les dispositions italiennes consacrant le jeu de l'ordre public international¹⁹⁵⁸ n'envisagent pas ces modulations¹⁹⁵⁹.

Cependant, l'ordre public de proximité a parfois été employé par les juges italiens relativement à des jugements étrangers. Dans un arrêt du 24 novembre 1989¹⁹⁶⁰, la Cour de cassation italienne a considéré que, si les individus concernés étaient des italiens, le jugement devait être conforme aux principes essentiels de l'ordre juridique du for. Dans le cas contraire, seulement le respect des principes communs aux nations de civilisation similaire et des droits

¹⁹⁵⁴ P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, pp. 1-32 et spéc. § 18 et s. V. cependant la critique avancée par Monsieur BODEN, qui souligne le caractère arbitraire de la définition des cercles bénéficiant d'une protection accrue des droits fondamentaux (D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *op. cit.*, pp. 882-898, §§ 28-29).

¹⁹⁵⁵ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 547.

¹⁹⁵⁶ V. en ce sens, L. GANNAGÉ, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *op. cit.*, pp. 205-241.

¹⁹⁵⁷ V. par exemple l'arrêt Cass. it., 14 février 2003, n° 365, *Giust. Civ.*, 2003, I, 2773, concernant une demande de reconnaissance d'un jugement allemand de déclaration judiciaire de la paternité à l'égard d'un ressortissant italien. Monsieur MOSCONI et Madame CAMPIGLIO soulignent qu'aucune référence n'a été faite à la nationalité italienne du père de l'enfant (F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I *op. cit.*, p. 356).

¹⁹⁵⁸ L'article 16, al. 1^{er} de la loi n° 218 de 1995 dispose en effet que « La loi étrangère n'est pas appliquée si ses effets sont contraires à l'ordre public » (« La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico »). L'article 64, g) de la même loi dispose que « ses dispositions [celles des jugements étrangers] ne produisent pas d'effets contraires à l'ordre public » (« Le sue disposizioni [della sentenza straniera] non producono effetti contrari all'ordine pubblico »).

¹⁹⁵⁹ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, pp. 268 et 355.

¹⁹⁶⁰ Cass. it., Civ. 1^{re}, 24 novembre 1989, n° 5074, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 155. Cependant v. déjà Cass. it., 13 décembre 1978, n° 5919, *Foro it.*, I, p. 323 ; 14 janvier 1982, n° 228, *Dir. fam. pers.*, n° 2, 2017, p. 353 ; 1^{er} mars 1983, n° 1539, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, p. 531.

fondamentaux s'imposait¹⁹⁶¹. Or, il convient de remarquer que, concernant la protection du principe qui nous occupe, cet arrêt n'introduit pas de modulation de la protection du principe d'égalité. En effet, s'agissant à la fois d'un droit de l'homme et d'un principe commun aux nations de civilisation similaire, son respect s'imposerait indépendamment de la proximité de la situation en cause avec l'ordre juridique italien. Cette décision est cependant restée isolée. Des modulations dans le niveau de protection d'exigences substantielles d'égalité italiennes selon que les individus en cause sont ou non italiens ont d'ailleurs été introduites, y compris par le législateur. À cet égard, il est possible de mentionner le nouvel¹⁹⁶² article 32 bis de la loi n° 218 de 1995¹⁹⁶³ qui dispose que « le mariage contracté à l'étranger par des citoyens italiens avec une personne de même sexe produit les effets de l'union civile prévue par la loi italienne »¹⁹⁶⁴. La Cour de cassation italienne¹⁹⁶⁵ a en revanche eu l'occasion de préciser que cette disposition n'est pas applicable au mariage contracté à l'étranger par des ressortissants étrangers et que, dans cette hypothèse, « le mariage devrait être transcrit en tant que tel, sans opérer de conversion »¹⁹⁶⁶. Le législateur a ainsi prévu une disposition permettant aux juges d'éviter de déclencher l'exception d'ordre public, et notamment d'un ordre public de proximité, lorsque les époux sont italiens. La prévision d'« effets amoindris » pour le mariage d'italiens à l'étranger permet ainsi d'éviter de bloquer l'union à la frontière, tandis que la reconnaissance

¹⁹⁶¹ « È ben noto che, secondo la giurisprudenza di questa Corte di legittimità, al fine della delibazione di una sentenza di divorzio resa dal giudice straniero, l'indagine sulla contrarietà o meno di tale statuizione con l'ordine pubblico italiano [...] implica una valutazione delle ragioni della decisione, secondo criteri diversi a seconda che essa riguardi cittadini italiani ovvero sia stata emessa, come nel caso che ne occupa, soltanto fra stranieri : ciò perché nel primo caso l'ordine pubblico da considerare è quello interno, emergente dai principi essenziali dell'ordinamento nazionale, mentre nel secondo caso l'ordine pubblico da considerare è quello internazionale, risultante dai principi comuni alle nazioni di civiltà affine ed intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo » (*T.d.A.* : « L'on sait que, selon la jurisprudence de cette Cour, l'analyse de la conformité d'une décision à l'ordre public italien, aux fins de la délibation d'un jugement de divorce rendu par le juge étranger [...] implique d'évaluer les raisons de la décision en application de critères différents selon qu'elle concerne des ressortissants italiens ou qu'elle n'ait été rendue, comme dans le cas de l'espèce, qu'à l'égard d'étrangers. En effet, dans le premier cas il convient de prendre en compte l'ordre public interne, qui découle des principes essentiels de l'ordre juridique national. En revanche, dans le second cas, il convient de considérer l'ordre public international, qui résulte des principes communs aux nations de civilisations similaires et tournés vers la protection des droits fondamentaux de l'homme »). La référence que la Cour fait à l'« ordre public interne » et à l'ordre public international » prête à confusion. Elle renvoie cependant à la distinction de droit international privé français entre le jeu de l'effet plein de l'ordre public et de l'ordre public de proximité.

¹⁹⁶² Introduit par le décret législatif it. n° 7/2017, du 19 janvier 2017 *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili* (Modifications et réorganisation des dispositions de droit international privé pour régler les unions civiles, décret d'application de la loi it. du 20 mai 2016, n° 76, préc.).

¹⁹⁶³ Loi it. 31 mai 1995, n° 218, préc.)

¹⁹⁶⁴ *TdA*, « Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana ».

¹⁹⁶⁵ Cass. it., Civ. 1^e, 14 mai 2018, n° 11696, *Foro It.*, 2018, I, 1948, *Dir. Comp.*, 2018, n. V. Miri, *Famiglia*, 2019, p. 473, n. M. Ramuschi.

¹⁹⁶⁶ Point 13.3 de l'arrêt. *TdA*, « L'art. 32 bis, in conclusione, non trova applicazione diretta nell'ipotesi in cui venga richiesto il riconoscimento di un'unione coniugale contratta all'estero tra due cittadini stranieri. Il matrimonio dovrebbe essere trascritto, in questa ipotesi, come tale, senza operare alcuna conversione ».

du mariage entre étrangers devrait être possible sans opérer de requalification.

907. Concernant en revanche le jeu de l'effet atténué de l'ordre public, certains auteurs¹⁹⁶⁷ considèrent qu'un résultat s'en approchant est obtenu par les juges italiens dans la mesure où la loi n° 218 de 1995 dispose que le contrôle doit toujours être opéré *in concreto*¹⁹⁶⁸. D'ailleurs, dans une affaire relative à une demande de transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger de l'enfant né d'une mère porteuse, des juges du fond italiens ont pu estimer que la mise en œuvre du contrôle *in concreto* implique de prendre en considération le fait que « les juges ne sont pas appelés à appliquer la loi [étrangère], mais à apprécier une situation juridique acquise à l'étranger conformément à la loi locale »¹⁹⁶⁹. D'autres considèrent cependant que cette exigence amène à distinguer selon que les individus impliqués sont ou non des ressortissants italiens. Ainsi, Monsieur LOTTI soulignait que les effets que déploie en Italie une loi étrangère lorsque des étrangers sont impliqués dans un litige sont surement « moins intenses »¹⁹⁷⁰ que ceux dérivant de l'application de cette même loi à des ressortissants italiens. Le résultat de la mise en œuvre d'un *in concreto* correspond, de ce point de vue, au résultat obtenu en France par le jeu de l'ordre public de proximité.

908. En revanche, un résultat proche de celui que les juges français obtiennent par le jeu de l'effet atténué de l'ordre public peut être obtenu au regard de l'analyse de la validité des situations créées à l'étranger, lorsque celle-ci est opérée à titre préalable. Il a déjà été précisé qu'en droit international privé italien juges et doctrine s'accordent pour considérer que, là où la question principale porte sur les effets d'une situation créée à l'étranger, il ne serait pas possible de considérer que la question préalable relative à la validité de la situation puisse déclencher l'exception d'ordre public. Rappelons, en effet, que les articles 16 alinéa premier et 64 g) de la loi n° 219 de 1995 font expressément référence à la contrariété des « effets » de la norme étrangère à l'ordre public. Il s'ensuit, dans l'opinion des juristes italiens, que l'admission de la

¹⁹⁶⁷ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, op. cit., p. 356 ; G. CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Giappichelli Editore, Turin, 2009, p. 69.

¹⁹⁶⁸ Art. 16, al. 1^{er} et art. 64, g) de la loi it. n° 218/1995.

¹⁹⁶⁹ CA Bari, 13 février 2009, préc., « Inoltre, la valutazione che è demandata a questa Corte deve farsi carico degli effetti che “in concreto”, e non già “in astratto”, spiegherebbero, nel nostro ordinamento, i due provvedimenti stranieri di cui qui si chiede il riconoscimento, valutati, comparativamente, con gli effetti derivanti dal rigetto della domanda attorea. Infatti, questa Corte non è richiesta di applicare la legge inglese, ma è chiamata a valutare una situazione giuridica acquisita all'estero in conformità della legge locale, e a valutare gli effetti e le ricadute concreti, del rigetto, ovvero dell'accoglimento della domanda di cui all'atto di citazione » (la partie traduite dans le corps du texte est celle en italique).

¹⁹⁷⁰ P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale : la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, op. cit., pp. 69-70, T.d.A.

validité à elle seule n'est pas susceptible de produire des effets contraires à l'ordre public italien¹⁹⁷¹.

Les auteurs soulignent cependant qu'il pourrait en aller autrement lorsque la question est couverte par des lois de police¹⁹⁷², bien que cette distinction ne trouve pas de confirmation jurisprudentielle. Cela sous-entendrait que lorsqu'une loi de police couvre la question principale, elle serait applicable aux questions préalables. Or, nous aurons l'occasion de voir que certaines exigences substantielles d'égalité sont protégées en droit international privé italien en appliquant des dispositions de droit interne au titre des lois de police¹⁹⁷³. Ce choix amène ainsi à un résultat correspondant au jeu de l'effet plein de l'ordre public international en France.

Il s'ensuit qu'il n'existe pas en droit international privé italien de véritable recours à un mécanisme équivalent à l'effet atténué de l'ordre public. En revanche, il est possible d'aboutir, par d'autres biais, à des résultats s'approchant de ceux auxquels conduit ce mécanisme.

909. La condition de contrariété manifeste de la norme étrangère à l'ordre public. - Un dernier type de modulation de la réaction de l'ordre public international doit être envisagée. Certains textes adoptés au niveau supranational, et notamment les règlements européens touchant la matière familiale, exigent une violation manifeste de l'ordre public pour refuser l'application de la loi ou la reconnaissance d'actes authentiques et jugements rendus dans d'autres États membres¹⁹⁷⁴. Cette condition favorise la continuité des situations créées à l'étranger puisqu'elle impose le respect d'un standard plus élevé pour caractériser une contrariété à l'ordre public de l'ordre juridique de destination. Ce standard de contrôle incite ainsi les juges à limiter l'emploi de ce mécanisme et à accroître donc la tolérance à des situations qui contreviennent aux principes essentiels du for¹⁹⁷⁵.



910. En conclusion, la protection des droits fondamentaux par le biais de l'exception d'ordre

¹⁹⁷¹ V. *supra*, § 1157.

¹⁹⁷² F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 215.

¹⁹⁷³ V. *infra*, § 1054 et s.

¹⁹⁷⁴ V. e.a., art. 12 du règlement « Rome III » (préc.) ; art. 22 et 23 du règlement « Bruxelles II bis » (préc.) ; art. 38 et 39 du règlement « Bruxelles II ter » (préc., entrera en vigueur le 1^{er} août 2022) ; art. 31 et 37 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (préc.) ; art. 35 et 40 du règlement « Successions » (préc.) ; art. 24 du règlement « Obligations alimentaires » (préc.).

¹⁹⁷⁵ V. en ce sens, le point 82 des conclusions de l'Avocat général AUGMANDSGAARD ØE rendu dans le cadre de l'affaire soumise à la Cour de justice C-372/16, *Soha Sahyouni c. Raja Mamisch*, sur laquelle la Cour s'exprimera dans un arrêt datant du 20 décembre 2017, préc.

public a normalement plus de chances de garantir la continuité des situations par rapport à leur application immédiate, à condition d'admettre des modulations lors de la mise en œuvre de la première. Ainsi, il serait possible d'imaginer que le choix de vérifier le respect des exigences substantielles du for par ce biais participe à construire un équilibre entre la protection de la conception de l'égalité du for et la garantie de la continuité des situations. Ce choix pourrait en effet permettre de garantir la continuité des situations là où le contrôle d'égalité, et *a fortiori* la confrontation directe des exigences substantielles d'égalité du for aux normes étrangères, amènerait à la discontinuité des situations. Néanmoins, il s'avère que les chances que la continuité des situations soit garantie sont identiques en appliquant les exigences substantielles d'égalité de manière immédiate ou bien par le biais de l'ordre public international.

II) L'indifférence du choix en raison de l'admissibilité des dérogations

911. La faveur pour la continuité des situations qu'induit habituellement le recours à l'ordre public international est inhibée lorsqu'un contrôle d'égalité doit être opéré. Un résultat identique peut en effet être obtenu par le biais de l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité ou en appliquant l'exception d'ordre public. L'une des raisons évoquées au cours de la confrontation de la méthode conflictuelle à la méthode de la reconnaissance en est ici spécifiquement la cause. Il s'agit de l'admissibilité des dérogations au respect des exigences substantielles d'égalité du for, ce que nous avons eu l'occasion de présenter au cours de la première partie de cette étude¹⁹⁷⁶.

912. La possibilité de déroger à ces contenus de l'égalité dans le cadre de leur application directe est l'équivalent des modulations du jeu de l'ordre public international. Les mêmes solutions peuvent ainsi être obtenues en application de l'une ou de l'autre de ces méthodes **(A)**. Rappelons cependant que les autorités du for, confrontées à des normes étrangères, peuvent également refuser de nuancer la protection du principe d'égalité en appliquant l'effet plein de l'ordre public. Nous démontrerons que, dans ce cas, le même résultat peut être obtenu en appliquant de manière immédiate le principe en cause, à condition d'exclure les dérogations au respect de l'exigence substantielle d'égalité du for en cause **(B)**. Cet élément inhibe ainsi la faveur pour la continuité des situations dérivant du choix de protéger les exigences substantielles d'égalité par le biais de l'exception d'ordre public plutôt que par leur application immédiate. Cela éloigne, encore une fois, la perspective de réintroduire une part de continuité

¹⁹⁷⁶ V. *supra*, § 332.

des situations là où le respect des contenus de l'égalité conduit à la discontinuité, à moins que cette entorse ne soit tolérée par l'ordre juridique du for.

A) Entre l'application immédiate du principe d'égalité et les modulations de l'ordre public

913. La protection de tout droit fondamental n'est pas absolue, y compris lorsque cela a lieu à travers son application immédiate.

Premièrement, le champ d'application des règles d'application immédiate peut être limité, ce qui conduit à un résultat équivalent à l'application de l'ordre public de proximité.

Deuxièmement, tout droit fondamental admet des entorses¹⁹⁷⁷. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que dans les litiges privés internationaux, la coopération internationale constitue un intérêt légitime¹⁹⁷⁸ susceptible de justifier une atteinte au respect des droits de l'homme consacrés dans la Convention. Néanmoins, ces droits ne peuvent être limités au point que leur substance serait atteinte¹⁹⁷⁹, à moins qu'un autre droit fondamental ne soit en cause¹⁹⁸⁰. Ainsi, là où il est possible d'accepter de renoncer à la protection d'un droit fondamental dans le cadre de l'application de l'effet atténué de l'ordre public, renoncer au nom de la continuité des situations n'est pas possible dans le cadre de l'application immédiate de ce dernier. Cette renonciation impliquerait en effet d'admettre une atteinte à la substance même du droit fondamental en cause. Le résultat de la protection des droits fondamentaux à travers leur application immédiate et par le biais de l'exception d'ordre public, demeurerait ainsi différent, malgré la possibilité d'en justifier l'atteinte.

914. Une doctrine grandissante souligne à cet égard que la mise en balance entre les droits fondamentaux et les autres intérêts en présence implique, entre autres, d'apprécier la proximité de la situation par rapport à l'ordre juridique du for¹⁹⁸¹. Monsieur MARZAL YETANO a

¹⁹⁷⁷ F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, op. cit., p. 132 et s., § 92 et s.

¹⁹⁷⁸ CEDH 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, req. n° 11329/85, *JDI*, 1988, p. 892, n. P. Tavernier.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, § 32 ; CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, préc., § 50). V. M. FARGE, « L'universalité des droits de l'homme au prisme du Droit international privé des personnes et de la famille », in dossier « Le droit des libertés en question(s) - Colloque des 5 ans de la RDLF », op. cit., § 11 ; concernant les problèmes que soulève le recours à cette notion, dans le cadre de la confrontation d'une norme étrangère aux droits fondamentaux, v. F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, op. cit., pp. 463-464 et s., § 358 et s.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 543-544.

¹⁹⁸¹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., p. 560, § 472 ; K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, dactyl., Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 2017.

développé cette idée en ce qui concerne la mise en balance entre les différents intérêts en jeu dans les litiges de droit international privé et le principe de libre circulation en droit de l'Union européenne¹⁹⁸². Nous nous proposons d'en faire de même concernant la mise en balance des autres intérêts en présence avec le principe d'égalité.

915. Or, ce principe présente une spécificité qui conduit à effacer la différence du choix de l'une ou de l'autre des méthodes ici envisagées¹⁹⁸³. L'admissibilité de dérogations au principe d'égalité est consubstantielle à ce principe lui-même. Il avait pu être déduit de cela qu'une exigence substantielle d'égalité n'est pas lésée là où l'ordre juridique du for admet une dérogation à celle-ci¹⁹⁸⁴. Or, lorsqu'une dérogation est admise, on accepte que des situations comparables soient traitées de manière différente. Cela implique que le principe d'égalité admet des limitations à son respect, sans que la limite de l'atteinte à la substance de ce droit fondamental soit prévue. Ainsi, l'Italie refuse de célébrer le mariage entre couples de même sexe et de conclure une union civile entre personnes de sexe opposé. Pourtant, le droit au mariage est garanti par l'article 12 de la CESDH et le droit de conclure une union protégée par la loi est considéré comme un droit fondamental, comme cela se déduit de l'arrêt *Oliari*¹⁹⁸⁵. Malgré cela, l'interdiction de célébrer des mariages entre personnes de même sexe n'a pas conduit la Cour européenne des droits de l'homme à constater une violation de la CESDH dans l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁹⁸⁶. De même, dans l'arrêt *Ratzenböck et Seydl*¹⁹⁸⁷, elle n'a pas considéré que l'exclusion des couples de sexe différent du droit de conclure un partenariat enregistré, là où ce droit était garanti aux couples de même sexe, contrariait l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle¹⁹⁸⁸. Ces droits peuvent donc ne pas être garantis dans leur substance à une catégorie juridique donnée, y compris lorsque la mise en balance n'est pas faite avec un autre droit fondamental, en admettant une dérogation à l'exigence substantielle

¹⁹⁸² A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, op. cit.

¹⁹⁸³ Monsieur EDEL a mis en évidence cette différence existant entre le principe d'égalité et les libertés fondamentales, dérivant du fait que le principe d'égalité n'est pas une liberté, mais un « rapport entre personnes ». De ce fait, souligne l'auteur, « paradigme sur lequel repose le principe classique de proportionnalité, valable sur le terrain des libertés, n'est pas transposable à l'égalité. La proportionnalité n'est pas du tout la manifestation de la conciliation d'une liberté avec un intérêt opposé ou une autre liberté. Tout au contraire, le principe d'égalité vise à comparer une seule et même liberté (ou intérêt juridique) dans le chef respectif de plusieurs situations individuelles ». F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », op. cit., pp. 213-242, spéc. p. 238.

¹⁹⁸⁴ V. *supra*, § 332.

¹⁹⁸⁵ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, préc.

¹⁹⁸⁶ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

¹⁹⁸⁷ CEDH, 26 octobre 2017, *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, req. n° 28475/12, préc., *Dr. fam.*, 2018, comm. 117, n. J.-R. Binet, *JCP G*, 2017, p. 1230, n. H. Surrel, *Dr. fam.*, 2017, chron. 3, n. A. Gouttenoire, F. Marchadier.

¹⁹⁸⁸ V. les développements *supra* concernant cet arrêt, § 663 et s.

d'égalité en cause. Tout comme le jeu de l'effet atténué de l'ordre public ou de l'ordre public de proximité amène à renoncer à protéger un droit fondamental ou un principe essentiel, si les contenus de l'égalité du for sont appliqués de manière immédiate, l'admission d'une dérogation amène à renoncer à exiger que la décision étrangère soit conforme à ces dernières. Rappelons en effet que l'équité, le respect d'autres droits fondamentaux, ou la continuité des situations constituent des intérêts légitimes susceptibles de fonder des dérogations¹⁹⁸⁹.

916. Lorsque la protection d'une exigence substantielle d'égalité requiert de refuser de reconnaître une situation créée à l'étranger, l'admission des dérogations fait primer les intérêts dont la protection demanderait de garantir la continuité des situations et de permettre la reconnaissance. L'admission d'une dérogation à un contenu de l'égalité dans le cadre d'une application immédiate de ces dernières remplit donc la même fonction que le jeu de l'effet atténué de l'ordre public ou de l'ordre public de proximité.

917. **Identité de résultat par rapport au jeu de l'effet atténué de l'ordre public ou de la théorie des droits acquis.** - Les cas de jeu de l'effet atténué de l'ordre public, ou de la théorie des droits acquis s'approchant de ce dernier¹⁹⁹⁰, correspondent à des cas où l'exigence substantielle d'égalité en cause n'est pas l'intérêt prééminent en l'espèce et où le refus de reconnaissance contreviendrait aux autres intérêts en balance. La reconnaissance peut ainsi avoir lieu à travers l'application immédiate du contenu de l'égalité ou à travers l'effet atténué de l'ordre public ou encore à travers la théorie des droits acquis. Chacune de ces techniques suppose en effet d'admettre une dérogation au respect du contenu de l'égalité en cause au nom de la continuité des situations, de l'équité, ou d'autres droits fondamentaux.

918. Ainsi, les décisions de la Cour de cassation française prononçant le partage des droits successoraux entre les épouses polygames¹⁹⁹¹ et condamnant l'époux à contribuer aux charges

¹⁹⁸⁹ V. *supra*, § 332.

¹⁹⁹⁰ V. à ce sujet, A. PILLET, « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, 1925, t. 8, pp. 485-556, spéc. p. 496 ; J.-P. NIBOYET, « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? », *Rev. crit. DIP*, 1950, p. 509 et s. ; Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958 ; P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste », *Rev. crit. DIP*, 1971, pp. 1-36 ; H. MUIR WATT, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Rev. crit. DIP*, 1986, pp. 425-455 ; de la même auteure, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, p. 121 et s. et p. 569 et s. ; P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, 1999, t. 276 ; E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *op. cit.*, pp. 71-114.

¹⁹⁹¹ Cass. fr., Civ., 3 janvier 1980, *Beneddouch*, *GADIP*, n° 61, p. 357 et s., *Rev. crit.*, 1980, p. 331, n. H. Batiffol, *JDI*, 1980, p. 327, n. M. Simon-Depitre, *D.*, 1980, p. 549, n. Poisson-Drocourt ; CA Paris, 8 novembre 1983, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 475, n. Y. Lequette, *JDI*, 1984, p. 881, n. M. Simon-Depitre.

de ses mariages¹⁹⁹² constituent des exemples de jeu de l'effet atténué de l'ordre public. Une réflexion en termes d'application immédiate du contrôle d'égalité conduit cependant au même résultat. Pour le comprendre, il convient de déterminer quelles exigences substantielles d'égalité sont définies par l'ordre juridique français à cet égard.

Souvent, le droit interne des ordres juridiques qui prônent une conception monogamique du mariage réserve les droits découlant de cette union à un seul individu, à savoir le conjoint (unique). Relativement à ces prérogatives, le droit interne définit alors une exigence de différence de traitement. Celle-ci concerne notamment le traitement à réserver au conjoint unique, par rapport à tout autre individu.

À titre d'exemple, le droit de jouissance gratuite d'un an sur le logement familial reconnu au conjoint survivant par l'article 763 du Code civil français exclut implicitement que tout autre individu puisse en bénéficier. Un seul individu pourra en effet être considéré comme le conjoint survivant du défunt. Le traitement qui est réservé au conjoint survivant relativement à la reconnaissance du droit temporaire de jouissance gratuite du logement est ainsi différent du traitement réservé par la loi aux autres individus, puisque ces derniers se verront refuser ce droit. Il en va de même pour la contribution aux charges du mariage. L'époux est censé être obligé envers un seul conjoint, ce qui amène à dessiner une exigence de différence de traitement entre l'unique conjoint et tout autre individu.

Le respect de ce contenu de l'égalité commanderait donc de refuser ce droit à la seconde épouse. Néanmoins, une entorse à cette exigence a été admise. Le souci de garantir la continuité des situations¹⁹⁹³ et l'équité¹⁹⁹⁴ ont notamment amené les juges à faire preuve de tolérance en application de l'effet atténué de l'ordre public, en condamnant l'époux à contribuer aux charges de tous les mariages par lesquels il est lié, comme cela a été montré dans la première partie de cette étude¹⁹⁹⁵. Ces mêmes intérêts constituent de possibles motifs de dérogation aux exigences substantielles d'égalité du for définies relativement aux prérogatives en cause.

Soulignons au passage que cette tolérance permet de combattre une autre inégalité de traitement mise en œuvre dans l'ordre juridique d'origine, à savoir celle de la femme unie dans les liens d'un mariage polygynique, là où le mariage polyandrique est interdit. La compensation de cette inégalité est cependant susceptible d'en créer une autre, à l'égard de la première épouse, notamment lorsque celle-ci est de statut personnel monogamique. C'est d'ailleurs dans cette

¹⁹⁹² Cass. fr., Civ., 28 janvier 1958, *Chemouni*, *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 110, n. F. Jambu-Merlin, *JCP*, 1958.II.10488, n. P. Louis-Lucas, *JDI*, 1958, p. 776, n. A. Ponsard.

¹⁹⁹³ V. *supra*, § 359 et s.

¹⁹⁹⁴ V. *supra*, § 348 et s.

¹⁹⁹⁵ V. *supra*, § 918.

perspective que les juges français avaient choisi de protéger la première épouse lorsque celle-ci était française, en application de l'ordre public de proximité, en créant néanmoins une énième différence de traitement, fondée sur la nationalité¹⁹⁹⁶.

Lorsqu'en revanche les droits ont été partagés en appliquant l'effet atténué de l'ordre public, le même résultat aurait été obtenu si les juges avaient appliqué directement le principe d'égalité tel que l'ordre juridique du for le concrétise, en admettant une dérogation à l'exigence de différence de traitement.

919. Identité de résultat par rapport au jeu de l'ordre public de proximité. - En ce qui concerne le jeu de l'ordre public de proximité, il convient de considérer que la subordination du déclenchement de l'exception d'ordre public à des conditions de proximité, fait de ce mécanisme une balance entre, d'une part, l'exigence de protection des principes essentiels de l'ordre juridique du for ou des droits fondamentaux et, d'autre part, le souci de la continuité des situations et de la coordination des ordres juridiques. En effet, là où les conditions de proximité ne sont pas remplies dans une espèce donnée, la loi désignée par la règle de conflit pourra être appliquée, la situation susceptible de ne pas être reconnue à l'étranger ne sera pas créée, ou encore, la décision rendue à l'étranger sera reconnue. L'ordre public de proximité ne peut donc pas être dissocié de l'ordre public d'« éloignement »¹⁹⁹⁷ qui joue lorsque les conditions de proximité prévues ne sont pas remplies. Ce même résultat peut être obtenu par l'application immédiate du principe d'égalité. Cela impliquerait notamment d'admettre des dérogations dans le but de trouver un compromis entre, d'une part, la continuité des situations et la coordination des ordres juridiques et, d'autre part, la protection de l'exigence substantielle d'égalité du for.

920. Ainsi, le jeu de l'ordre public de proximité dans le cadre de demandes de reconnaissance en France des répudiations prononcées à l'étranger implique que la garantie de l'égalité de traitement des époux prime sur la continuité des situations, dès lors que l'épouse ou les deux époux sont domiciliés en France. De même, les effets que le mariage conclu entre deux personnes de même sexe à l'étranger pourra produire en Italie sont limités uniquement lorsqu'au moins l'un des époux est italien¹⁹⁹⁸. En termes d'application immédiate du principe d'égalité, cela signifierait que les dérogations aux exigences substantielles en cause seraient exclues lorsque les liens de proximité avec le for requis sont caractérisés. Les mêmes résultats

¹⁹⁹⁶ La question des exigences substantielles d'égalité relatives aux épouses polygamiques sera étudiée *infra*, § 945.

¹⁹⁹⁷ J. FOYER, « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 1993, pp. 620-631, spéc. p. 629.

¹⁹⁹⁸ Art. 32 bis loi it. n° 28/1995 ; Cass. it., Civ. 1^{re}, 14 mai 2018, n° 11696, préc., v. *supra*, § 906.

peuvent ainsi être obtenus en appliquant la conception de l'égalité du for de manière immédiate, précisément, à travers l'admission d'une dérogation.

921. L'indifférence à la condition de contrariété manifeste de la norme étrangère à l'ordre public. - Comme l'effet atténué de l'ordre public et l'ordre public de proximité, la condition de la violation manifeste de l'ordre public est insusceptible de modifier le résultat du contrôle d'égalité, encore une fois en raison de l'admissibilité des dérogations aux exigences substantielles d'égalité. Cela se comprend si l'on considère que la notion de violation manifeste de l'ordre public renvoie à l'idée de la gravité de l'atteinte aux principes essentiels de l'ordre juridique du for. La Cour de justice a souligné que le recours à la limite de l'ordre public implique, entre autres, l'existence d'une « menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »¹⁹⁹⁹. Le but de cette condition est en effet de « dissuader les juges d'avoir trop fréquemment recours à l'exception [d'ordre public] »²⁰⁰⁰.

922. Or, la mise en œuvre du contrôle d'égalité amène précisément les juges du for à tracer une ligne entre les atteintes considérées comme graves et moins graves selon l'importance que les autorités étatiques décident d'attribuer à chaque exigence substantielle d'égalité. Il a été expliqué que cela est notamment effectué à travers l'exclusion ou l'admission de dérogations au respect de ces contenus de l'égalité.

Si l'ordre juridique du for admet des dérogations, cela signifie qu'une tolérance à des normes étrangères, qui ne seraient pas conformes aux exigences substantielles d'égalité définies par le for, est admise. Ainsi, là où un ordre juridique accepte d'admettre une dérogation, la violation de l'ordre public international ne serait pas considérée comme manifeste. Si en revanche un jugement étranger est considéré comme contraire à une exigence substantielle d'égalité du for en dépit de l'admission de dérogations, cela signifie que la norme étrangère est en deçà, non seulement du contenu de l'égalité de l'ordre juridique du for, mais également de la marge de tolérance tracée par ce dernier. Il est donc possible de considérer que la conception de l'égalité du for serait manifestement violée. L'atteinte à l'ordre public serait ainsi considérée comme

¹⁹⁹⁹ Il s'agissait d'un arrêt concernant le jeu de l'ordre public en dérogation à la liberté de circulation du citoyen européen, dans le cadre de la directive 2004/38/CE prec. (CJUE, 4 octobre 2012, C-249/11, *Hristo Byankov c. Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti*, point 40). Relativement aux règlements de droit international privé, et plus précisément du règlement « Rome III », une information relative à l'exigence de violation manifeste de l'ordre public est donnée par l'Avocat général AUGMANDSGAARD ØE dans ses conclusions relatives à l'affaire *Soha Sahyouni c. Raja Mamisch* (CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-372/16). Celui-ci a souligné qu'une violation manifeste de l'ordre public doit nécessairement être caractérisée *in concreto* (point 82 des conclusions).

²⁰⁰⁰ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, op. cit., p. 261, T.d.A.

manifeste.

Là où, par ailleurs, l'ordre juridique du for exclut l'admission de dérogations, cela implique d'emblée que l'importance attribuée par celui-ci à ces contenus est élevée. La non-conformité d'une norme étrangère à ces exigences substantielles d'égalité peut ainsi caractériser *ipso facto* une violation manifeste du principe d'égalité, tel que la loi du for le conçoit.

923. Cela conduit ainsi à comprendre que l'exigence d'une contrariété manifeste à l'ordre public ne change pas le résultat du contrôle d'égalité. Soit une contrariété au contenu de l'égalité en cause peut être tolérée, soit elle ne peut pas l'être. Dans ce dernier cas, la contrariété à l'ordre public est nécessairement manifeste, précisément en raison du fait que l'ordre juridique ne peut tolérer que la pénétration de la norme étrangère en question puisque cela contrarierait une exigence considérée comme fondamentale. La condition de contrariété manifeste à l'ordre public constitue ainsi un standard de contrôle qui est classiquement apte à élargir la place faite à la continuité des situations. Sa prévision est cependant indifférente lorsqu'il est question de mettre en œuvre un contrôle d'égalité. La possibilité de trouver un équilibre entre égalité et continuité des situations à travers le choix des méthodes de résolution des litiges privés internationaux ne semble donc pas se confirmer à ce stade. Le résultat du contrôle d'égalité est en effet le même, indépendamment du fait que la contrariété à l'ordre public doive être manifeste ou non et dépend, encore une fois, de l'importance que l'ordre juridique du for accorde à chaque exigence substantielle d'égalité qu'il définit.

924. **Synthèse.** - L'admissibilité des dérogations au respect des exigences substantielles d'égalité²⁰⁰¹ conduit à indifférencier la protection de ces dernières à travers leur application immédiate ou à travers le recours à l'exception d'ordre public international. En effet, la modulation du respect de ces exigences est toujours possible, y compris lorsqu'elles s'appliquent de manière immédiate. Il n'est donc pas nécessaire de les protéger à travers le recours à l'ordre public international pour qu'une tolérance à des normes qui, en principe, ne sont pas conformes soit admise. Le contrôle d'égalité lui-même suffit à déterminer si des modulations sont admissibles en fonction des spécificités de chaque espèce et des intérêts en cause.

925. Il s'ensuit que la faveur pour la continuité des situations que véhicule habituellement le choix d'avoir recours à l'ordre public international plutôt qu'à la méthode de l'application immédiate des droits fondamentaux est neutralisée lorsqu'il s'agit de s'assurer du respect des

²⁰⁰¹ V. *supra*, § 332 et s.

exigences substantielles d'égalité. Un résultat identique en termes de continuité des situations peut en effet être obtenu, d'une part, en faisant jouer l'ordre public de proximité et l'effet atténué ou en subordonnant le déclenchement de l'exception d'ordre public à une contrariété manifeste et, d'autre part, en admettant des dérogations aux exigences substantielles d'égalité du for dans le cadre d'une application immédiate de ces dernières. Cela signifie alors que, lorsqu'il est question de s'assurer de la conformité de la solution aux contenus de l'égalité du for, la place à donner à la continuité des situations n'est pas influencée par le choix de l'une ou de l'autre de ces méthodes.

926. **Une possibilité méconnue et non exploitée.** - Il convient néanmoins de souligner que cette caractéristique du principe d'égalité semble méconnue en droit international privé de la famille. Il n'est en effet pas possible de fournir des exemples jurisprudentiels de l'admission de dérogations au respect d'une exigence substantielle d'égalité du for dans le cadre d'une application immédiate du principe d'égalité ou d'une disposition d'égalité plus spécifique. En réalité, de manière plus générale, la Cour de cassation française n'a jamais protégé les contenus de l'égalité du for par leur application immédiate²⁰⁰². Rappelons que la recherche effectuée sur la base de données *Légifrance* précédemment exposée a permis de relever un seul cas d'application immédiate du principe d'égalité au sein notamment de la jurisprudence française. Il s'agit de l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Agen le 7 février 2002²⁰⁰³. Cet arrêt portait, rappelons-le, sur une demande de reconnaissance d'une répudiation prononcée à l'étranger. À cette occasion, les juges n'ont pas admis de modulation à l'exigence de respecter le principe d'égalité des époux garanti par l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH. Le refus de reconnaissance de la décision était toutefois principalement motivé par la fraude à la loi. De plus, dans les faits, l'épouse était domiciliée en France. En Italie, en revanche, l'application immédiate est possible, car, comme nous le verrons, certaines dispositions de droit interne contenant des exigences substantielles d'égalité sont qualifiées de lois de police²⁰⁰⁴. Encore faudrait-il cependant que la possibilité de déroger à ces exigences soit prise en compte par les juges italiens dans ce cadre.

927. L'analyse de l'admissibilité de dérogations aux exigences substantielles d'égalité du for, en tant que partie intégrante du contrôle d'égalité, ne semble ainsi pas avoir été envisagée par

²⁰⁰² V. les résultats de la recherche effectuée sur la base de données *Légifrance* exposée supra, § 246 et s. et spéc. § 256.

²⁰⁰³ CA Agen, 7 février 2002, n° de RG 00/00900, préc. V. *supra*, § 252.

²⁰⁰⁴ V. *infra*, §§ 955-958.

les juges. Il n'en demeure pas moins que ce procédé constitue une alternative possible, amenant à un résultat identique à celui auquel conduit l'analyse de la conformité à l'ordre public international.



928. L'analyse du contrôle d'égalité avait permis d'établir que l'admissibilité des dérogations constitue l'une des composantes de ce contrôle. À présent, cela nous a amenée à comprendre que, là où les juges peuvent faire preuve de tolérance envers des normes non conformes aux exigences substantielles d'égalité du for, le même résultat peut être obtenu à travers deux techniques. Il s'agit, d'une part, de l'application immédiate des concrétisations du principe d'égalité de l'ordre juridique du for, limitativement à la mesure dans laquelle le respect du contenu de l'égalité en cause s'impose. Il s'agit, d'autre part, de la protection de ces concrétisations à travers l'exception d'ordre public dans ses possibles modulations. Tel est notamment le cas lorsque le respect des exigences substantielles d'égalité du for doit être mis en balance avec le but de garantir la continuité des situations ou, plus généralement, la coordination des ordres juridiques.

Par conséquent, le choix de s'assurer de la conformité des normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité par le biais de l'ordre public international plutôt que par leur application immédiate n'est pas apte à diminuer les cas où ce contrôle amène à la discontinuité des situations.

929. L'indifférenciation du choix entre ces méthodes de résolution ne se confirme pas uniquement entre les modulations de l'exception d'ordre public et l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité, mais également entre cette dernière et le jeu de l'effet plein d'ordre public international. C'est ce qu'il convient de montrer à présent.

B) Entre l'application immédiate du principe d'égalité et l'effet plein de l'ordre public

930. Le fait que l'ordre juridique qui garantit le respect d'exigences substantielles d'égalité puisse admettre des dérogations n'implique pas que tel sera systématiquement le cas. Les juges refusent parfois de faire jouer l'effet atténué de l'ordre public ou de subordonner le déclenchement de l'exception d'ordre public à l'existence d'un lien de proximité avec l'ordre juridique du for.

De la même manière, dans le cadre de l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité, la protection de certaines d'entre elles peut être considérée par l'ordre juridique du for comme plus importante que le souci de garantir la continuité des situations, ou, plus généralement, la coordination des ordres juridiques. Nous avons déjà eu pu souligner que les dérogations sont notamment exclues lorsque la protection des exigences substantielles d'égalité elle-même est considérée comme un but d'intérêt général à poursuivre²⁰⁰⁵. Là où ce but est considéré comme prééminent par rapport, par exemple, au souci de garantir la justice de droit international privé, le respect de ce contenu de l'égalité s'impose sans que l'ordre juridique du for n'accepte de moduler sa réaction.

931. Ainsi, lorsque le juge est confronté à des situations régulièrement créées à l'étranger, le souci de garantir leur continuité, ou la mise en balance avec d'autres droits fondamentaux, peut ne pas suffire à justifier une atteinte à l'exigence substantielle d'égalité en cause.

Il en irait de même dans le cadre de la garantie des exigences substantielles d'égalité par le biais de l'exception d'ordre public. Tel serait par exemple le cas si la Cour de cassation française ne subordonnait plus le refus de reconnaître les jugements étrangers de répudiation à la domiciliation de l'épouse ou des deux époux en France²⁰⁰⁶.

932. Dans la même optique, si un nouveau mariage était célébré à la suite de la répudiation, l'exclusion de toute dérogation à l'exigence d'égalité des époux empêcherait de reconnaître cette union, et ce, malgré le fait que la protection du droit à la vie privée et familiale de l'ex-conjoint remarié demanderait que sa nouvelle union soit considérée comme valable dans l'ordre juridique de destination. Soulignons cependant que cette hypothèse ne correspond pas à l'état actuel du droit positif. Le respect de la vie privée et familiale a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à exiger que les États parties au Conseil de l'Europe dérogent aux contenus de l'égalité qu'ils définissent²⁰⁰⁷.

933. Le choix de voir dans le respect d'une exigence substantielle d'égalité un but d'intérêt général peut également être effectué *a priori* par le législateur. Ce choix passera précisément par l'exclusion de dérogations à l'un des contenus de l'égalité du for. Pour ce faire, il pourra inscrire l'exigence de respect de ce contenu directement dans les règles de conflit de lois, en prévoyant des clauses spéciales d'ordre public, en désignant le droit du for, ou encore, en

²⁰⁰⁵ V. *supra*, § 215 et s.

²⁰⁰⁶ V. les arrêts cités *supra* en note n° 1952.

²⁰⁰⁷ V. par exemple l'arrêt CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc.

protégeant les dispositions de droit interne qui définissent des contenus de l'égalité à travers la méthode des lois de police. Il s'agit là cependant de techniques de désignation du droit applicable. Leur analyse n'est donc pas pertinente dans le cadre présent, relatif à la comparaison du résultat, en termes de continuité des situations, obtenu à travers l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité du for ou à travers le jeu de l'ordre public international. L'étude de ces normes aura ainsi lieu au stade de l'analyse de l'influence sur la continuité des situations du choix de la méthode de désignation de la loi applicable lorsqu'un contrôle d'égalité est nécessaire²⁰⁰⁸.

934. Seule l'étude des cas où les dérogations aux exigences substantielles d'égalité du for sont exclues en aval par les juges est donc pertinente à ce stade. Ce travail appelle l'analyse des cas d'exclusion des dérogations à ces exigences, cas qui correspondent au jeu de l'effet plein de l'ordre public.

935. À cet égard, l'arrêt rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation italienne le 8 janvier 1981²⁰⁰⁹ est remarquable. Cette décision consacrait une solution désormais dépassée et néanmoins intéressante. Elle permet en effet de prendre conscience de l'importance que l'ordre juridique italien attribue au respect des droits fondamentaux, y compris donc la conception de l'égalité du for, dans la résolution des litiges privés internationaux. Dans cette décision, les juges italiens avaient introduit une distinction entre ce qu'ils dénommaient l'« ordre public interne » et « l'ordre public international » en fonction des liens que les situations présentaient avec l'ordre juridique italien et notamment de la nationalité des parties²⁰¹⁰. Le premier jouait ainsi lorsque les liens avec l'ordre juridique du for étaient forts. Il impliquait de s'assurer du respect aussi bien des principes essentiels propres à l'ordre juridique italien que des principes « protégés dans plusieurs pays de civilisation semblable ». Le second jouait lorsque les liens avec l'ordre juridique italien étaient faibles. Dans ce cas, seule la protection de ces derniers, les principes communs aux pays de civilisation semblable, pouvait faire obstacle à l'application des normes étrangères. Les juges précisaient que ces principes comprenaient ceux qui sont inscrits dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ou dans des conventions internationales²⁰¹¹.

Cet arrêt permet ainsi de comprendre que le respect des droits fondamentaux, y compris donc

²⁰⁰⁸ V. *infra*, § 1054 et s.

²⁰⁰⁹ Cass. it., Ch. réun., 8 janvier 1981, n° 189, *RDI*, 1981, p. 891.

²⁰¹⁰ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 268.

²⁰¹¹ Cass. it., Ch. réun., 8 janvier 1981, n° 189, *RDI*, 1981, p. 891.

le principe d'égalité, s'imposait indépendamment des liens que la situation entretenait avec l'ordre juridique italien. L'ordre public était ainsi appelé à jouer, pour ainsi dire, dans son effet plein pour protéger la conception italienne du principe d'égalité. Le même résultat aurait donc été obtenu par son application immédiate, en excluant notamment la possibilité de diminuer le niveau de protection des exigences substantielles d'égalité italiennes en fonction des liens unissant la situation à cet ordre juridique.

936. Des exemples d'imposition d'un respect sans nuances des contenus de l'égalité peuvent être également trouvés dans la jurisprudence française. L'arrêt *Vialaron*²⁰¹² précédemment présenté²⁰¹³ peut être mentionné à ce sujet. Rappelons que le principe d'égalité a été appliqué de manière immédiate puisque l'ordre public international n'était pas mentionné, tandis que l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH l'a été. Rappelons également qu'aucune dérogation au respect du principe d'égalité des époux n'a été admise en l'espèce. Bien que l'épouse était française, les juges n'ont pas considéré que l'exigence d'égalité des époux relativement au partage de leurs biens à la suite de leur divorce devait être respectée en raison du fait que l'épouse était une ressortissante de l'ordre juridique du for. Il est possible de déduire de cette absence de référence à la nationalité de l'épouse que les juges ont considéré que le respect de l'exigence substantielle d'égalité en cause s'imposait pleinement. Le même résultat aurait ainsi pu être obtenu en protégeant le principe d'égalité par le biais de l'exception d'ordre public, si ce dernier avait été fait jouer dans son effet plein.

937. Inversement, dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers le 24 juillet 1980²⁰¹⁴, le principe d'égalité a été protégé par le biais de l'exception d'ordre public, en aboutissant au même résultat que l'arrêt précédent. La question à laquelle les juges ont été appelés à répondre était celle de la conformité à l'ordre public d'un jugement algérien prononçant un divorce aux torts exclusifs de l'épouse à la suite de son refus de suivre son époux en Algérie. Comme sa commentatrice le mettait en évidence, cet arrêt s'inscrivait dans un contexte de faveur pour la reconnaissance de décisions étrangères²⁰¹⁵. Plus particulièrement, l'auteure soulignait que les décisions « rendues dans un contexte franco-maghrébin notamment, [révélaient] un recul manifeste de l'exception d'ordre public »²⁰¹⁶. Elle soulignait cependant que « les tribunaux

²⁰¹² Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 1998, n°s 95-18646 et 95-18647, *Vialaron*, JCP, 1998.II.10175, p. 1912, n. Th. Vignal.

²⁰¹³ V. *supra*, § 334 et s.

²⁰¹⁴ CA Poitiers, 24 juillet 1980, JDI, p. 567, note. C. Labrusse.

²⁰¹⁵ C. LABRUSSE, note ss. CA Poitiers, 24 juillet 1980, JDI, p. 567-578, spéc. p. 571.

²⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 572.

français [limitaient] l'admission de divorces par trop inégalitaires »²⁰¹⁷. C'est dans ce même courant que l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers s'inscrivait. Les juges ont en effet refusé la reconnaissance du jugement algérien au motif que « le législateur a effacé les dernières manifestations, en droit français, de la dépendance de la femme mariée, contraires à l'égalité des sexes »²⁰¹⁸, et que la décision « fondée sur la puissance maritale apparaît contraire à l'ordre public français en ce que celui-ci a pour base l'abolition de cette dernière »²⁰¹⁹. Cette décision met ainsi en lumière que, dans un contexte où les situations valablement créées à l'étranger pouvaient être reconnues en France par le jeu de l'effet atténué de l'ordre public, le respect de certaines exigences substantielles d'égalité ne permettait pas de faire montre de tolérance. Cet arrêt constitue ainsi un exemple du jeu de l'effet plein de l'ordre public commandé par la volonté de protéger un contenu de l'égalité du for, primant sur le souci de garantir la continuité des situations²⁰²⁰. Le même résultat aurait ainsi pu être obtenu par les juges en appliquant le principe d'égalité, tel que l'ordre juridique français le concrétise, de manière immédiate et en excluant l'admission de dérogations.



938. Il ressort de ce qui précède que le choix de certaines méthodes qui favorisent habituellement la continuité des situations est indifférent lorsqu'il est question de s'assurer de la conformité de normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité du for.

939. L'insensibilité de ce choix à la garantie de la continuité des situations a pu être constatée lorsque les techniques de résolution du litige privé international en cause impliquent d'analyser deux objets différents, et notamment une loi étrangère plutôt qu'une décision étrangère. De ce point de vue, l'indifférence du choix découle de la jonction de deux éléments. Premièrement, l'objet du contrôle d'égalité est, dans tous les cas, la loi étrangère applicable au litige ou la loi étrangère telle qu'elle a été appliquée par l'autorité étrangère. Deuxièmement, les exigences substantielles d'égalité sont définies au niveau du droit matériel et, en droit de la famille, au niveau national. Cela implique notamment que la solution qu'elles commandent ne varie pas selon qu'il s'agit de créer une situation ou de la reconnaître. Seule l'admission d'une dérogation

²⁰¹⁷ *Idem.*

²⁰¹⁸ CA Poitiers, 24 juillet 1980, *JDI*, p. 567, note C. Labrusse.

²⁰¹⁹ *Idem.*

²⁰²⁰ Madame LABRUSSE-RIOU souligne cependant que l'épouse avait la nationalité française. L'auteure considère que la prise en compte de cet élément a été déterminante dans la décision de refuser la reconnaissance (C. LABRUSSE, note ss. CA Poitiers, 24 juillet 1980, *JDI*, p. 567-578, spéc. p. 574 et s.). Dans cette optique, il conviendrait alors de considérer que la primauté du souci d'égalité a été subordonnée à une condition de proximité.

pourra faire varier ce résultat.

Ces analyses ont été notamment développées relativement à la comparaison de la méthode de la reconnaissance et de la méthode conflictuelle. L'indifférence des exigences substantielles d'égalité au fait que la question de leur respect se pose face à une demande de création ou de reconnaissance d'une situation conduirait cependant à neutraliser, de la même manière, la faveur pour la continuité des situations induite par l'admission du renvoi *in favorem* à la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger²⁰²¹. En effet, là où le respect d'un contenu de l'égalité exige la reconnaissance, la loi étrangère prohibitive serait écartée et la situation reconnue, de la même manière où l'admission du renvoi *in favorem* le permettrait.

940. Le choix est également indifférent alors même qu'une méthode a la particularité, par rapport à l'autre, de permettre de moduler les résultats de l'analyse de la conformité de la norme étrangère aux droits fondamentaux. De ce point de vue, l'insensibilité du choix à la garantie de la continuité des situations découle notamment du fait que l'admissibilité de la dérogation, partie intégrante du contrôle d'égalité, introduit la même possibilité de modulation, y compris dans le cadre de l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité. Cette analyse a notamment été ciblée sur la comparaison de la protection des contenus de l'égalité à travers leur application immédiate ou par le biais de l'ordre public international.

941. Cela nous amène à comprendre que si un équilibre entre continuité et égalité peut être trouvé il ne découle pas du choix des méthodes qui favorisent habituellement la continuité des situations et qui viennent d'être analysées, puisque le même résultat peut être obtenu en appliquant la méthode concurrente.

D'autres techniques du droit international privé restent cependant à analyser. Elles se différencient de celles qui viennent d'être étudiées en raison du fait que les choix de la technique à appliquer influencent effectivement le résultat en termes de continuité des situations lorsqu'un contrôle d'égalité doit être opéré.

²⁰²¹ Ce mécanisme a notamment été inscrit en droit italien en matière d'établissement de la filiation à l'article 13 alinéa 3 de la loi de droit international privé italienne n° 218/1995. En droit international privé français, il a été admis par les juges relativement à l'analyse de la validité quant au fond du mariage célébré à l'étranger dans l'arrêt *Zagha* (Cass. fr., Civ. 1^{er}, 15 juin 1982, *Zagha*, *RCDIP*, 1983, p. 472, n. J. M. Bischoff). Des auteurs envisagent également une application du renvoi *in favorem* en matière d'établissement de la filiation. V. P. BOUREL, H. H. MUIR WATT (auteurs), E. GALLANT (refondu par), « Établissement de la filiation : mise en œuvre de la règle de conflit. - Effet de la filiation », *J.-Cl. Int.*, fasc. 548-20, n° 88 et les réf. citées.

Section 2) L'orientation du choix entre les méthodes de droit international privé

942. Certaines méthodes influencent les chances qu'une situation créée dans le for soit reconnue à l'étranger ou qu'une situation créée à l'étranger soit reconnue dans le for, y compris lorsqu'un contrôle d'égalité doit être opéré (§1). Néanmoins, l'effectivité de l'influence sur la continuité des situations devra être discutée. La raison ne réside pas ici, comme dans les cas précédents, dans l'interchangeabilité des techniques. Elle a en revanche trait au fait que la méthode est choisie en fonction de la mesure dans laquelle l'ordre juridique considère que la protection des exigences substantielles d'égalité du for est nécessaire, et donc de la volonté de tolérer ou non des solutions non conformes à ces dernières (§2).

§1) Les méthodes influençant la continuité actuelle ou potentielle des solutions dans le cadre du contrôle d'égalité

943. Certaines méthodes applicables à la reconnaissance de situations créées à l'étranger favorisent la continuité des situations, y compris lorsqu'un contrôle d'égalité est opéré (I). Le choix parmi plusieurs méthodes de désignation du droit applicable à la demande de création d'une situation dans l'ordre juridique du for affecte également les chances que la situation puisse être reconnue dans d'autres ordres juridiques (II).

I) Les méthodes de reconnaissance des situations créées à l'étranger

944. Parmi les méthodes applicables aux demandes de reconnaissance des situations créées à l'étranger, certaines d'entre elles constituent une exception par rapport à l'analyse précédemment développée, et qui nous a conduit à montrer que le choix est inhibé lorsqu'un contrôle d'égalité doit être effectué. Elles influencent le résultat du contrôle d'égalité en termes de continuité des solutions. Tel est le cas lorsque, en présence de questions enchaînées²⁰²², l'analyse de la validité et l'analyse des effets d'une situation créée à l'étranger ne sont pas dissociées (A). Il en est ainsi également lorsque le contrôle *in concreto* est préféré au contrôle *in abstracto* (B). De même, le recours à la méthode de la prise en considération relativement à des situations créées à l'étranger peut favoriser la reconnaissance (C).

²⁰²² V. HEUZÉ, P. MAYER, B. REMY, *Droit international privé*, op. cit., p. 185 et s., § 269 et s.

A) L'association du contrôle de la validité et des effets d'une situation créée à l'étranger

945. Lorsque des questions enchainées se posent, le choix de dissocier ou de ne pas dissocier le contrôle de la validité et des effets d'une situation juridique créée à l'étranger²⁰²³ est un débat classique en droit international privé. Cette question mérite cependant d'être analysée en raison de l'effet que ce choix exerce sur la continuité des situations, y compris lorsque des questions d'égalité se posent. La dissociation de ces contrôles amène en effet à multiplier les contrôles d'égalité et, par là même, les chances que la contrariété d'une norme étrangère aux exigences substantielles du for soit constatée. L'analyse de la jurisprudence concernant la reconnaissance des effets du mariage au bénéfice de la seconde épouse d'une union polygamique permet de mettre en exergue ce phénomène de la dissociation de l'analyse des effets et de la validité des situations **(1)**. Cette analyse conduit d'ailleurs à mettre en lumière une incohérence dans la jurisprudence *Baaziz II*²⁰²⁴ relative à la reconnaissance du droit à la pension de réversion à la seconde épouse, incohérence que la deuxième chambre de la Cour de cassation semble avoir éliminée **(2)**.

1) Les conditions de l'exigence substantielle d'identité de traitement des épouses

946. Les juges français sont régulièrement confrontés à des demandes tendant à faire produire des effets à des unions polygamiques valablement célébrées à l'étranger. Les secondes épouses demandent notamment le partage de droits avec la première épouse, droits que la loi française reconnaît à l'épouse monogamique.

L'une des questions qui se posent est de savoir si la reconnaissance de ces effets est susceptible d'être exigée au nom du respect d'un contenu de l'égalité de l'ordre juridique du for.

947. Il convient de montrer que l'hypothèse d'une exigence substantielle d'identité de traitement des deux épouses est pertinente uniquement à condition que l'ordre juridique du for reconnaisse la validité de la première union **(a)**. Lorsque cette validité est admise, la décision

²⁰²³ Pour une analyse critique de la dissociation de l'analyse des effets du mariage de l'analyse de la validité de ce dernier, v. Y. LEQUETTE, note ss Cass. fr., Civ 1^e, 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP*, pp. 71-81, spéc. p. 77 ; J.-M. BISCHOFF, « Le mariage polygamique en droit international privé », *TFDIP*, 1980-1981, pp. 91-116, spéc. p. 100.

²⁰²⁴ Cass. fr., Civ. 1^e, 6 juillet 1988, *Baaziz II*, *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1989, pp. 71-81, n. Y. Lequette ; Civ. 2^e, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27864, *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, p. 339, n. P. Lagarde.

d'imposer le respect d'une exigence substantielle de différence ou d'identité de traitement des épouses variera selon que les analyses de la validité et des effets de l'union soient ou non dissociées **(b)**.

a) La reconnaissance du mariage polygamique

948. La comparabilité des différentes femmes ayant épousé un même homme dépend avant tout de la décision concernant la validité du second mariage. Les ordres juridiques qui retiennent une conception monogamique du mariage excluent en effet, en principe, la validité de toute union successive à moins que la précédente n'ait été valablement dissoute²⁰²⁵. Cette conception du mariage implique que chaque individu peut contracter mariage avec une seule personne. La validité de la seconde union célébrée à l'étranger est donc susceptible de ne pas être admise en raison de sa contrariété à un principe essentiel de l'ordre juridique du for. Si les juges français considèrent que la protection de la conception monogamique du mariage s'oppose à la reconnaissance d'un mariage polygynique²⁰²⁶, une seule femme aura le statut d'épouse. Cela implique qu'en France cette dernière bénéficiera d'un traitement différent par rapport à tout autre individu, puisqu'aucun autre individu ne pourra avoir le même statut au regard du mariage avec le même homme. Par conséquent, tout questionnement concernant une éventuelle exigence substantielle d'identité de traitement de la première et de la seconde épouse concernant la reconnaissance des effets du mariage est, d'emblée, exclu.

949. Par contraste, et comme nous le verrons plus amplement par la suite, en Italie le contrôle de la validité d'un mariage ne permet pas de déclencher l'exception d'ordre public pour refuser qu'il produise des effets sur le territoire italien lorsque cette question se pose à titre préalable. En effet, l'admission de la validité de la situation à titre préalable ne conduit pas, dans l'optique italienne, à une contrariété *in concreto* à l'ordre public international²⁰²⁷. Ainsi, en principe²⁰²⁸, les juges italiens ne refuseront pas d'admettre la validité d'un mariage en raison de sa contrariété à l'ordre public international lorsque la question se pose à titre préalable.

950. Les effets du mariage putatif. Une reconnaissance des effets du mariage polygamique dictée par l'équité et non par l'égalité. - Malgré le refus de reconnaître la validité de la seconde union, le droit français admet que l'épouse étrangère qui a pu

²⁰²⁵ Art. 147 Cod. civ. fr.

²⁰²⁶ Rappelons que cette expression renvoie aux unions d'un homme avec plusieurs femmes, par opposition au mariage polyandrique qui renvoie à l'union d'une femme avec plusieurs hommes. V. *supra*, § 894.

²⁰²⁷ V. *infra*, § 1157.

²⁰²⁸ V. les tempéraments possibles *infra*, §§ 1069-1072.

raisonnablement croire en la validité de son mariage bénéficie des effets du mariage putatif²⁰²⁹. Le jeu de la putativité a d'ailleurs été admis par la Cour de cassation française relativement à la femme polygame dont le mariage n'a pas été reconnu²⁰³⁰. Or, il convient de souligner que, lorsque certains effets du mariage au profit de cette épouse sont reconnus par le jeu de la putativité, le principe commandant cette solution n'est pas l'égalité, mais l'équité. Comme le soulignent Monsieur FADLALLAH et Madame TEXIDOR, « dès qu'il est déclaré, le mariage putatif cesse d'être un mariage, ce qui le distingue de la reconnaissance »²⁰³¹. La seconde femme n'ayant pas le statut d'épouse aux yeux de l'ordre juridique français, elle ne pourra pas être considérée comme se trouvant dans une situation comparable à celle de la première épouse. Le fait que la seconde épouse ait pu raisonnablement croire en la validité de son mariage n'est pas susceptible de modifier ce défaut de statut dans l'ordre juridique du for. C'est donc l'équité qui commande cette solution.

Cela n'exclut cependant pas que l'ordre juridique du for considère qu'il convient de déroger à l'exigence de différence de traitement de l'*épouse unique* par rapport à tout autre individu, et notamment la deuxième femme, relativement à la reconnaissance des droits découlant du statut d'épouse. Lorsque la putativité du second mariage est reconnue, les droits réservés à la première épouse peuvent alors être également reconnus à la seconde, en dérogeant à l'exigence de différence de traitement, notamment au nom de l'équité. Tel est en effet le principe qui a justifié en premier lieu la création de ce mécanisme juridique²⁰³².



951. Il découle de ce qui précède qu'aucune exigence substantielle d'identité de traitement des deux épouses polygames ne peut être définie tant que la validité de la seconde union n'est pas admise. L'identité de traitement qui pourrait résulter du jeu de la putativité du mariage au bénéfice de la seconde femme ne serait, de même, pas dictée par des considérations d'égalité, mais d'équité.

952. Il convient de souligner néanmoins que les juges français ont souvent admis la validité

²⁰²⁹ V. Cass. fr., Civ. 2^e, 12 mars 2009, n° 08-10974 ; Cass. fr. Civ. 1^e, 24 septembre 2002, n° 00-15789, *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 271, note B. Bourdelois, *D.*, 2003, p. 1935, obs. J.-J. Lemouland, *RTD civ.*, 2003, p. 62, obs. J. Hauser, *AJ fam.*, 2002, p. 384, obs. S. D.-B.

²⁰³⁰ CA Paris, 7 février 2002, *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 733 ; CA Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996, p. 156, n. F. Boulanger.

²⁰³¹ I. FADLALLAH, C. TEXIDOR, « Polygamie », *Rép. dr. int.*, actualisé en mars 2013, § 32.

²⁰³² H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 2, 7^e éd., 1983, LGDJ, Paris, n° 429, note n° 3 ; P. FRANCESKAKIS, « Droit naturel et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Droit international privé et public*, t. 1, p. 151, § 33 ; I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé : le domaine de la loi applicable aux effets du mariage*, Dalloz, Paris, 1977, § 52 et s.

des mariages polygamiques conclus à l'étranger, en faisant notamment jouer l'effet atténué de l'ordre public²⁰³³. Dans ce cas, deux femmes seront qualifiées d'épouses. À partir de là, le contenu de l'égalité dont le respect sera exigé dépendra de la méthode de contrôle, et notamment du choix de dissocier ou de ne pas dissocier le contrôle de la validité du contrôle des effets de l'union.

b) Le choix de dissocier ou non le contrôle de la validité du mariage polygamique de celui des effets

953. Si la validité du second mariage est admise par l'ordre juridique du for, le principe d'interdiction des traitements arbitraires découlant de toute consécration du principe d'égalité, y compris du principe d'égalité devant la loi pris dans son acception restrictive²⁰³⁴, impose de considérer que la première et la seconde épouse se trouvent dans des situations analogues. Cette analyse implique cependant de devoir traiter les deux épouses de manière identique uniquement si le contrôle des effets de l'union n'est pas dissocié du contrôle concernant sa validité **(i)**. Si en revanche les juges dissocient l'analyse de la validité de l'union de celle de ses effets, ils devront décider s'il est nécessaire de reconnaître les mêmes droits aux deux épouses, en fonction des exigences substantielles d'égalité qui sont définies en droit interne relativement à l'effet du mariage en cause **(ii)**. Le choix entre ces deux méthodes de résolutions du litige privé international influence ainsi le résultat du contrôle d'égalité.

i) L'hypothèse de la non-dissociation du contrôle

954. Le choix de ne pas dissocier les effets de l'union de sa validité implique que l'union produira des effets dans l'ordre juridique du for à la seule condition que sa validité soit admise²⁰³⁵. Or, les juges français acceptent de reconnaître la validité des mariages polygamiques célébrés à l'étranger lorsqu'ils sont considérés comme valables en application des lois désignées par l'article 202-1 alinéa 1^{er} du Code civil français, et notamment de la loi personnelle de chaque époux. La contrariété de ces unions à la conception monogamique du mariage est en effet contrée par le jeu de l'effet atténué de l'ordre public qui amène à faire

²⁰³³ V., e.a., Cass. fr., Civ., 28 janvier 1958, *Chemouni*, D. 1958, p. 265, n. R. Lenoan, *JCP*, 1958, II, 10488, n. P. Louis-Lucas, *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 110, n. R. Jambu-Merlin, *JDI*, 1958, p. 776, n. A. Ponsard, *GADIP*, préc., n° 30 ; Cass. fr., Civ., 3 janvier 1980, *Beneddouché*, *GADIP*, préc. n° 61, p. 357 s., *Rev. crit.*, 1980, p. 331, n. H. Batiffol, *JDI*, 1980, p. 327, n. M. Simon-Depitre ; *D.*, 1980, p. 549, n. Poisson-Drocourt.

²⁰³⁴ V. *supra*, § 64.

²⁰³⁵ Il s'agit là du choix méthodologique souhaité par certain, afin que le mariage reconnu ne soit pas une coquille vide. En ce sens, v. H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, p. 502 ; I. FADLALLAH, note ss. TGI Paris, 17 juin 1972, *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 62 et s., spéc. p. 71.

réagir l'ordre juridique du for de manière moins intense à l'égard d'une demande de reconnaissance d'une situation valablement créée à l'étranger que d'une demande de création d'une situation juridique dans le for²⁰³⁶.

955. Une exigence d'identité de traitement dictée par l'interdiction de traitements arbitraires. - Si les juges ne dissocient pas le contrôle des effets de l'union de celui de sa validité, à partir du moment où deux femmes sont qualifiées d'épouses d'un même homme, le respect de l'interdiction des traitements arbitraires requiert en principe que celles-ci soient traitées de manière identique²⁰³⁷. Rappelons que, dans la première partie de la présente étude, il a pu être exposé que l'exigence posée *a minima* par toute consécration d'une disposition d'égalité, y compris du seul principe d'égalité devant la loi pris dans son acception restrictive, est celle de l'égalité intracatégorielle, qui correspond à l'interdiction des traitements arbitraires. À partir du moment où deux situations reçoivent la même qualification elles sont analogues. Il n'est donc pas nécessaire de s'interroger sur leur comparabilité afin de savoir de quel traitement elles devront faire l'objet²⁰³⁸. Il n'est donc pas possible de différencier le traitement de ces situations sous peine de caractériser un traitement arbitraire.

956. Ainsi, lorsque la seconde union est bien qualifiée de mariage et considérée comme valable, l'interdiction des traitements arbitraires empêche en principe d'introduire une différence entre les individus appartenant à la même catégorie juridique et, *a fortiori*, les individus juridiquement qualifiés de la même manière. En effet, l'ordre juridique du for consacre le droit au mariage monogamique. La reconnaissance d'un mariage polygamique implique ainsi d'*assimiler* ce mariage au mariage de droit français. À partir de là, la comparabilité des situations étant établie, une exigence d'identité de traitement se pose, et empêche notamment de distinguer entre l'épouse de droit français et l'épouse polygamique. Dès lors, lorsque les juges ne dissocient pas la décision concernant les effets de l'union de la décision relative à sa validité, les droits subjectifs attachés au statut d'épouse devront être reconnus aussi bien à la première qu'à la seconde épouse. L'application des techniques

²⁰³⁶ Cass. fr., Civ., 28 janvier 1958, *Chemouni*, D. 1958, p. 265, n. R. Lenoan, JCP, 1958, II, 10488, n. P. Louis-Lucas, Rev. crit. DIP, 1958, p. 110, n. R. Jambu-Merlin, JDI, 1958, p. 776, n. A. Ponsard, GADIP, préc., n° 30 ; Cass. fr., Civ., 3 janvier 1980, *Beneddouch*, GADIP, préc. n° 61, p. 357 s., Rev. crit., 1980, p. 331, n. H. Batiffol, JDI, 1980, p. 327, n. M. Simon-Depitre ; D., 1980, p. 549, n. Poisson-Drocourt ; Cass. fr., Civ. 1^{re}, 17 février 1982, *Baaziz*, Rev. crit. DIP, 1983, p. 275, n. Y. Lequette.

²⁰³⁷ V. en ce sens H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, op. cit., p. 498 qui souligne qu'« [e]n reconnaissant à la seconde épouse la qualité d'héritière, le juge français ne fait que tirer les conséquences de la reconnaissance même du second mariage, laquelle ne nécessite qu'une équivalence générique entre la situation étrangère et l'institution du for ».

²⁰³⁸ V. *supra*, § 64.

d'adaptation viendra ensuite dicter les modalités d'attribution de ce droit, qui pourra être partagé entre les deux ou bien garanti à chaque épouse de manière cumulative²⁰³⁹.

957. **Une exigence substantielle d'identité de traitement découlant du jeu de l'effet atténué de l'ordre public.** - Il convient de souligner que cette exigence d'identité de traitement présente la particularité de ne pas être définie en droit interne, mais de dériver de l'application de l'effet atténué de l'ordre public, là où le respect de la conception monogamique du mariage aurait en principe conduit à en refuser la reconnaissance. En effet, ce n'est pas le législateur qui a accepté de qualifier plusieurs femmes comme les épouses d'un même homme. La possibilité de reconnaître ce statut familial à la seconde épouse et de lui garantir les prérogatives qui en découlent dérive en revanche du jeu de mécanismes permettant d'avoir une tolérance envers des situations étrangères inconnues dans le for. Inversement, la théorie de la non-dissociation peut conduire à refuser d'admettre l'équivalence entre le mariage polygamique et le mariage monogamique lorsque la reconnaissance de la validité est subordonnée à la reconnaissance des effets. Madame MUIR WATT met ainsi en avant la possibilité de ne pas reconnaître le mariage polygamique lorsqu'il est question du respect du devoir de fidélité et de cohabitation²⁰⁴⁰.

958. Le jeu de l'effet atténué de l'ordre public est donc susceptible de conduire les juges à imposer le respect d'une exigence substantielle d'égalité différente de celle que définit le droit interne. Tel est notamment le cas lorsque la prérogative découlant du mariage devrait être reconnue à une seule épouse.

959. Des exemples d'application de la théorie de l'indissociabilité de la décision concernant les effets et la validité du mariage polygamique sont fournis par les juges de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui, à partir d'un arrêt rendu le 9 octobre 2014²⁰⁴¹, ont

²⁰³⁹ V. les références jurisprudentielles citées supra en note n° 2036. Concernant la théorie de l'adaptation v. F. RIGAUX, « La théorie des qualifications en droit international privé », Larcier, Durand-Auzias, Bruxelles, Paris, 1956, § 257. Au sujet de la mise en œuvre des techniques d'adaptation relativement aux effets du mariage polygamique v. I. FADLALLAH, note ss. TGI Paris, 17 juin 1972, *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 62 ; J.-M. BISCHOFF, « Le mariage polygamique en droit international privé », *TCFDIP*, 1980-1981, t. 2, pp. 91-116, et spéc. pp. 100-101 ; H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, op. cit., p. 494 et s. Concernant la distinction des domaines respectifs de l'exception d'ordre public et du jeu de l'adaptation, v. P. LAGARDE, « Recherches sur l'ordre public en droit international privé », LGDJ, Paris, 1959, pp. 238-239. Pour la relation unissant la méthode de l'adaptation et la protection des conceptions de la justice conflictuelle et matérielle, v. H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, op. cit., p. 488 et s. Pour une proposition de l'application des techniques d'adaptation en tant qu'alternative au recours à l'ordre public international, v. M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, op. cit., pp. 344-366.

²⁰⁴⁰ H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, op. cit., pp. 501-502.

²⁰⁴¹ Plus exactement, cette voie a été ouverte peu de temps auparavant par la Cour d'appel de Riom (CA Riom, 16 avril 2013). La solution retenue par la Cour d'appel sera reprise, dans le cadre de cette affaire par la Cour de cassation dans les arrêts Cass. fr., Civ. 2^e, 12 février 2015, n° 13-19751, *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2015, p. 621, n. E.

considéré qu'il n'était pas possible d'opposer l'exception d'ordre public aux effets d'un mariage tant que celui-ci n'a pas été annulé.

960. Cette théorie est également celle que préconise le droit international privé italien, notamment en ce qui concerne la vérification de la conformité de la situation à l'ordre public. Rappelons en effet que la doctrine italienne, à la différence de la doctrine française, s'est posé la question de savoir si l'exception d'ordre public avait vocation à jouer²⁰⁴². Dans la mesure où tel n'est le cas que si la décision étrangère produit *des effets* contraires aux valeurs essentielles italiennes²⁰⁴³, les auteurs doutent que l'admission de la validité d'une situation inconnue du droit national au titre de la question préalable puisse produire un tel résultat²⁰⁴⁴. Ils soulignent que « les auteurs qui se sont occupés de cette question l'ont exclu en raison du fait que la question, demeurant préliminaire, resterait – pour ainsi dire – en arrière-plan et que la loi applicable ne produirait pas des effets directs dans notre ordre juridique. Ces effets ne seraient pas contraires à l'ordre public à la suite d'un contrôle *in concreto* »²⁰⁴⁵. L'exception d'ordre public peut donc jouer uniquement à l'encontre des effets que la situation produirait dans l'ordre juridique du for et non à l'encontre de sa validité au titre des questions préalables.

961. Aussi bien les juges français que les juges italiens ont cependant parfois opté pour la théorie de la dissociation du contrôle sur la validité, ce qui amène à définir autrement les exigences substantielles d'égalité qui s'imposent.

ii) L'hypothèse de la dissociation du contrôle

962. Lorsque le contrôle de la validité et le contrôle des effets du mariage sont dissociés, une fois la validité du second mariage admise, une question distincte se pose concernant les effets que l'union pourra produire dans le for. Lorsque ce choix est opéré, il est alors nécessaire de déterminer quelles exigences substantielles d'égalité pose l'ordre juridique du for relativement à chaque prérogative découlant du mariage. Cela permettra de savoir si le droit interne impose

Ralser ; 5 novembre 2015, n° 14-25565, *JDI*, 2016, 7, n. M. Farge, *JDI*, 2016, p. 554 n. P. Murat ; 20 décembre 2018, n° 17-27987, *JCP*, 2019, doctr. 215, obs. M. Lamarche, qui viendront confirmer la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt Cass. fr., Civ. 2^e, 9 octobre 2014, n° 13-22499.

²⁰⁴² V. *supra*, § 908.

²⁰⁴³ V. notamment art. 64, g), loi it. n° 218/1995.

²⁰⁴⁴ Cette position doctrinale est relatée par F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 229.

²⁰⁴⁵ T.d.A., F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 229 : « gli autori che hanno affrontato il problema lo hanno escluso, in ragione del fatto che la questione, in quanto appunto preliminare, resterebbe – per così dire – sullo sfondo, e la legge ad essa applicabile non esplicherebbe effetti diretti nel nostro ordinamento e dunque *in concreto* contrari all'ordine pubblico ».

de traiter la seconde épouse de manière identique ou de manière différente par rapport à la première.

963. Nous avons déjà exposé que l'exclusivité d'un droit pour le conjoint d'un individu définit une exigence de différence de traitement relativement à la prérogative en cause. En effet, le conjoint, du fait de son statut, fera l'objet d'un traitement différent par rapport à tout autre individu. Il sera, en effet, le seul conjoint d'une personne donnée et il pourra seul se voir attribuer la prérogative en cause²⁰⁴⁶. Or, lorsque le droit interne définit une exigence de différence de traitement, le juge peut être amené à considérer comme opportun de dissocier l'analyse de la validité de l'union et l'analyse des effets que l'ordre juridique du for acceptera de faire produire à cette dernière. Cette technique permet en effet aux juges d'imposer le respect des exigences de différence de traitement définies en droit interne en dépit du fait que la seconde union a été considérée comme valable et que la seconde femme a été, elle aussi, qualifiée d'épouse.

964. Il en résulte que lorsque les deux contrôles ne sont pas dissociés, l'exigence substantielle d'identité de traitement relativement aux effets découlera de la simple reconnaissance de la validité de l'union. En revanche, lorsque les deux contrôles sont dissociés, deux conditions doivent être respectées pour que la seconde épouse doive être traitée de manière identique par rapport à la première. Il est nécessaire que la validité de l'union soit admise et, de plus, que le droit interne ne prévoie pas une différence de traitement entre l'épouse unique et tout autre individu relativement à l'attribution de la prérogative en cause.

Alternativement, une dérogation à l'exigence de différence de traitement entre la première épouse et, en particulier, la seconde épouse pourra être admise. Les juges peuvent choisir la solution de la tolérance et, en application des techniques d'adaptation, partager entre les épouses le droit que l'ordre juridique du for aurait réservé à la première, notamment au nom de l'équité. C'est d'ailleurs à travers ce procédé que les juges ont accepté de reconnaître aussi bien à la première qu'à la seconde épouse les droits successoraux²⁰⁴⁷, ainsi que la contribution de l'époux aux charges du (des) mariage(s)²⁰⁴⁸.



965. Cette analyse permet ainsi de comprendre que le mariage aura plus de chances de produire

²⁰⁴⁶ V. *supra*, § 918.

²⁰⁴⁷ Cass. fr., Civ., 3 janvier 1980, *Beneddouché*, préc.,

²⁰⁴⁸ Cass. fr., Civ., 28 janvier 1958, *Chemouni*, *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 110, n. F. Jambu-Merlin, *JCP*, 1958.II.10488, n. P. Louis-Lucas, *JDI*, 1958, p. 776, n. A. Ponsard.

des effets dans l'ordre juridique du for en cas de non-dissociation du contrôle de la validité et de celui de ses effets.

966. À la lumière de cette définition des contenus de l'égalité selon que les juges choisissent de dissocier ou non le contrôle de la validité et le contrôle des effets du mariage polygamique, il est nécessaire de proposer une relecture de la jurisprudence *Baaziz II*. Une incohérence peut en effet être mise en lumière entre l'exigence substantielle d'égalité dont le respect s'imposait en l'espèce et la solution retenue par les juges.

2) La nécessaire relecture de la jurisprudence relative au partage de la pension de réversion entre épouses polygames

967. Dans l'arrêt *Baaziz II*²⁰⁴⁹, ainsi que dans l'arrêt rendu le 1^{er} décembre 2011²⁰⁵⁰, les juges ont appliqué la théorie de la dissociabilité du contrôle de la validité et des effets du mariage. Malgré l'admission de la validité de l'union, ils ont refusé de reconnaître le droit à la pension de réversion²⁰⁵¹ à la seconde épouse algérienne puisque cela aurait lésé les droits de la première épouse française.

968. Or, nous avons vu que cette solution peut être considérée comme opportune dès lors que le droit interne définit une exigence de différence de traitement de l'épouse unique par rapport à tout autre individu. Dans la jurisprudence *Baaziz II*, les juges ont ainsi statué comme si la loi française réservait le droit à la pension de réversion au conjoint du défunt. Dans l'arrêt du 1^{er} décembre 2011, ils ont d'ailleurs considéré que « sans discrimination, ni atteinte au principe d'égalité, [...] la conception française de l'ordre public international s'oppos[e] à ce que le mariage polygamique contracté en Algérie par celui qui savait être encore l'époux d'une Française, produise des effets en France »²⁰⁵². À cette occasion, la Cour de cassation a en effet confirmé que la différence de traitement entre la première épouse française et la seconde épouse algérienne, découlant de l'application de l'ordre public de proximité, ne caractérisait pas une discrimination et ne violait pas le principe d'égalité.

969. Il convient cependant de montrer que le droit français n'attache pas à la garantie du droit à la pension de réversion une exigence de différence de traitement. La jurisprudence *Baaziz II*

²⁰⁴⁹ Cass. fr., Civ. 1^e, 6 juillet 1988, *Baaziz II*, *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1989, pp. 71-81, n. Y. Lequette.

²⁰⁵⁰ Civ. 2^e, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27864, *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, p. 339, n. P. Lagarde.

²⁰⁵¹ Dans l'arrêt *Baaziz II* il était plus exactement question d'une demande de rente de conjoint survivant.

²⁰⁵² Cass. fr., Civ. 2^e, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27864, *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, p. 339, n. P. Lagarde.

mérite ainsi d'être critiquée en raison de sa non-conformité aux contenus de l'égalité définis en droit interne par l'ordre juridique français **(a)**. La jurisprudence initiée par l'arrêt du 9 octobre 2014 de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation²⁰⁵³ laisse cependant entrevoir²⁰⁵⁴ l'abandon de la solution précédente, ce qui mérite ainsi d'être salué **(b)**.

a) L'incohérence de la jurisprudence Baaziz II par rapport aux exigences françaises d'égalité

970. **La critique de la discrimination en raison de la nationalité.** - La jurisprudence *Baaziz II* a été critiquée par une partie de la doctrine, non seulement pour sa dureté²⁰⁵⁵, mais également en raison de la discrimination fondée sur la nationalité qu'elle mettait en œuvre²⁰⁵⁶. La Cour de cassation française a en effet, à deux reprises, et à vingt-trois ans d'écart, refusé de partager la pension de réversion entre les deux épouses polygamiques lorsque l'une d'entre elles était française. Les juges ont en effet refusé que l'épouse française soit privée d'une partie de ses droits en raison du remariage de son conjoint. Les juges ont donc subordonné le déclenchement de l'ordre public de proximité à la nationalité des intéressées. Cette critique échappe à notre champ de recherche. Elle mérite néanmoins d'être prise en compte puisqu'une femme qualifiée d'épouse par l'ordre juridique du for devrait en principe se voir garantir les prérogatives attachées à ce statut. Ce principe couvre également la femme polygame, à partir du moment où la validité de son mariage n'est pas contestée et dans les limites que nous aurons l'occasion

²⁰⁵³ La voie avait cependant été ouverte par les juges du fond. V. *supra*, note n° 2041. Les arrêts Cass. fr., Civ. 2^e, 12 février 2015, n° 13-19751 *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2015, p. 621, n. E. Ralser ; 5 novembre 2015, n° 14-25565, *JDI*, 2016, 7, n. M. Farge, *JDI*, 2016, p. 554 n. P. Murat ; 20 décembre 2018, n° 17-27987, *JCP*, 2019, doctr. 215, obs. M. Lamarche, viendront confirmer la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt Cass. fr., Civ. 2^e, 9 octobre 2014, n° 13-22499.

²⁰⁵⁴ Le doute concernant l'abandon de la jurisprudence *Baaziz II* mérite d'être conservé. Monsieur FARGE souligne en effet que les trois arrêts (v. note précédente, n° 2053) consacrant la nouvelle solution n'ont pas été publiés, ce qui, dans l'opinion de l'auteur, est un indice de l'impossibilité de définir en la matière une ligne directrice. V. M. FARGE, note ss. Cass. fr., Civ. 2^e, 5 novembre 2015, n° 14-25565, *JDI*, n° 2, 2016, 7, point 1.

²⁰⁵⁵ P. LAGARDE, « Refus d'une pension de réversion opposé à la seconde épouse d'un étranger polygame », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, pp. 339-343.

²⁰⁵⁶ H. GAUDEMET-TALLON, note ss. Cass. fr., Civ. 1^e, 10 juillet 1979, *Rev. crit. DIP*, 1980, p. 91 ; K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, op. cit., pp. 208-209 ; D. BODEN, *L'ordre public, limite et condition de la tolérance*, dactyl., th. Univ. Paris 1 Panthéon - Sorbonne, 2002, pp. 696-804 ; D. ALEXANDRE, note ss. CA Paris, 11 juillet 1978, *JDI*, 1979, p. 601 ; S. GODECHOT-PATRIS, « Analyse genrée du droit des successions. Étude de droit interne et de droit international privé », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, op. cit., pp. 377-392, et spéc. p. 391. *Contra*, P. LAGARDE, « Ordre public », op. cit., §§ 30 et 35. L'auteur considère que la discrimination ne peut être caractérisée dans la mesure où l'on admet la nationalité en tant que critère de rattachement principal du statut personnel. Il en va autrement lorsque le droit en cause est un droit fondamental. Sa garantie devrait, dans ce cas, avoir lieu sans discrimination (*idem.*, § 35). En suivant la logique de Monsieur LAGARDE le critère de la nationalité employé dans la jurisprudence *Baaziz II* serait sanctionnable uniquement à la condition que le droit à la pension de réversion soit considéré comme fondamental.

d'exposer. Le refus de garantir ces prérogatives à la femme polygame lorsque la première épouse était française introduisait donc une exception. Celle-ci n'était pas finalisée à modifier les droits attachés à la qualité d'époux, c'est pourquoi elle dépasse notre terrain d'analyse. Elle était en revanche finalisée à protéger les droits des ressortissants du for, indépendamment du fait que cela passe par l'admission d'une différence de traitement fondée sur la nationalité²⁰⁵⁷.

971. **La critique du type de contrôle opéré.** - Une autre critique mérite toutefois d'être ajoutée à celles-ci. Les juges ont en effet décidé de dissocier le contrôle de la validité du contrôle des effets du mariage. Cela signifie que les exigences substantielles d'égalité dont le respect s'imposait étaient celles que l'ordre juridique du for définissait relativement à la prérogative en cause, à savoir, la pension de réversion.

972. Or, le contenu de l'égalité que le droit français définit à cet égard mérite d'être précisé. Dans la jurisprudence *Baaziz II*, les juges ont en effet statué comme s'il s'agissait d'une exigence de différence de traitement. Néanmoins, et contrairement à la plupart des droits découlant du mariage, ce dernier ne définit pas une exigence substantielle de différence de traitement entre la première et la seconde épouse, mais d'identité de traitement entre les deux.

973. **L'exigence substantielle d'identité de traitement des épouses attachée à la reconnaissance du droit à la pension de réversion.** - Le droit à la pension de réversion diffère des autres prérogatives reconnues au conjoint par la loi française. Cette prérogative n'est en effet pas réservée à celui ou celle qui était le conjoint du défunt le jour du décès. L'article L. 353-3 alinéa 2 du Code de la sécurité sociale prévoit en effet le partage de la pension entre les conjoints successifs qu'a eu le défunt au cours de sa vie au prorata de la durée respective de chaque mariage. Cette disposition implique ainsi de considérer que toutes les femmes qui ont été les épouses du défunt se trouvent dans une situation comparable relativement à la reconnaissance de ce droit.

974. Cette analyse conduit à douter que la décision, dans la jurisprudence *Baaziz II*, refusant le droit à la pension de réversion à la seconde épouse polygame soit conforme aux exigences substantielles d'égalité définies en droit interne. L'épouse française ne pouvait en effet pas légitimement considérer qu'elle aurait dû bénéficier seule du droit à la pension de réversion, puisque le droit interne lui-même prévoit la possibilité de diminuer le droit du conjoint survivant

²⁰⁵⁷ Pour aller plus loin v. les références citées en note n° 2056. V. également I. FADLALLAH, C. TEXIDOR, « Polygamie », *Rép. dr. int.*, actualisé en mars 2013, § 38 ; I. BARRIÈRE BROUSSE, « Mariage. – Effets », fasc. n° 40, *JCl. Cod. civ.*, actualisé en mai 2016, §§ 97-98.

en le partageant avec d'autres individus. Tel est notamment le cas des ex-conjoints qui sont également qualifiés de conjoints survivants aux fins de la reconnaissance de ce droit.

975. La comparabilité des épouses polygames aux épouses successives d'un même homme. - Néanmoins, le refus de partager la pension de réversion aurait pu se justifier en considérant que la situation de deux épouses successives d'un même homme n'est pas assimilable à la situation de deux femmes qui ont été les épouses d'un même homme au même moment. Cette analyse correspond effectivement à la conception du droit français qui permet le remariage, mais interdit la polygamie. Cette analyse n'est cependant pas celle que les juges ont opérée. La deuxième chambre civile a en effet déjà eu l'occasion de rejeter un pourvoi arguant que les épouses polygames ne pouvaient pas être assimilées aux épouses successives²⁰⁵⁸. De plus, si l'assimilation avait été exclue par les juges, le partage de la pension de réversion entre épouses polygames n'aurait jamais été admis. Au contraire, les juges ont admis le partage lorsque les deux épouses étaient étrangères²⁰⁵⁹. Les juges ont donc accepté d'assimiler les épouses polygames aux épouses successives. Dès lors, il paraît peu probable que dans la jurisprudence *Baaziz II*, le refus de partage ait été motivé par le refus d'assimiler ces catégories d'épouses.

976. Soulignons que c'est précisément à cette comparabilité que s'attaque le projet de loi confortant le respect des principes de la République²⁰⁶⁰. L'article 15 du projet propose en effet de modifier le Code de la santé publique afin d'introduire textuellement une différence entre le conjoint polygame et le conjoint divorcé. Il est proposé d'introduire un article L. 161-23-1 A qui empêche, sous réserve des engagements internationaux de la France, d'attribuer une pension de réversion à plusieurs conjoints polygames survivants. Le texte dispose qu'« en cas de pluralité de conjoints survivants, la pension de réversion est versée au conjoint survivant de l'assuré décédé dont le mariage a été contracté à la date la plus ancienne ».

L'alinéa 2 du même projet d'article garantit en revanche, à certaines conditions, la pension de réversion au conjoint divorcé.

La comparabilité entre les co-épouses polygames et divorcées admises par la jurisprudence serait ainsi exclue par la loi si le projet de loi devait être adoptée et, avec elle, l'exigence de

²⁰⁵⁸ Cass. fr., Civ. 2^e, 14 février 2007, n° 05-21816, np, *JDI*, 2007, p. 933, n. B. Bourdelois ; *Dr. fam.*, 2007, comm. 99, note A. Devers.

²⁰⁵⁹ V. Cass. fr., Soc., 5 mars 1992, n° 90-10575 ; Cass. fr., Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418 ; CA, Agen, 10 janvier 2006, n° 04/01045 ; Cass. fr., Civ. 2^e, 14 février 2007, n° 05-21816, *JDI*, 2007, p. 933, n. B. Bourdelois ; *Dr. fam.*, 2007, comm. 99, note A. Devers.

²⁰⁶⁰ Projet de loi fr. n° 3649 rectifié, déposé le 9 décembre 2020, *confortant le respect des principes de la République*.

traiter ces épouses de manière identique. Le texte semble néanmoins réserver la possibilité d'attribuer le mariage à des co-épouses polygames en cas de mariage putatif²⁰⁶¹.

977. **Une inégalité de traitement inappropriée.** - Il ressort d'ailleurs de l'arrêt que la volonté des juges était celle d'empêcher le partage lorsque la première épouse était française. Cet élément a en effet motivé le recours par la Cour de cassation à l'ordre public de proximité. Néanmoins, il n'est pas possible de considérer que cette protection était conforme aux exigences substantielles d'égalité définies en droit interne relativement à la reconnaissance du droit à la pension de réversion. Le fait de privilégier l'épouse française revenait en effet à ignorer l'égalité des épouses successives inscrite à l'article L. 353-3 alinéa 2 du Code de la sécurité sociale et étendue par la jurisprudence aux épouses polygames.

La volonté de ne pas diminuer les droits de la femme française affichée dans l'arrêt *Baaziz II* et dans l'arrêt de 2011 va en effet bien au-delà de ce que prévoit le droit interne. La prévision du partage de la pension de réversion entre tous les ex-conjoints du défunt impliquait, en effet, que l'individu qui était le conjoint du défunt au jour du décès, fût-il français ou étranger, ne pouvait pas prétendre que ce droit lui soit reconnu entièrement.



978. Le fait de refuser le partage de la pension de réversion entre deux épouses polygames lorsque la première épouse était française et la seconde était étrangère revenait, en conclusion, à assurer à la première plus de droits que ceux que le droit interne lui-même prévoyait. Cette jurisprudence pourrait cependant avoir été abandonnée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.

b) La jurisprudence postérieure : la conformité retrouvée

979. Une jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation initiée par l'arrêt du 9 octobre 2014²⁰⁶² a exclu la possibilité de faire jouer l'ordre public de proximité uniquement à l'encontre des effets du mariage polygamique en considérant qu'« en l'absence

²⁰⁶¹ Al. 3 du projet d'article L. 161-23-1 A CSP.

²⁰⁶² Cass. fr. Civ. 2^e, 9 octobre 2014, n° 13-20864. La voie avait cependant été ouverte par les juges du fond. V. *supra*, note n° 2041. Les arrêts Cass. fr., Civ. 2^e, 12 février 2015, n° 13-19751 *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2015, p. 621, n. E. Ralser ; 5 novembre 2015, n° 14-25565, *JDI*, 2016, 7, n. M. Farge, *JDI*, 2016, p. 554 n. P. Murat ; 20 décembre 2018, n° 17-27987, *JCP*, 2019, doctr. 215, obs. M. Lamarche, viendront confirmer la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt Cass. fr., Civ. 2^e, 9 octobre 2014, n° 13-22499.

d'annulation de ce mariage la veuve avait la qualité de conjoint survivant »²⁰⁶³.

980. La Cour n'a ainsi pas explicitement exclu que la protection de l'épouse française légitimât de refuser le droit à la pension de réversion à la seconde épouse. En ce sens, il ne s'agit pas d'un revirement par rapport à l'arrêt de 2011 qui avait également été rendu par la deuxième chambre civile²⁰⁶⁴. En 2014 celle-ci a en revanche sans doute opté pour la théorie de l'indissociabilité entre la décision concernant la validité et la décision concernant les effets du mariage²⁰⁶⁵.

981. Dans cette dernière affaire²⁰⁶⁶, le mariage n'ayant pas été annulé, il était uniquement question de se prononcer sur les effets de celui-ci, en application notamment du droit français. Telle est la raison qui explique que l'arrêt a été rendu sur le fondement de l'article L. 353-1 du Code de la sécurité sociale, consacrant le droit à la pension de réversion du conjoint survivant. Cette disposition a ainsi été appliquée par les juges de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en adaptant la notion de conjoint survivant et en y englobant notamment les épouses polygames. Cette solution avait d'ailleurs déjà été adoptée par la même chambre dans l'arrêt du 14 février 2007²⁰⁶⁷. À cette occasion, le partage de ce droit avait été admis entre deux épouses étrangères, ce qui a conduit à mettre en lumière que la différence de traitement par ailleurs introduite entre la première et la seconde épouse par la première chambre civile était bien fondée sur la nationalité.

982. En subordonnant à la seule validité de l'union la reconnaissance du droit à la pension de réversion à la seconde épouse, la Cour de cassation adopte ainsi une solution conforme aux exigences substantielles d'égalité définies en droit interne relativement à cette prérogative. En effet, l'égalité entre les différentes épouses étant prévue à ce niveau, seul le refus de reconnaître la validité de la seconde union pouvait justifier le refus de la pension à la seconde épouse. Néanmoins, cette dernière option risquerait à son tour de ne pas produire les effets escomptés, en raison du possible jeu de la putativité.

²⁰⁶³ V. déjà en ce sens Cass. fr., Civ. 2^e, 16 septembre 2003, n° 02-30224, Bull. civ. II, n° 268 ; *RTD civ.*, 2004, p. 67, obs. J. Hauser, *Dr. fam.*, 2004, comm. 115, note P. Fadeuilhe. À cette occasion, la Cour avait souligné qu'« il importait de faire juger préalablement la question de la nullité du second mariage et de son éventuelle putativité à l'égard de cette épouse ». Dans le même sens, v. Cass. fr., Civ. 2^e, 12 mars 2009, n° 08-10974 ; 14 mars 2013, n° 11-27903.

²⁰⁶⁴ Cass. fr., Civ. 2^e, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27864, *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, p. 339, n. P. Lagarde.

²⁰⁶⁵ En ce sens, v. M. FARGE, note ss. Cass. fr., Civ. 2^e, 5 novembre 2015, n° 14-25565, *JDI*, n° 2, 2016, 7, point 7.

²⁰⁶⁶ Cass. fr. Civ. 2^e, 9 octobre 2014, n° 13-20864, préc.

²⁰⁶⁷ Cass. fr., Civ. 2^e, 14 février 2007, n° 05-21816, np, *JDI*, 2007, p. 933, n. B. Bourdelois ; *Dr. fam.*, 2007, comm. 99, note A. Devers.

983. Les effets du mariage putatif. Les faibles chances de réserver le droit à la pension de réversion à l'épouse française. - Il convient de remarquer que même si les juges de la première chambre civile durcissaient leur position dans le cadre de l'analyse de la validité de l'union, en faisant jouer l'effet plein de l'ordre public, cela ne permettrait que difficilement de réserver la pension de réversion à la seule épouse française. Il a déjà été exposé que les juges ont en effet également admis la possibilité de reconnaître à la seconde épouse de bonne foi le bénéfice du mariage putatif²⁰⁶⁸. Cela est possible dans la mesure où, si les juges font jouer l'exception d'ordre public, la loi étrangère applicable pour statuer sur la validité de l'union et qui admet la polygamie est évincée au profit de la loi française. Or, la loi applicable à la putativité du mariage est la loi qui a fixé les conditions de validité d'un acte²⁰⁶⁹. En cas de nullité pour cause de bigamie, la loi applicable à la putativité est par conséquent celle qui interdisait la bigamie et dont l'application a conduit à la nullité du mariage. Si la nullité du mariage est prononcée en raison de sa contrariété à l'ordre public international c'est donc la loi française qui est applicable à la putativité. Or, cette loi accorde à la seconde épouse le bénéfice du mariage putatif si elle était de bonne foi. Il en résulte alors que le droit à la pension de réversion pourrait être refusé à la seconde épouse uniquement si elle était de mauvaise foi. Il convient cependant de rappeler que, lorsque la putativité du mariage est établie, le partage de tout droit, y compris de la pension de réversion, entre la première et unique épouse reconnue dans l'ordre juridique français et la seconde épouse de bonne foi ne constitue pas une manifestation de la conception de l'égalité du for, mais une expression de l'équité²⁰⁷⁰.

²⁰⁶⁸ V. *supra*, § 950 et la jurisprudence citée en notes. V. également en ce sens Cass. fr., Soc. 9 novembre 1995, n° 94-10857, Bull. 1995 V, n° 296 ; Civ. 2^e, 16 septembre 2003, n° 02-30224, Bull. 2003 II n° 268. Cette possibilité amène d'ailleurs à un paradoxe mis en lumière par Monsieur LEQUETTE dans la mesure où les droits de la seconde épouse étaient mieux garantis si son mariage était déclaré nul plutôt que si les juges en admettaient la validité. V. Y. LEQUETTE, note ss. Cass. fr., Civ. 2^e, 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1989, pp. 71-81, spéc. pp. 80-81. Sur la possibilité de faire jouer les effets de la putativité du mariage v. également P. LAGARDE, « Refus d'une pension de réversion opposé à la seconde épouse d'un étranger polygame », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, pp. 339-343. Monsieur FARGE rappelle cependant que la doctrine a pu mettre en lumière de l'incompétence des juges français pour prononcer la nullité d'actes publics dressés à l'étranger (v. en ce sens P. LAGARDE, « Sur la vulnérabilité des situations », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, op. cit., p. 441 et s. spéc. p. 447 ; V. également P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., op. cit., n° 329). Monsieur FARGE souligne que si cette voie devait être suivie par la Cour de cassation comme elle l'a déjà fait à l'occasion de l'arrêt rendu le 6 mai 2009 (Cass. fr., Civ. 1^e, 6 mai 2009, *RTD. civ.*, 2009, p. 509, obs. J. Hauser, *D.*, 2009, p. 1416, obs. V. Egéa, *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 493, 3^e esp., note P. Lagarde), « [e]n raisonnant sur la question de la pension de réversion, la requalification de la sanction pourrait se retourner contre l'intérêt bien compris des secondes épouses dès lors qu'elle leur fermerait l'accès au mariage putatif » (M. FARGE, note ss. Cass. fr., Civ. 2^e, 5 novembre 2015, n° 14-25565, *JDI*, n° 2, 2016, n° 7, point 18).

²⁰⁶⁹ Cass. fr., Civ., 6 mars 1956, *Veuve Moreau c/ Dame Bazbaz*, *Rev. crit. DIP*, 1956, p. 305, n. Ph. Francescakis, *D.*, 1958, p. 709, n. H. Batiffol ; *JCP*, 1956. II. 9549, n. A. Weill ; *GADIP*, n° 28 ; B. AUDIT, « Nullité du mariage pour cause de bigamie et effets du mariage putatif. Régime matrimonial applicable et prestation compensatoire attribuée en cas de nullité du mariage », *D.*, n° 19, 1996, pp. 174- 260, spéc. p. 174.

²⁰⁷⁰ V. *supra*, § 950.



984. Il ressort de ce qui précède que le choix de ne pas dissocier le contrôle de la validité et des effets de la situation créée à l'étranger est susceptible de favoriser la continuité des situations par rapport à la dissociation de ces vérifications. Cette faveur résulte du fait qu'un seul contrôle, celui de la validité de l'union, sera opéré par les juges. La dissociation de ces contrôles requiert, de plus, de rechercher si le droit interne pose des exigences substantielles d'identité ou de différence de traitement relativement aux droits découlant du mariage. La dissociation diminue ainsi les chances que l'union produise des effets. Cela est d'autant plus probable que, relativement à la plupart des droits découlant du mariage, les ordres juridiques adoptant une conception monogamique du mariage définissent des exigences substantielles de différence de traitement du conjoint unique par rapport à tout autre individu relativement aux prérogatives découlant de ce statut.

985. D'autres choix de méthodes de résolutions des litiges privés internationaux affectent également les chances qu'un contrôle d'égalité amène à la discontinuité des situations. Procédons à l'analyse du choix entre un contrôle de conformité de l'ordre public ou d'un droit fondamental à travers la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto* ou bien d'un contrôle *in abstracto*.

B) Le contrôle *in concreto*

986. Le recours au contrôle *in concreto* plutôt qu'au contrôle *in abstracto* implique que la norme étrangère est écartée si elle produit des effets contraires à l'ordre public du for. Cette condition est textuellement prévue par la loi italienne de réforme du droit international privé, laquelle, en ses articles 16, alinéa premier, et 64, lettre g), dispose que la loi étrangère est évincée et que le jugement étranger n'est pas reconnu si leur application dans l'ordre juridique du for produit des effets contraires à l'ordre public²⁰⁷¹. Cette exigence a également été étendue par la Cour de cassation italienne aux demandes de transcription des actes dressés par des autorités publiques étrangères²⁰⁷².

²⁰⁷¹ Art. 16, al. 1^{er} : « La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico », art. 64, g) : « le sue disposizioni [della sentenza straniera] non producono effetti contrari all'ordine pubblico ».

²⁰⁷² V. Cass. it., Civ. 1^{re}, 14 mai 2018, n° 11696, préc., point 13.1 « Selon l'orientation consolidée de cette Cour, le contrôle juridictionnel doit porter sur les effets qui peuvent se déployer dans notre ordre juridique en raison de la reconnaissance ou, en l'espèce, de la transcription de l'acte [...] ». (T.d.A.) V. également Cass. it., Civ. 1^{re}, 4 mai 2007, n° 10215, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2008, p. 214.

987. Concernant spécifiquement la nécessité de conformité de la norme étrangère à un contenu de l'égalité, le choix d'opérer un contrôle *in concreto* plutôt qu'*in abstracto* peut avoir pour conséquence de favoriser la continuité des situations y compris lorsqu'un contrôle d'égalité doit être opéré.

988. Le choix d'opérer un contrôle *in concreto* implique d'ajouter une condition supplémentaire pour que le juge du for considère que les exigences substantielles d'égalité ne sont respectées par rapport au contrôle *in abstracto* (1). Cela a notamment pour conséquence de diminuer le risque qu'un contrôle d'égalité conduise à refuser la reconnaissance d'un jugement étranger (2).

1) L'ajout d'une condition dans le contrôle d'égalité pour caractériser une violation *in concreto*

989. En France, le choix d'opérer un contrôle *in concreto* a été effectué au niveau jurisprudentiel. En Italie, en revanche, ce choix est expressément inscrit dans la loi de droit international privé²⁰⁷³, et ce, aussi bien relativement au contrôle de la conformité à l'ordre public de la loi étrangère désignée par les règles de conflit de lois²⁰⁷⁴, qu'au contrôle des actes établis et décisions rendues à l'étranger²⁰⁷⁵. Des exemples de contrôle du respect du principe d'égalité opéré *in abstracto*, pourront cependant être également fournis aussi bien relativement à la jurisprudence française qu'italienne.

990. Il convient de préciser que le contrôle *in abstracto* correspond au contrôle d'égalité en tant que tel. Dans ce cas, en effet, la violation du contenu de l'égalité du for est caractérisée, à moins qu'une dérogation ne soit admise, à partir du moment où la norme étrangère traite de manière différente des situations dont l'ordre juridique du for exige un traitement identique. Alternativement, la violation se caractérise lorsque la norme étrangère est incompatible avec la finalité poursuivie par l'ordre juridique du for à travers la prévision d'une différence de traitement.

La contrariété *in abstracto* de la norme étrangère aux exigences substantielles d'égalité du for se caractérise ainsi du fait même que la norme étrangère introduit un traitement incompatible avec un contenu de l'égalité du for pertinent en l'espèce.

²⁰⁷³ Loi it. n° 218 de 1995, préc.

²⁰⁷⁴ Art. 16 al. 1^{er}, loi it. n° 218/1995.

²⁰⁷⁵ Art. 64 à 66, loi it. n° 218/1995 et spéc. art. 64, g).

991. Une condition supplémentaire doit en revanche être remplie pour caractériser une violation concrète des exigences d'égalité du for. Il sera en effet nécessaire que la prérogative ait été concrètement refusée à l'individu en question. Un exemple en ce sens peut être tiré de la jurisprudence française et notamment de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 octobre 2013²⁰⁷⁶.

992. **L'exemple de l'arrêt du 23 octobre 2013 : l'absence de discrimination dans la reconnaissance du droit au don de consolation de l'épouse.** - Cet arrêt, que nous avons déjà eu l'occasion de présenter²⁰⁷⁷, concernait une demande de don de consolation de la part de l'épouse à la suite d'un divorce. Rappelons que le mari s'était pourvu en cassation en considérant que la disposition marocaine appliquée par les juges du fond était contraire au principe d'égalité des époux consacré à l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH. Ces derniers l'avaient en effet condamné au paiement de ce don à son épouse. Or, ce droit était garanti aux épouses par la loi marocaine, mais pas aux maris.

993. La confrontation abstraite de cette norme aux exigences substantielles d'égalité du for aurait amené à considérer que la loi marocaine introduisait une différence de traitement là où l'ordre juridique du for prévoyait une identité de traitement, et notamment l'identité des conséquences du divorce envers l'époux et envers l'épouse. Le contrôle abstrait d'égalité aurait ainsi abouti à constater une contrariété de la disposition marocaine avec le contenu de l'égalité du for pertinente en l'espèce.

994. La Cour de cassation française a cependant rejeté le pourvoi au terme d'un examen opéré *in concreto*. La Cour a en effet souligné que l'époux n'avait pas réclamé à son tour la condamnation de l'épouse au paiement du don de consolation. Le principe d'égalité des époux n'était donc pas violé *in concreto*, mais uniquement *in abstracto*, ce qui excluait une atteinte effective du principe d'égalité des époux. La Cour de cassation a donc posé ici une condition pour que la violation *in concreto* d'un contenu de l'égalité soit caractérisée. Elle a notamment exigé que la partie à laquelle une prérogative est refusée de manière discriminatoire par une norme étrangère ait effectivement réclamé le droit en cause. Faute de demande, la contrariété à l'exigence substantielle d'égalité se caractérise uniquement *in abstracto*.

995. Il s'ensuit que le choix d'opérer un contrôle *in concreto* implique de poser une condition supplémentaire à la caractérisation de la contrariété des normes étrangères aux contenus de

²⁰⁷⁶ Civ. 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 12-25919, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 247, n. F. Monéger.

²⁰⁷⁷ V. *supra*, § 881.

l'égalité du for par rapport au contrôle *in abstracto*. Si une violation *in concreto* est exigée, il est en effet nécessaire de rechercher si la prérogative que le droit étranger ne garantit pas d'une manière conforme aux contenus de l'égalité du for a été réclamée par la catégorie qui en est privée, et en l'espèce par le mari.

Or, il convient de souligner que, l'ajout de cette condition, et donc la mise en œuvre du contrôle *in concreto*, affecte le résultat en termes de continuité des situations. Lorsqu'il est notamment question de reconnaître un jugement étranger, l'ajout d'une condition pour que la reconnaissance puisse être refusée conduit à diminuer le risque que ce dernier ne soit pas reconnu dans l'ordre juridique du for au nom des contenus de l'égalité de ce dernier.



996. L'exigence d'une contrariété *in concreto* aux contenus de l'égalité conduit donc à favoriser la continuité des situations. L'analyse de la jurisprudence rendue en matière de répudiation précédemment présentée permet d'étayer ce propos.

2) L'influence sur le résultat en termes de continuité des situations : l'exemple des répudiations

997. Les juges français et, plus rarement les juges italiens, ont été confrontés à des demandes de reconnaissance de répudiations prononcées à l'étranger. Le fondement de l'égalité des époux a été employé pour refuser de reconnaître ces jugements en 1994²⁰⁷⁸ par la Cour de cassation française. Tel a été le cas en 1969 par la Cour de cassation italienne²⁰⁷⁹. En France, le fondement sur l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH consacrant le principe d'égalité des époux est devenu constant dans la jurisprudence française à partir des arrêts rendus le 17 février 2004²⁰⁸⁰. En Italie, bien que les juges du fond refusent globalement la reconnaissance des

²⁰⁷⁸ Cass. fr., Civ. 1^e, 1^{er} juin 1994, n° 92-13523, *D.*, 1995, p. 263, n. J. Massip, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 103, 2^e esp., n. J. Déprez, *GADIP*, n° 67-69.

²⁰⁷⁹ Cass. it., Civ. 1^e, 5 décembre 1969, n° 3881, *Il Foro it.*, 1970, I, p. 1977, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 868. L'épouse impliquée dans cette affaire était italienne. Déjà en ce sens CA Rome, 29 octobre 1948, *Foro pad.*, 1949, I, p. 348, n. Martino.

²⁰⁸⁰ V. les arrêts cités supra en note n° 1952.

répudiations²⁰⁸¹, le fondement des décisions qu'ils rendent en la matière est fluctuant²⁰⁸², et l'arrêt précité de la Cour de cassation italienne est le seul en matière de répudiation. Cela rend difficile une analyse systémique du contrôle opéré par les juges italiens et nous pousse à axer l'analyse autour de la jurisprudence française. Ce travail permet de comprendre que les juges du Quai de l'horloge ne fondent pas réellement le refus de reconnaissance des répudiations sur une exigence d'identité de traitement des époux, mais sur la nécessité que la demande de divorce soit motivée, ce qui est contrarié par le caractère discrétionnaire de ces décisions étrangères.

998. Le choix de la Cour de cassation française de se fonder sur cette exigence amène à croire que les juges recherchent un compromis entre la protection des principes essentiels de l'ordre juridique du for et la garantie de la continuité des situations. L'analyse qu'opère la Cour de cassation française la conduit en effet à caractériser une contrariété *in concreto* sur un principe essentiel autre que l'égalité. En revanche, seulement une contrariété *in abstracto* de ces jugements à cette dernière pourrait être caractérisée **(a)**. Le choix de se fonder fictivement sur le principe d'égalité là où en réalité le caractère discrétionnaire de la rupture est le véritable motif de refus de reconnaissance peut alors se justifier, au moins en apparence, par la volonté exacerbée de rechercher un compromis entre la protection des valeurs essentielles de l'ordre juridique du for et l'ouverture aux ordres juridiques étrangers à travers la mise en œuvre du contrôle *in concreto* **(b)**.

a) L'impossibilité pour l'épouse de répudier son époux : la violation abstraite du principe d'égalité

²⁰⁸¹ Cass. it., Civ. 1^e, 5 décembre 1969, n° 3881, préc. V. la lise des décisions exposée par P. VIRGADAMO, « Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi », *Dir. fam. pers.*, n° 2, 2017, pp. 353-364, spéc. p. 358, note n° 20. Il existe également des cas de reconnaissance (CA Brescia, 9 novembre 1973, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 306 ; CA Cagliari, 16 mai 2008, n° 198, *JDI*, p. 455, n. A. Marignani ; Trib. Varese, sent. 13 novembre 2012). La reconnaissance a également été envisagée par la Cour de cassation italienne (Cass. it., Civ. 1^e, ord., 1^{er} mars 2019, n° 6161, préc.), bien qu'elle ait finalement décidé dans cette affaire que les conditions de régularité internationales du jugement étranger n'étaient pas remplies (Cass. it., Civ. 1^e, 7 août 2020, n° 16804). V. A. S. MANCUSO, *La rilevanza civile del matrimonio degli acattolici*, Edizioni Nuova Cultura, Rome, 2013, pp. 222-230, résumant la jurisprudence italienne en matière de répudiation.

²⁰⁸² Ces arrêts reposent sur une pluralité de fondements de non-reconnaissance, parmi lesquels l'absence de garanties pécuniaires de l'épouse et des enfants (CA Turin, 9 mars 2006, *Dir. Fam. Pers.*, n° 1, 2007, p. 156, n. A. Sinagra), le caractère discrétionnaire de la rupture et le fait que seul le mari puisse répudier son épouse (Cass. it., Civ. 1^e, 5 décembre 1969, n. 3881, *Il Foro it.*, 1970, I, p. 1977, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 868 ; CA Rome, 9 juillet 1973, *Dir. fam. pers.*, 1974, n. C. Schwarzenberg, p. 653 ; CA Turin, 9 mars 2006, *Dir. fam., pers.*, 2007, p. 156, n. A. Sinagra) ou encore l'inégalité des époux (CA Rome, 29 octobre 1948, préc. ; Cass. it., Civ. 1^e, 5 décembre 1969, n. 3881, préc.), ou sur la dignité de la femme (CA Milan, 17 décembre 1991, préc. qui relève le caractère « humiliant » de la répudiation pour la personne qui la subit).

999. Les demandes de reconnaissance des répudiations prononcées à l'étranger soulèvent une question d'égalité de traitement. Seul l'époux peut en effet répudier son épouse et non l'inverse. Cependant, lorsque la Cour de cassation française sanctionne la non-conformité au principe d'égalité des époux, elle ne se fonde habituellement pas sur cette exigence substantielle d'égalité du for **(i)**. L'explication peut être trouvée dans le fait que l'emploi de ce fondement pourrait donner uniquement lieu à la constatation d'une violation *in abstracto*, et non pas également *in concreto* du principe d'égalité **(ii)**. Or, le recours à ce fondement ne permettrait pas de conduire à des solutions satisfaisantes. Celles-ci oscilleraient en effet entre une sanction quasi systématique de l'inégalité, au terme d'une analyse abstraite, et une absence totale de sanction de l'inégalité au terme d'une analyse concrète **(iii)**.

i) Un fondement rarement retenu par la Cour de cassation française

1000. Le principe d'égalité de traitement exige, comme cela a été montré, que les situations comparables soient traitées de manière identique. Or, du fait que classiquement seul l'époux pouvait répudier son épouse, l'inégalité se caractérise du fait de l'impossibilité pour l'épouse de répudier son époux²⁰⁸³. Si tel était le cas, en effet, le droit en question serait garanti de manière identique aux deux sexes. Cette analyse n'est cependant pas celle qui est classiquement retenue par la Cour de cassation française. Celle-ci se fonde habituellement, *a minima*, sur le caractère unilatéral et discrétionnaire de la rupture²⁰⁸⁴. Les juges soulignent de manière constante que « la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet à l'opposition éventuelle de la femme et privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage [...] »²⁰⁸⁵.

²⁰⁸³ En ce sens P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, pp. 1-32 et spéc. § 32.

²⁰⁸⁴ Pour des exemples d'affaires où les époux avaient allégué que le jugement n'était pas contraire au principe d'égalité des époux du fait de l'ouverture pour l'épouse de la possibilité de dissoudre l'union de manière unilatérale, v. Cass. fr., Civ. 1^e, 18 mai 2011, n° 10-19750, np ; 23 octobre 2013, n° 12-21344, à propos duquel M.-C. NAJM-KOBEH, « La Cour de cassation française et la répudiation musulmane, une décennie après l'entrée en vigueur des réformes du droit de la famille au Maroc et en Algérie », *JDI*, n° 3, 2015, doct. 7, pp. 789-819. Plus généralement, voir la jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis les arrêts du 17 février 2004. V. les arrêts cités supra en note n° 1952.

²⁰⁸⁵ La formule est ici tirée de l'arrêt Cass. fr., Civ. 1^e, 25 octobre 2005, n° 03-20845, *D.*, 2006, p. 1495, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; 10 mai 2006, n°s 04-19444 et 05-15707, *Dr. fam.*, 2006, n° 177, n. M. Farge. Des formules analogues sont employées depuis les arrêts rendus les 17 février 2004. V. e.a., Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 2004, n° 01-11549 et n° 02-11618, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-21344, à propos duquel M.-C. NAJM-KOBEH, « La Cour de cassation française et la répudiation musulmane, une décennie après l'entrée en vigueur des réformes du droit de la famille au Maroc et en Algérie », *JDI*, n° 3, 2015, doct. 7, pp. 789-819 ; 24 septembre 2014, n° 13-21751, *JDI*, 2015, comm. 2, p. 114, n. F. Mélin.

1001. Néanmoins, le doute que le « vice rédhibitoire »²⁰⁸⁶ d'inégalité des répudiations était caractérisé par le fait que le droit de répudier son conjoint était réservé au mari²⁰⁸⁷ a pu être alimenté par l'un des arrêts rendus le 23 octobre 2013²⁰⁸⁸. Il s'agit d'un arrêt concernant notamment une demande de reconnaissance de divorce sous contrôle judiciaire prononcé en application de la loi marocaine. La Cour de cassation a validé le raisonnement suivi par la Cour d'appel, laquelle avait refusé de reconnaître la décision, car elle « consacrait un déséquilibre des droits entre les époux au détriment de la femme qui ne [pouvait] engager la procédure qu'avec l'accord de son époux, quand celui-ci [pouvait] agir unilatéralement ». En approuvant la décision des juges du fond, la Cour de cassation refuse effectivement la reconnaissance au nom du principe d'égalité des époux et, plus précisément, en raison de la diversité des conditions d'accès au divorce de l'un et autre des époux selon leur sexe.

1002. Dans un autre arrêt rendu le même jour²⁰⁸⁹, la Cour de cassation a laissé toutefois comprendre que, dans l'hypothèse même où le droit de répudier son conjoint était garanti de manière identique à l'époux et à l'épouse, cela ne suffirait pas à légitimer la reconnaissance des jugements étrangers prononçant des répudiations. Dans la décision d'appel contre laquelle le pourvoi en cassation avait été formé, il était possible de lire que « le Code de la famille algérien [prévoyait] trois procédures de divorce, tout d'abord, à la demande de l'époux, ensuite, par consentement mutuel et, enfin, à la demande de l'épouse, en cas de faute ou de désaccord persistant entre les époux ». Du fait de cette dernière possibilité, la Cour d'appel en avait ainsi déduit que le jugement de répudiation prononcé par le juge algérien n'était pas contraire à l'ordre public international et plus précisément au principe d'égalité des sexes. La Cour de cassation a néanmoins cassé la décision d'appel²⁰⁹⁰. Pour ce faire, elle a eu recours à la motivation habituelle. L'arrêt a été annulé au motif que « la décision algérienne [...] constatait la répudiation unilatérale et discrétionnaire par la seule volonté du mari, pour des motifs que ce dernier n'était tenu ni de révéler, ni de justifier, sans donner d'effet juridique à l'opposition de l'épouse, fût-elle dûment convoquée, ce qui rendait cette décision contraire au principe de

²⁰⁸⁶ H. FULCHIRON, « "Ne répudiez point..." : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », *RIDC*, n° 1, 2006, pp. 7-26, spéc. p. 15.

²⁰⁸⁷ V., e.a., *Ibid.*, pp. 14-15 ; L. GANNAGÉ, « Refus de reconnaître une répudiation marocaine », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2002, pp. 730-745., spéc. p. 740.

²⁰⁸⁸ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 23 octobre 2013, 12-25802. V. également Cass. fr., Civ. 1^{re}, 4 novembre 2009, n° 08-20574, *D.*, 2010, p. 543, n. G. Lardeux, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 313, K. Zaher, *AJ fam.*, 2010, p. 86, obs. A. Boiché. Dans ce dernier arrêt, la Cour a motivé le refus de reconnaître un divorce sous contrôle judiciaire prononcé en application du droit marocain en faisant aussi bien référence au caractère discrétionnaire de la répudiation qu'à la différence entre les modes de divorce ouverts à l'époux et à l'épouse.

²⁰⁸⁹ Cass. fr. Civ. 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 12-21344, *D.*, 2013, p. 2518, *RTD civ.*, 2014, p. 94, n. J. Hauser, *AJ fam.*, 2013, p. 709, n. A. Boiché.

²⁰⁹⁰ *Idem.*

l'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, *quelles que soient les nouvelles voies de droit ouvertes à l'épouse pour y parvenir*²⁰⁹¹ ». Ainsi, la Cour ne s'est pas fondée sur le fait que, malgré la possibilité pour l'épouse de demander le divorce sans le consentement de son mari, les conditions d'ouverture du droit au divorce de l'époux et de l'épouse demeuraient distinctes. L'égalité de l'homme et de la femme n'était donc pas le fondement de la décision de la Cour de cassation. Nous allons voir en revanche que ce fondement peut être trouvé dans le caractère discrétionnaire de la rupture, indépendamment de son caractère inégalitaire²⁰⁹².

1003. Du versant italien, le refus de reconnaissance a en revanche été fondé sur l'impossibilité pour l'épouse de répudier à son tour son époux par la Cour d'appel de Rome. Ce faisant, elle n'a pas donné d'importance au fait que l'épouse avait demandé à son époux de la répudier²⁰⁹³. Inversement, la constatation de la possibilité pour l'épouse de répudier à son tour son époux a, entre autres, fondé la décision de la Cour d'appel de Cagliari de reconnaître un jugement étranger de répudiation. La cour a notamment souligné qu'il n'était pas nécessaire que l'époux consente à la décision de répudiation de l'épouse²⁰⁹⁴. Si ce cas est resté isolé, il est important de relater qu'en 2019, la Cour de cassation avait sursis à statuer concernant une demande de reconnaissance d'un *talaq* prononcé en Palestine dans le but d'établir la teneur de la loi étrangère. La Cour souhaitait savoir notamment, d'une part, quels étaient les « présupposés de la répudiation de la part du mari » et, d'autre part, s'il existait « un droit équivalent pour l'épouse de répudier [son conjoint] »²⁰⁹⁵. La distinction de ces deux points laissait comprendre que le premier visait à vérifier que le juge étranger ait constaté « l'irréparable dissolution de la communion familiale »²⁰⁹⁶ que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de considérer comme « l'unique et indérogeable présupposé des différentes hypothèses [de divorce] prévues par la loi italienne », et autrement dit, le fait que ce divorce n'ait pas été discrétionnaire²⁰⁹⁷. Seul le premier point concernait alors la question de la conformité du jugement étranger aux exigences substantielles d'égalité du for. Cette lecture laissait ainsi entendre que la Cour ne subordonnait pas la caractérisation de la contrariété du jugement de répudiation au principe d'égalité des époux au caractère discrétionnaire de la rupture, mais au fait que le droit de répudier ne soit pas

²⁰⁹¹ L'italique est de nous.

²⁰⁹² V. *infra*, § 1014 et s.

²⁰⁹³ CA Rome, 9 juillet 1973, préc. Ce jugement sera analysé plus amplement *infra*, § 1025.

²⁰⁹⁴ CA Cagliari, 16 mai 2008, n° 198, *JDI*, p. 455, n. A. Marignani.

²⁰⁹⁵ Cass. it., Civ. 1^e, ord., 1^{er} mars 2019, n° 6161, préc., *T.d.A.*

²⁰⁹⁶ Cass. it., Civ. 1^e, 28 mai 2004, n° 10378, *RDI*, 2005, p. 209, n. P.V. et C.V. Déjà en ce sens, Cass. it., 19 avril 1991, n° 4235, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 384, précisant que ce critère peut être caractérisé par l'accord des époux.

²⁰⁹⁷ *Idem.*

garanti à la femme. Cette analyse a été confirmée par la Cour de cassation italienne dans la suite de cette affaire. Dans un arrêt rendu le 7 août 2020 les juges ont effectivement distingué le caractère discrétionnaire de la répudiation, consistant en l'absence de constatation de la « cessation de la relation d'affection et de la cohabitation des époux, ou bien de la possibilité d'une conciliation ou reprise »²⁰⁹⁸, du côté inégalitaire, consistant en le fait que ce pouvoir est reconnu uniquement au mari.



1004. Il ressort ainsi de ces arrêts qu'en France, le plus souvent, l'inégalité n'est pas déduite par les juges du fait de l'impossibilité pour l'épouse de répudier son mari comme ce dernier a pu le faire. La possibilité pour l'épouse de répudier à son tour son conjoint n'a pas suffi pour considérer le jugement étranger comme conforme au principe d'égalité des époux. Cette perspective pourrait en revanche s'ouvrir à l'avenir dans la jurisprudence de la Cour de cassation italienne. Le choix français de ne pas retenir ce fondement et les inconvénients du choix que la Cour de cassation italienne a récemment opéré méritent d'être exposés.

ii) Une possible violation du principe d'égalité des époux, appréciée in abstracto

1005. Si les juges français se fondaient, comme les juges italiens ont parfois pu le faire, sur l'impossibilité pour l'épouse de répudier à son tour son mari, il ne serait pas possible de caractériser une violation *in concreto* du principe d'égalité. Là où l'époux a répudié son épouse, celle-ci n'a concrètement pas demandé à répudier son époux. Rappelons la condition de la violation concrète du principe d'égalité qui se dégage de l'arrêt rendu par la Cour de cassation française le 23 octobre 2013²⁰⁹⁹, concernant la condamnation du mari au paiement du don de consolation et qui a été précédemment analysé²¹⁰⁰. L'individu doit avoir été concrètement privé d'une prérogative dont l'ordre juridique du for exige la reconnaissance au nom du principe d'égalité. Le fait que l'épouse n'ait pas le droit de répudier son conjoint, comme ce dernier a le droit de le faire, ne permettrait ainsi pas de caractériser une violation concrète du principe d'égalité des sexes. Cela a d'ailleurs amené Madame CAMPIGLIO à souligner à cet égard qu'il est difficile de considérer que les jugements de répudiation produisent des « effets contraires à l'ordre public », comme la loi italienne de droit international privé l'exige, surtout lorsque

²⁰⁹⁸ Cass. it., Civ. 1^e, 7 août 2020, n° 16804, *Dir. e Giust.*, 10 août 2020.

²⁰⁹⁹ Cass. fr., Civ. 1^e, 23 octobre 2013, n° 12-25919, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 247, n. F. Monéger.

²¹⁰⁰ V. *supra*, § 989 et s.

l'épouse y a acquiescé ou en a elle-même demandé la reconnaissance en Italie²¹⁰¹.

1006. Une contrariété *in abstracto* au principe d'égalité des époux peut en revanche être caractérisée²¹⁰². Rappelons que ce principe est abstraitement violé à partir du moment où une prérogative attribuée à une partie est refusée par la loi étrangère appliquée ou applicable à l'autre partie impliquée dans le litige conformément aux exigences substantielles d'égalité du for. Or, dans le cas d'une répudiation prononcée à l'étranger, l'époux s'est prévalu du droit de répudier son épouse. À la question de savoir si ce droit est garanti conformément aux exigences d'égalité du for, la réponse serait négative puisque ce dernier est réservé à l'époux. Une différence de traitement des époux en fonction de leur sexe serait alors caractérisée. Il s'ensuit que seule une contrariété *in abstracto* des répudiations étrangères peut être caractérisée relativement au principe d'égalité. Nous verrons cependant que telle ne semble pas être l'analyse opérée par les juges français. Ces derniers effectuent bien un contrôle *in concreto*, mais relativement au respect, non pas du principe d'égalité des époux, mais de l'exigence de motiver la demande en divorce.

1007. **Une inégalité des pouvoirs ?** - Il pourrait être objecté que le principe d'égalité des époux peut être lu comme une exigence d'équilibre des pouvoirs. En cela, la faculté donnée à un époux de rompre l'union de manière discrétionnaire serait ainsi contraire à l'égalité en raison du déséquilibre qu'un tel droit engendre, et ce, *in concreto*. Cette possibilité se heurte cependant à un souci de cohérence. Le déséquilibre des pouvoirs donnés aux époux n'est pas nécessairement sanctionné. Tel est en effet uniquement le cas lorsque les pouvoirs sont attribués aux époux en raison de leur sexe. En dehors de ce cas, le déséquilibre n'encourt pas la sanction. Pour le comprendre, il suffit de songer à l'article 3 du règlement « Bruxelles II bis » et au futur article 3 du règlement « Bruxelles II ter », lesquels ouvrent une pluralité de fors alternatifs, compétents

²¹⁰¹ C. CAMPIGLIO, « Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato », *op. cit.*, p. 1061. V. également D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, PUF, Paris, 2017, p. 313 qui considèrent que le contentieux sur la répudiation « révèle [...] difficile de dissocier l'appréciation de la situation source de celle de ses effets. On peut sans doute y voir la marque des droits fondamentaux, réfractaires à toute atténuation de leur intensité même en présence d'un jugement étranger, dès lors du moins que les parties ont un lien substantiel avec l'ordre juridique du for ».

²¹⁰² En ce sens F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, *op. cit.*, pp. 540-542 ; P. HAMMJE, « Rejet des répudiations musulmanes », *op. cit.*, pp. 423-439, spéc. § 6 et s. ; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 274, § 377. Ces derniers auteurs soulignent à cet égard que « le principe de l'appréciation *in concreto* ne doit [...] pas être poussé jusqu'à l'absurde. On ne peut pas déconnecter complètement une solution du contenu des dispositions étrangères qui ont permis d'y aboutir. L'exemple de la compatibilité des répudiations musulmanes au principe d'ordre public international de l'égalité des sexes montre très bien le caractère spécieux qu'aurait une telle façon de raisonner. La répudiation [...] c'est [...] un mode de dissolution discriminatoire. Mais si on ne regarde que le résultat, la dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux, aucune atteinte au principe de l'égalité des sexes ne saurait être sanctionnée ».

pour prononcer le divorce, la séparation de corps et l'annulation du mariage des époux, dès lors qu'il s'agit de juridictions d'États membres. Cette disposition crée un déséquilibre des pouvoirs, dans la mesure où l'époux qui intentera le premier la procédure de divorce pourra imposer son choix de juge compétent à son conjoint. L'inégalité découlant de ce déséquilibre n'a pas pour autant posé de questions de conformité aux dispositions d'égalité européennes. Ainsi, il est possible de considérer que si c'est bien le caractère discrétionnaire de la rupture qui est sanctionné par les juges, ce n'est pas en raison de l'inégalité de pouvoirs qu'il engendre. Il s'agit en revanche, selon nous, plutôt d'une question de dissolution de l'institution conjugale par excellence, vis-à-vis de laquelle un motif valable de rupture, fût-il le simple accord des deux époux, est requis.



1008. Si le refus de reconnaissance était fondé sur le volet des répudiations qui contrarie réellement le principe d'égalité des époux, à savoir l'impossibilité pour l'épouse de répudier à son tour son époux, comme les juges italiens l'ont parfois fait, seule une violation *in abstracto* de ce principe pourrait alors être caractérisée. L'hypothèse de l'inégalité des pouvoirs caractérisée *in concreto* ne peut en effet être retenue, dans la mesure où il semble que cette exigence d'équilibre soit sanctionnée uniquement lorsqu'elle est concernée plus spécifiquement une différence de traitement en raison du sexe.

1009. Or, la caractérisation *in abstracto* de l'inégalité des époux n'est pas satisfaisante en droit international privé. Elle l'est d'autant moins qu'il s'agit du respect de droits fondamentaux. À cet égard, il est nécessaire de suivre une logique permettant de diminuer la force avec laquelle le respect des droits fondamentaux s'impose en droit international privé, si l'on veut laisser une place à la continuité des situations là où le principe d'égalité commande la discontinuité.

iii) Une protection de l'égalité non satisfaisante

1010. En droit international privé, la Cour de cassation française ainsi que la loi italienne n° 218/1995²¹⁰³ optent pour le contrôle opéré *in concreto*²¹⁰⁴. Ce choix se justifie par le fait que ce

²¹⁰³ V. art. 16, al. 1^{er} et art. 64, g) de la loi n° 218/1995.

²¹⁰⁴ V. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 15 mai 1963, *Patino*, JCP, 1963.II.13365, n. H. Motulsky, *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 532, n. P. Lagarde ; Civ. 1^{re}, 17 juin 2009, n° 07-21292, *AJ fam.*, 2009, p. 299, n. I. Gallmeister ; Civ. 1^{re}, 8 juillet 2015, n° 14-17880, *D.*, 2015, p. 1539, *JDI*, 2015, p. 1147, n. P. de Vareilles-Sommières, *JCP*, 2015, p. 1024, n. E. Fongaro. Pour aller plus loin v. L. GANNAGÉ, « Refus de reconnaître une répudiation marocaine », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2002, pp. 730-745, spéc. p. 738 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, 2018, p. 332, § 386 ; D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, 4^e éd., t. 1, PUF, Paris, 2017, p. 313, §

contrôle permet de trouver un équilibre entre le souci de protéger la cohésion interne de l'ordre juridique et celui de sauvegarder les finalités de la matière²¹⁰⁵. Rappelons en effet que le recours à un contrôle *in concreto* pose un niveau d'exigence plus élevé par rapport au contrôle *in abstracto* pour qu'une norme soit considérée comme contraire à l'ordre public international du for²¹⁰⁶. Le recours au contrôle *in concreto* diminue ainsi le risque que la norme étrangère soit écartée par rapport au recours au contrôle *in abstracto*.

1011.Or, la répudiation est un instrument classiquement réservé aux hommes. Seules les législations les plus récentes ont ouvert le droit pour l'épouse de demander le divorce dans ces pays. Par ailleurs, les conditions d'accès à cette institution demeurent, le plus souvent, distinctes pour les hommes et pour les femmes. Par exemple, l'arrêt du 4 novembre 2009²¹⁰⁷ de la Cour de cassation française fait état de la législation marocaine qui n'a pas éliminé le droit pour l'époux de répudier son épouse, mais qui y a adjoint, entre autres, le droit pour l'épouse de demander le divorce. Ce dernier droit est cependant soumis au consentement du mari.

Or, le recours au contrôle *in abstracto* aboutirait à exclure de manière quasi systématique la possibilité de reconnaître une répudiation prononcée à l'étranger au nom du principe d'égalité des époux²¹⁰⁸. Les seules exceptions seraient constituées par les cas où la loi du pays où la répudiation a été prononcée admet que l'épouse répudie à son tour son époux dans les mêmes conditions dans lesquelles l'époux peut répudier son épouse. Ainsi, concernant les répudiations prononcées à l'étranger, la garantie de la continuité des situations serait ainsi quasiment nulle et fondée sur une violation abstraite du contenu de l'égalité du for. La volonté de laisser une plus large place à la continuité des situations peut alors expliquer que les arrêts italiens rendus par les juges du fond, où l'accent a été mis sur la question de savoir si l'épouse pouvait répudier

268 ; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2017, pp. 288-289, § 386 ; P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., *op. cit.*, p. 155, § 211.

²¹⁰⁵ En ce sens, P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, pp. 1-32 et spéc. §§ 8-12 ; P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *op. cit.*, pp. 263-282, spéc. § 23 ; H. GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 271 ; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, *op. cit.*, p. 480 et s., § 370 et s.

²¹⁰⁶ V. *supra*, § 989 et s.

²¹⁰⁷ Cass. fr., Civ. 1^e, 4 novembre 2009, n° 08-20574, *D.*, 2010, p. 543, n. G. Lardeux, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 313, K. Zaher, *AJ fam.*, 2010, p. 86, obs. A. Boiché.

²¹⁰⁸ En ce sens également P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, pp. 1-32 et spéc. § 32. L'auteur considère cependant, contrairement à nous, que l'acquiescement résorberait la contrariété *in concreto* au principe d'égalité des époux. Nous allons cependant montrer que l'acceptation de la part de l'épouse ne permet pas de résorber la contrariété au principe d'égalité, mais uniquement de pallier le caractère discrétionnaire de la rupture, indépendamment du sexe de l'époux demandant le divorce. V. également J. HAUSER, « Du divorce sexiste ou de la main droite internationale qui ignore la main gauche », *RTD Civ.*, 1999, n° 1, p. 70.

à son tour son mari dans les mêmes conditions²¹⁰⁹, sont restés des cas isolés.



1012. Il en résulte que si les juges se fondaient sur l'élément qui, dans les répudiations, contrarie véritablement l'exigence d'un traitement identique de l'époux et de l'épouse, il ne serait pas possible d'aboutir à une solution satisfaisante dans une logique international-privatiste soucieuse de garder une place à la prise en compte de la continuité des situations. Cela peut ainsi expliquer que le réel fondement de la jurisprudence française ne réside pas dans l'exigence d'égalité des époux, mais dans la nécessité que la dissolution du mariage ne soit pas à la libre disposition du conjoint. Une motivation de divorcer, ne serait-ce que l'accord des deux époux, est requise. C'est ce qu'il convient d'exposer à présent.

b) Une discutable caractérisation in concreto de l'inégalité des époux

1013. La Cour de cassation française et, parfois, les juges italiens refusent de reconnaître les répudiations étrangères en raison du caractère discrétionnaire du pouvoir laissé au mari et, plus précisément, de l'impossibilité pour le juge ou pour l'épouse de s'y opposer. Or, il n'est pas véritablement question de garantir un même droit à parts égales à l'époux et à l'épouse, mais d'imposer le respect d'un principe essentiel, celui que la demande de divorce soit motivée. Le fondement sur le principe d'égalité des époux employé notamment par la Cour de cassation française ne serait donc pas nécessaire. Ce choix lui permet néanmoins d'abriter son refus de reconnaître les jugements étrangers de la critique de la doctrine qui fait de la continuité des situations un impératif du droit international privé. Le fondement de la Cour de cassation sur le principe d'égalité des époux est donc discutable **(i)** et correspond à un choix utilitariste **(ii)**.

i) Le refus de reconnaissance fondé sur le caractère discrétionnaire de la rupture

1014. Il a déjà été mentionné que la motivation devenue classique dans la jurisprudence de la Cour de cassation française, en matière de répudiations prononcées à l'étranger, consiste à affirmer que « la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet à l'opposition éventuelle de la femme et privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du

²¹⁰⁹ CA Rome, 9 juillet 1973, préc. ; CA Cagliari, 16 mai 2008, préc.

mariage [...] »²¹¹⁰. Parfois, de manière plus succincte, les juges se limitent à considérer que le jugement « fondé sur le droit pour le mari de mettre fin de façon discrétionnaire au mariage, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage [...] »²¹¹¹. L'élément qui semble caractériser la contrariété au principe d'égalité des époux dans la jurisprudence de la Cour de cassation française est ainsi le fait que l'époux puisse demander la répudiation de manière discrétionnaire et donc, sans que l'épouse ni le juge puissent s'opposer à sa volonté de rompre l'union conjugale. Rappelons que ce même fondement a d'ailleurs parfois été employé, parmi d'autres, par les juges italiens²¹¹².

1015.Or, le recours des juges français à ce fondement pour caractériser une inégalité de traitement mérite d'être discuté, car la nécessité de prévoir une possibilité de faire obstacle à la demande de répudiation ne correspond pas à une exigence substantielle d'identité de traitement. Il ne s'agit pas de garantir à l'époux et à l'épouse un droit identique. Rappelons encore une fois que si tel était le cas, cela ne suffirait pas davantage à légitimer la reconnaissance de la répudiation en France. Comme cela a été déjà précisé, la Cour de cassation française refuse de reconnaître la répudiation « quelles que soient les nouvelles voies de droit ouvertes à l'épouse pour y parvenir »²¹¹³. Ainsi, comme le souligne Madame HAMMJE, « [d]avantage que la seule volonté de protéger l'épouse contre un mode de dissolution du mariage inégalitaire, c'est une volonté non seulement de défendre, mais de promouvoir certaines valeurs de l'ordre juridique français qui paraît sous-tendre les présentes décisions »²¹¹⁴. Ce qui motive plus exactement la non-reconnaissance est, à notre avis, la possibilité pour l'époux de mettre fin au mariage de manière discrétionnaire, sans que le juge ne puisse s'assurer de l'existence d'un motif valable et sans que son conjoint ne puisse s'y opposer. Le sexe des époux n'est donc pas l'élément fondant la non-reconnaissance. Par conséquent, le principe d'égalité de ces derniers ne devrait pas constituer le fondement légal du refus.

Cette analyse se retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence italienne qui a eu l'occasion de refuser des reconnaissances des répudiations prononcées à l'étranger en raison de leur caractère

²¹¹⁰ La formule est ici tirée de l'arrêt Cass. fr., Civ. 1^e, 25 octobre 2005, n° 03-20845, *D.*, 2006, p. 1495, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; 10 mai 2006, n°s 04-19444 et 05-15707, *Dr. fam.*, 2006, n° 177, n. M. Farge. Des formules analogues sont employées depuis les arrêts rendus les 17 février 2004. V. e.a., Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 2004, n° 01-11549 et n° 02-11618, préc. ; 23 octobre 2013, n° 12-21344, à propos duquel M.-C. NAJM-KOBEH, « La Cour de cassation française et la répudiation musulmane, une décennie après l'entrée en vigueur des réformes du droit de la famille au Maroc et en Algérie », *JDI*, n° 3, 2015, doct. 7, pp. 789-819 ; 24 septembre 2014, n° 13-21751, *JDI*, 2015, comm. 2, p. 114, n. F. Mélin.

²¹¹¹ V. par exemple, Cass. fr., Civ. 1^e, 4 juillet 2018, n° 17-16102, *Dr. fam.*, 2018, comm. 270, M. Farge.

²¹¹² CA Rome, 29 octobre 1948 ; Cass. it., Civ. 1^e, 5 décembre 1969, n. 3881, préc. ; CA Rome, 9 juillet 1973, préc. ; CA Turin, 9 mars 2006, préc.

²¹¹³ L'italique est de nous.

²¹¹⁴ P. HAMMJE, « Rejet des répudiations musulmanes », *op. cit.*, pp. 423-439, spéc. § 4.

discrétionnaire, sans faire – opportunément – référence au principe d'égalité des époux. La Cour d'appel de Milan, par exemple, dans un cas où la reconnaissance était demandée sur le fondement de la Convention de La Haye de 1902²¹¹⁵, a considéré que « [...] l'État italien, en adhérant à la Convention [...] a voulu reconnaître seulement le divorce justifié par une raison objectivement et préalablement indiquée et qui soit concrètement caractérisée par le juge sur la base du contradictoire [...] ou de la commune volonté des époux, valablement et légitimement exprimée sous le contrôle de l'autorité juridictionnelle. [...] La répudiation, ou divorce unilatéral, est une institution trop différente, dans sa substance, du divorce auquel fait référence la Convention de La Haye pour qu'on puisse affirmer que l'Italie, en adhérant à cette Convention, a sans doute accepté de considérer la dissolution du mariage par la répudiation unilatérale comme non contraire l'ordre public »²¹¹⁶. Dans un autre cas, les juges²¹¹⁷ ont même précisé que la contrariété à l'ordre public était notamment caractérisée par le caractère unilatéral et discrétionnaire de la rupture²¹¹⁸, ce dont les juges déduisent « le caractère humiliant pour la personne qui subit [la répudiation] », mais non l'inégalité de traitement. Comme Madame GANNAGÉ et Monsieur EL-HUSSEINI BEGDACHE le soulignent, « la répudiation est alors stigmatisée, non pas tant parce qu'elle méconnaît l'égalité de l'homme et de la femme, que parce qu'elle porte atteinte à la dignité du lien conjugal »²¹¹⁹. Cette analyse est également relayée par certains auteurs qui distinguent le caractère discrétionnaire de la rupture, du caractère inégalitaire dérivant de l'impossibilité pour l'épouse de divorcer à son tour de manière discrétionnaire de son mari²¹²⁰.

1016. L'élément caractérisant le refus de reconnaissance : l'absence d'exigence pour

²¹¹⁵ Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps.

²¹¹⁶ V. CA Milan, 14 décembre 1965, *T.d.A.*, validé par Cass. it., 5 décembre 1969, n° 3881, préc. V. également Trib. Rome, 8 octobre 1975, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 384. Cette citation est tirée de F. PASTORE, « Famiglie immigrate e diritti occidentali : il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia », *op. cit.*, pp. 73-117, spéc. p. 81. Dans le même sens, Trib. Milan, 17 décembre 1991, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 109.

²¹¹⁷ Trib. Milan, 17 décembre 1991, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 109.

²¹¹⁸ « [L]a volonté du mari de divorcer n'est pas subordonnée à la caractérisation d'un quelconque présumé factuel et dépend donc uniquement de sa volonté arbitraire. [De plus] la volonté de l'épouse en l'espèce n'est pas pertinente aux fins du prononcé du divorce et [...] ne peut de toute manière pas paralyser de droit du mari demandeur » (*T.d.A.* : « la volontà del marito di divorziare non è subordinata alla ricorrenza di alcun presupposto di fatto, e si risolve nel suo arbitrio, (e inoltre) la posizione della moglie, nella stessa fattispecie, non assume alcuna rilevanza ai fini della pronuncia di divorzio, e la volontà di lei non può comunque paralizzare il diritto del marito richiedente ») (cet extrait de l'arrêt est tiré de C. CAMPIGLIO, « Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana », *op. cit.*, pp. 43-76, spéc. p. 65).

²¹¹⁹ L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 458, § 306 ; R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, Paris, 2002, p. 141, § 290.

²¹²⁰ A. G. CIANCI, « Matrimonio, elementi di internazionalità ed ordine pubblico », *Dir. Fam.*, n° 2, 2003, pp. 461-482, point 5, spéc. p. 12 de la version PDF.

l'époux de motiver sa demande. - Certains auteurs affirment qu'il n'est pas possible de fonder le refus de reconnaître les répudiations sur l'impossibilité pour le juge et pour le conjoint de s'y opposer. Ils justifient ce propos à la lumière du fait qu'en droit français un époux peut demander le divorce sans que le juge ni le conjoint ne puisse s'y opposer, et notamment dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal, lorsque les époux sont séparés depuis un an²¹²¹.

Il convient toutefois de souligner qu'il existe une différence entre cette possibilité ouverte par le droit français et les répudiations. En droit français, la possibilité de dissoudre l'union par la volonté unilatérale de l'époux est considérée comme légitime, car motivée précisément par l'altération définitive de lien conjugal. Dans le cas de la répudiation en revanche aucune motivation n'est requise de la part de l'époux. Tel est d'ailleurs l'élément qui permet d'expliquer que les divorces pour discorde prononcés en application de la loi marocaine puissent être reconnus en France²¹²². Ce type de divorce est, certes, ouvert aux deux époux. Il n'en demeure pas moins que si même tel n'était pas le cas, la violation du principe d'égalité pourrait être caractérisée uniquement *in abstracto* lorsque seul l'un des époux a pris l'initiative de divorcer, comme cela a été précédemment montré²¹²³. Le caractère égalitaire de cette modalité de divorce ne suffirait cependant pas à le rendre conforme à l'ordre public international du for si elle n'était pas subordonnée à la caractérisation de la discorde entre les époux²¹²⁴. La raison pour laquelle les répudiations ne sont pas considérées comme conformes aux principes essentiels de l'ordre juridique du for ne réside donc pas dans le fait qu'un seul époux soit à l'origine de la demande, sans possibilité d'opposition. Elle réside en revanche en l'absence d'exigence pour l'époux de motiver sa demande. De ce point de vue, la jurisprudence française de refus de reconnaissance des répudiations rejoint la jurisprudence italienne en matière de divorce qui, rappelons-le, considère la constatation de la dissolution de la communion familiale comme essentielle²¹²⁵. La différence est que ce fondement du refus de

²¹²¹ À partir du 1^{er} janvier 2021, date d'entrée en vigueur de la loi de la loi fr. n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* modifiée par la loi fr. n° 2020-734 du 17 juin 2020 *relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne*. Cf. art. 237 et 238 Cod. civ. fr.

²¹²² Cass. fr., Civ. 1^e, 23 février 2011, n° 10-14760, *RJPF*, 2011-6/28, obs. T. Garé, *D.*, 2011., pan. 1383, obs. F. Jault-Seseke, *Gaz. Pal.*, 2011, somm. 1134, obs. M. Eppler, *JCP G*, 2011, actu. 261, obs. E. Cornut.

²¹²³ V. *supra*, §§ 1005-1006.

²¹²⁴ Également de cet avis, F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé », *D.*, n° 20, 2011, p. 1374, spéc. II, B), 1) Droit commun. Sur les cas de caractérisation de la discorde v. R. BOUSSAHMAIN, *Le divorce pour discorde en droit marocain sous le nouveau Code de la famille*, dactyl., Université Nice Sophia Antipolis, 2014, disponible à l'adresse <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02275775/document> [dernière consultation le 16 novembre 2020], et spéc. la première partie de la thèse.

²¹²⁵ Cass. it., Civ. 1^e, 28 mai 2004, n° 10378, préc.

reconnaissance n'est – et à juste titre – pas relié, par les juges italiens, au principe d'égalité des époux.

1017. À ce sujet, un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Agen le 7 février 2002²¹²⁶ mérite d'être mis en évidence. Il s'agit en effet d'un arrêt où le contrôle d'égalité et le contrôle de conformité du jugement étranger prononçant une répudiation aux autres principes essentiels du for ont été distingués par les juges. Il s'agissait en l'espèce d'un contrôle portant sur un jugement marocain. Le mari demandait la reconnaissance de ce dernier devant les juges français et, abstraction faite de la question de la compétence de la juridiction marocaine qui se posait en l'espèce, il alléguait que le jugement n'était pas contraire à l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH dans la mesure où la répudiation avait été prononcée dans le respect des droits de la défense de l'épouse. La Cour d'appel a néanmoins refusé la reconnaissance. Il est notamment possible de lire dans l'arrêt que le juge marocain avait prononcé une « répudiation laissée selon cette législation [la loi marocaine, *n.d.A.*] à la seule discrétion du mari [...] ». Les juges continuent ensuite en considérant « au surplus, que cette répudiation, qui consacre l'inégalité de la femme lors de la dissolution du lien conjugal dès lors qu'un même droit ne lui est pas reconnu, est en totale contradiction avec l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH qui pose le principe d'égalité entre les époux, disposition qui doit en tout état de cause prévaloir sur la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 ». Cet arrêt est remarquable puisque la contrariété, d'un côté, à l'exigence que le droit au divorce accordé à un époux ne soit pas discrétionnaire et, d'un autre côté, au principe d'égalité des époux, sont clairement et correctement distingués²¹²⁷. Concernant le premier de ces aspects, les juges relèvent en effet que les droits de l'épouse ne sont pas garantis en raison du caractère discrétionnaire du divorce qui découle de l'impossibilité pour le juge de refuser de le prononcer, et donc de s'assurer de l'existence d'une motivation légitimant la demande de divorce. Relativement au second aspect, les juges relèvent que la contrariété de la répudiation au principe d'égalité des époux découle du fait que le même droit n'est pas reconnu à l'épouse. Le fondement retenu par la Cour d'appel d'Agen pour refuser de reconnaître le jugement marocain était ainsi double. Elle renvoie à l'exigence de garantir la possibilité au juge ou à l'épouse de s'opposer à la demande du mari. Elle renvoie, ensuite, à la nécessité de garantir à l'épouse un droit identique à celui qui est

²¹²⁶ CA Agen, 7 février 2002, n° de RG 00/00900.

²¹²⁷ V. également C. BERNARD, « Les problèmes posés par les demandes d'exequatur des décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », *TCFDIP*, 1978, spéc. p. 76. L'auteur distingue la contrariété des répudiations au principe d'égalité des époux, d'un côté, et à l'ordre public, de l'autre.

reconnu à l'époux, caractéristique du principe d'égalité des époux.



1018. Il convient en conclusion de considérer que la référence au caractère discrétionnaire de la répudiation de la Cour de cassation française, qui se retrouve également parfois dans la jurisprudence italienne, découle de l'impossibilité pour l'épouse et pour le juge d'y faire obstacle, ce qui exclut que le mari doive motiver sa demande. Ce fondement du refus de reconnaître les répudiations ne devrait donc pas être lié, comme le font les juges français, au principe d'égalité des époux. Seul l'ordre public international devrait être mentionné, en référence notamment à l'exigence que le conjoint ou le juge puissent s'opposer à la demande de divorce et, par là, que ce dernier s'assure de l'existence d'une motivation valable. La question qui se pose est alors de savoir pourquoi les juges français choisissent de forcer la caractérisation d'une inégalité des époux, là où elle fait en réalité référence à un autre principe essentiel de l'ordre juridique du for.

ii) Un choix utilitariste

1019. Le fait que la Cour de cassation française fonde fictivement le refus de reconnaissance sur l'exigence d'égalité de traitement des époux, alors qu'un autre principe essentiel est en réalité violé, répond à notre sens à un choix utilitariste. Un refus de reconnaissance au nom de la Convention européenne des droits de l'homme est moins contestable puisqu'il découle du respect pour la hiérarchie des normes (α). Il l'est d'autant moins que la Cour semblait opérer un contrôle *in concreto* jusqu'il y a quelques années (β).

α) La légitimité par la référence à l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH

1020. Il ressort de ce qui précède que le réel fondement du refus de reconnaissance des répudiations est le caractère discrétionnaire de la rupture. Le refus ne devrait donc pas être fondé sur le principe d'égalité, mais sur cet autre volet de l'ordre public international. Le fait que la Cour de cassation française préfère forcer la catégorie de l'inégalité de traitement peut cependant s'expliquer par la force que les juges attribuent à la CESDH et au principe d'égalité des époux qu'elle consacre et dont le caractère dérogeable est largement ignoré²¹²⁸.

²¹²⁸ À un tel point que Monsieur FULCHIRON se demande si les juges ne sont en train de passer d'une exigence d'identité de droits à une exigence d'identité de règles de droit (H. FULCHIRON, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflit de droits ou conflit de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et

1021. Or, comme cela a été exposé, l'ordre public international est susceptible d'admettre des modulations à son respect. Son déclenchement a lieu au terme d'une mise en balance entre le souci de garantir la cohésion interne de l'ordre juridique du for et les finalités de la matière, telles que la continuité des situations²¹²⁹. Il a été montré qu'une application immédiate permettrait d'aboutir au même résultat dans la mesure où ce principe admet des dérogations²¹³⁰. Rappelons cependant que cette aptitude du principe d'égalité n'est pas exploitée par les juges. Les applications immédiates du principe d'égalité qui sont envisagées par la doctrine et les rares applications que les juges en ont faites concernent en effet uniquement des hypothèses où le respect des exigences substantielles d'égalité du for est imposé, à l'exclusion notamment de toute dérogation²¹³¹. Dans cette optique, le passage de l'ordre public international au principe d'égalité des époux garanti par la CESDH reflète avant tout la volonté de durcir la position française face aux répudiations prononcées à l'étranger. Le débat concernant l'opportunité de garantir ou non la continuité des situations lorsque les juges du for sont confrontés à des situations heurtant les valeurs essentielles de l'ordre juridique du for est en effet inépuisable. L'appréciation de l'importance du souci de cohésion interne et de la continuité des situations comporte nécessairement une part de subjectivité. En revanche, si la possibilité de déroger aux exigences substantielles d'égalité du for n'est pas prise en compte, toute reconnaissance des répudiations constitue une entorse au principe d'égalité, c'est-à-dire à un principe reconnu au niveau supranational. Le fondement sur la Convention européenne des droits de l'homme permet ainsi à la Cour de cassation de faire valoir un argument tenant à la hiérarchie des normes²¹³² et de s'appuyer sur un principe qui n'est (d'apparence) pas exclusivement national²¹³³.



responsabilité des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 353-386, spéc. p. 366.

²¹²⁹ V. *supra*, § 900 et s.

²¹³⁰ V. *supra*, § 900 et s.

²¹³¹ V. *supra*, §§ 926-927.

²¹³² L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – Étude de droit international privé de la famille*, *op. cit.*, pp. 258-269, §§ 357-369.

²¹³³ En ce sens P. HAMMJE, « Rejet des répudiations musulmanes », *op. cit.*, pp. 423-439, spéc. § 9 ; P. COURBE, « Le rejet des répudiations musulmanes », *op. cit.*, pp. 815-820, spéc. § 6. Madame MUIR WATT et Monsieur BUREAU soulèvent un doute en ce sens : « [l]e juge craindrait-il d'affirmer seul des valeurs de son ordre juridique par l'entremise d'une exception pourtant destinée à les préserver au sein de ce dernier ? Estime-t-on que la réaction sera mieux acceptée si elle ne lui est pas propre ? Peut-être : il n'empêche que dans la plupart des cas, l'ordre public international aurait pu faire l'affaire sans s'appuyer sur la Convention, en s'alimentant par exemple aux principes généraux du droit » (D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 558, § 471).

1022. Le fondement affiché des refus de reconnaissance des répudiations sur le principe d'égalité répond ainsi à un choix utilitariste qui permet aux juges d'assoir le refus de reconnaître un jugement étranger sur un argument tenant au respect de la hiérarchie des normes. Ce refus pourrait paraître d'autant plus opportun que la Cour laisse entendre qu'elle opère un contrôle *in concreto* du respect de l'exigence que le divorce ne soit pas prononcé à la suite d'un choix discrétionnaire de la part de l'un des époux.

β) La légitimité par la mise en œuvre d'un contrôle in concreto

1023. En se fondant sur l'impossibilité pour l'épouse et pour le juge de s'opposer au prononcé du divorce, la Cour de cassation française peut conclure à une caractérisation *in concreto* à l'ordre public international des répudiations prononcées à l'étranger. En effet, l'épouse ne peut pas s'opposer à la demande de répudiation du mari et le juge ne peut s'assurer de l'existence d'un motif la légitimant. Le principe essentiel en cause – et bien qu'il ne s'agisse pas réellement du principe d'égalité, mais de l'exigence que la demande et le prononcé du divorce ne soient pas discrétionnaires – est ainsi violé de manière concrète. Ces pouvoirs n'ont en effet pas été assurés devant le juge étranger, notamment lorsque l'acquiescement de l'épouse à la répudiation ne peut pas non plus être caractérisé *a posteriori*.

1024. Il convient de souligner à cet égard que, même à la suite des arrêts du 17 février 2004, les juges n'ont pas exclu la possibilité de reconnaître la répudiation en cas d'acceptation implicite ou explicite de l'épouse à la répudiation²¹³⁴. Or, l'acquiescement atteste que l'épouse ne se serait pas, ou ne se serait plus, opposée à la rupture du mariage²¹³⁵. Ainsi, lorsque l'acceptation est caractérisée, l'un des deux éléments alternatifs qui rendent discrétionnaire la volonté de l'époux de divorcer, à savoir l'impossibilité pour son conjoint de s'opposer à la demande du

²¹³⁴ TGI Seine, 26 octobre 1959, *Rev. crit. DIP*, 1960, p. 354, n. Y. Loussouarn ; TGI Seine, 23 mai 1960, *D.*, 1960, p. 714, n. Ph. Malaurie ; TGI Paris, 5 décembre 1979, *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 88 ; 26 février 1992, *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 58, n. D. Alexandre ; CA Poitiers, 24 juillet 1980, *JDI*, 1981, p. 567, n. C. Labrusse ; Cass. fr., Civ. 1^e, 31 janvier 1995, n° 93-10769, *JDI*, 1995, p. 343, 2^e esp., n. Ph. Kahn ; 11 mars 1997, n° 94-19447, *np*, *D.*, 1997, p. 400, n. M.-L. Niboyet, *JDI*, 1998, p. 110, n. Ph. Kahn ; Civ. 1^e, 17 juin 2009, n° 07-21292, *AJ fam.*, 2009, p. 299, n. I. Gallmeister ; 26 septembre 2012, n° 11-25015, *RJPF*, n° 11, 2012, p. 26, obs. D. Martel. Pour une analyse de la reconnaissance des répudiations en cas d'acquiescement, en termes de protection des intérêts de la femme v. I. FADLALLAH, « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ? », *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1981, pp. 17-29, spéc. p. 18.

²¹³⁵ En ce sens, L. GANNAGÉ, « Refus de reconnaître une répudiation marocaine », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2002, pp. 730-745, spéc. p. 740 ; D. ALEXANDRE, « La protection de l'épouse contre la répudiation », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 125-142, spéc. p. 125. La même acceptation de la rupture a été caractérisée dans l'arrêt TGI Seine, 17 avril 1962 (*JDI*, 1963, p. 150, n. B. Goldman). En l'espèce la répudiation avait été demandée par l'épouse à son époux. GOLDAMAN soulignait que la condition de la reconnaissance retenue par les juges était l'équivalence de la répudiation à un divorce par consentement mutuel (B. GOLDMAN, note ss. TGI Seine, 17 avril 1962, *JDI*, 1963, pp. 150-152, spéc. p. 152).

mari, est résorbé. La recherche de la part de la Cour de cassation de l'acquiescement de l'épouse permet ainsi de considérer que celle-ci opère un contrôle *in concreto* de la conformité de la répudiation à ce principe essentiel, sous couvert d'une violation du principe d'égalité des époux.

1025. Soulignons au passage que le caractère fictif de la violation du principe d'égalité au terme d'un tel raisonnement ressort de l'analyse d'un arrêt du 9 juillet 1973 la Cour d'appel de Rome²¹³⁶. À cette occasion, les juges italiens ont refusé la reconnaissance en dépit du fait que l'épouse était à l'origine de la procédure étrangère. Ces derniers ont en effet insisté sur le fait que c'était à l'époux de répudier sa femme, celle-ci ne pouvant pas y procéder elle-même²¹³⁷. Cette décision est intéressante sous deux aspects. D'un côté, le fait que le juge relève que la répudiation pouvait être prononcée uniquement par le mari met l'accent sur le fait qu'un droit identique n'était pas conféré à l'épouse. D'un autre côté, cela montre que l'acquiescement permet de pallier uniquement le caractère unilatéral de la rupture, mais non son caractère inégalitaire. Le fait que l'épouse ait été à l'origine de la répudiation n'éliminait pas le fait qu'elle ne pouvait pas elle-même répudier son mari²¹³⁸. Cet arrêt de la Cour d'appel de Rome fournit ainsi un exemple de contrôle effectivement fondé sur le principe d'égalité. Il permet également de montrer que l'acquiescement de l'épouse permet de résorber une contrariété *in concreto* à l'interdiction des dissolutions unilatérales et discrétionnaires des mariages ; il ne permet en revanche pas de résorber le caractère inégalitaire de ce mode de dissolution de l'union. Or, nous avons déjà rappelé l'avantage que présente la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto* plutôt qu'un contrôle *in abstracto* en termes d'équilibre entre la garantie de continuité des situations et la protection des droits fondamentaux²¹³⁹.

Dès lors, le refus opposé par la Cour de cassation française aux demandes de reconnaissance d'un jugement étranger au nom d'un droit fondamental garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, et au terme d'un contrôle opéré *in concreto*, présente l'avantage de mieux s'abriter des critiques de la doctrine ciblant la mise à l'écart de normes étrangères au nom de principes régionaux, nationaux, ou dont les acceptions nationales divergentes.

²¹³⁶ CA Rome, 9 juillet 1973, préc.

²¹³⁷ L'acquiescement de l'épouse à la répudiation n'a pas permis non plus la reconnaissance dans l'arrêt CA Milan, 14 décembre 1965, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 381, n. Lanfranchi.

²¹³⁸ L'acquiescement de l'épouse à la répudiation n'a pas permis non plus la reconnaissance dans l'arrêt CA Milan, 14 décembre 1965, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 403 s. (cette note concerne le jugement Trib. Milan, 21 septembre 1967, portant sur les suites de l'affaire soumise à l'attention de la Cour d'appel de Milan).

²¹³⁹ V. *supra*, §§ 1010-1012. V. également en ce sens, P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, pp. 1-32 et spéc. §§ 8-12 ; P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *op. cit.*, pp. 263-282, spéc. § 23 ; H. GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 271 ; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, *op. cit.*, p. 480 et s., § 370 et s.



1026. L'analyse de la jurisprudence relative à la reconnaissance en France des répudiations étrangères montre que la volonté affichée de rechercher un compromis entre le respect des principes essentiels de l'ordre juridique du for et le souci de garantir une place à la continuité des situations pousse les juges à préférer la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto* plutôt que le contrôle *in abstracto*. Cette considération peut conduire à des choix exacerbés, et notamment celui de retenir un fondement de façade de la violation *in concreto* du principe d'égalité des époux, là où la violation du principe d'égalité pourrait véritablement être caractérisée uniquement *in abstracto*.

1027. L'analyse de la jurisprudence a néanmoins également permis de comprendre que le contrôle *in concreto* peut être opéré de manière symbolique, en posant des exigences plus élevées pour exclure la violation *in concreto* du principe d'égalité des époux. Cela permet notamment aux juges d'afficher une recherche d'équilibre entre les finalités propres au droit international privé et le souci de garantir de la conception de l'égalité de l'ordre juridique du for, là où en réalité un autre principe essentiel, celui du caractère non discrétionnaire de la répudiation, prédomine. Cela ne confirme ainsi pas uniquement que le choix entre la mise en œuvre du contrôle *in concreto* et *in abstracto* influence les chances que la situation créée à l'étranger puisse être reconnue dans le for. Cette aptitude peut, de plus, être détournée pour donner l'impression qu'une place est laissée à la poursuite de la justice de droit international privé, là où seule la conception matérielle de la justice du for est protégée. Cette remarque s'insère dans une analyse plus large. Il a, certes, été possible de montrer que le choix parmi ces dernières techniques affecte le résultat du contrôle d'égalité en termes de continuité des situations. Il conviendra cependant de démontrer que c'est l'importance que l'ordre juridique du for accorde à chaque exigence substantielle d'égalité qui dicte le choix de la technique, selon que les autorités nationales acceptent ou non de tolérer une entorse à ces dernières. Pour l'instant, cependant, poursuivons dans la présentation des techniques influençant le résultat en termes de continuité des situations, et notamment du choix d'avoir ou non recours à la méthode de la prise en considération.

C) Le recours à la méthode de la prise en considération relativement à une situation créée à l'étranger

1028. Véritable méthode à tout faire, la méthode de la prise en considération amène à désigner

le droit qui assure le résultat souhaité par le législateur²¹⁴⁰. Relativement à une situation créée à l'étranger, la continuité des situations est favorisée lorsque l'application de la loi du for se substitue à la loi étrangère pour en régir les effets. Ce procédé permet en effet de laisser produire des effets à la situation créée à l'étranger là où un régime diffforme du droit du for risquerait d'être considéré comme contraire à l'ordre public. Il convient de citer à cet égard l'article 370-5 du Code civil français qui fait produire à l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant et à défaut, les effets de l'adoption simple. Cette disposition peut être lue comme une expression de la méthode de la prise en considération dans la mesure où elle ne fait pas produire d'effet à la norme étrangère, ici la décision d'adoption²¹⁴¹. L'article 370-5 est également une expression de la méthode de la substitution puisqu'une fois la norme étrangère prise en considération, il dispose que les effets produits seront ceux de la loi française concernant l'adoption plénière ou l'adoption simple. Ce faisant, cette disposition évince le risque que les effets que produit l'adoption dans l'ordre juridique d'origine soient déclarés contraires à l'ordre public, laissant l'adoption étrangère sans effet²¹⁴². Les auteurs font cependant remarquer que la continuité n'est pas assurée. Madame MUIR WATT et Monsieur BUREAU visent l'exemple de l'adoption étrangère révocable qui serait reconnue en France. Du fait de la substitution de la loi française aux effets que la décision étrangère produit, l'adoption va perdre son caractère révocable en France. Le risque existe ainsi que l'adoption, irrévocable en France, soit révoquée dans le pays d'origine²¹⁴³.

1029. Le droit italien offre également un exemple de méthode de la prise en considération abritant une situation créée à l'étranger d'un refus de reconnaissance pour contrariété à l'ordre public. L'article 32 bis de la loi n° 218/1995 issu de la réforme de 2016²¹⁴⁴ dispose que « le mariage contracté à l'étranger par des citoyens italiens avec une personne du même sexe produit les effets de l'union civile prévue par la loi italienne »²¹⁴⁵. Ce faisant, le risque que ce mariage soit considéré comme contraire à l'ordre public international en raison de l'interdiction pour les

²¹⁴⁰ V. HEUZÉ, P. MAYER, B. REMY, *Droit international privé*, op. cit., p. 114 et s., § 144 et s. ; v. également, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, op. cit., p. 8. V. *supra*, § 1033 ainsi que les références citées en notes.

²¹⁴¹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., p. 515.

²¹⁴² Le juge a en effet uniquement le choix entre admettre la décision ou la rejeter. V. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, préf. H. Batiffol, 1973, p. 96, § 132.

²¹⁴³ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., pp. 569-570.

²¹⁴⁴ Loi it. du 20 mai 2016, n° 76, préc.

²¹⁴⁵ « Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana », *T.d.A.*

couples de même sexe de se marier en Italie est contourné.

1030. Cette faveur pour la continuité des situations d'une situation créée à l'étranger persiste lorsqu'il est question d'opérer un contrôle d'égalité. Considérons en effet que la désignation du droit du for pour régir les effets de la situation permet d'éviter que la reconnaissance de la décision soit refusée en raison de la contrariété de ses effets à l'ordre public international. Ainsi, en l'absence de recours à la méthode de la prise en considération, si la décision étrangère soulève une question d'égalité, le risque existe que la reconnaissance soit refusée.



1031. Dès lors, le recours à la méthode de la prise en considération a le mérite d'empêcher la question d'égalité d'être soulevée et de garantir que la situation produise des effets dans l'ordre juridique du for. D'autres techniques de désignation du droit applicable affectent le résultat du litige privé international en termes de continuité de solution, non pas au niveau de la reconnaissance des situations créées à l'étranger, mais de la création de situations dans l'ordre juridique du for. La continuité dont il sera question a donc trait aux chances que la situation créée dans l'ordre juridique du for soit reconnue à l'étranger.

II) Les techniques de désignation du droit applicable aux demandes de création de situations

1032. Au stade de la création des situations, le choix du critère de rattachement ou des conditions de création d'une situation familiale internationale est susceptible d'influencer les chances que cette dernière soit reconnue dans d'autres ordres juridiques²¹⁴⁶, y compris lorsqu'une question d'égalité est susceptible de se poser. Une faveur ou une défaveur s'observe selon que les ordres juridiques prennent ou non le soin d'éviter de créer des situations boiteuses. Il convient ainsi de présenter les techniques qui accentuent **(A)** ou, au contraire, qui amoindrissent **(B)** le risque que la situation créée dans le for ne soit pas reconnue à l'étranger. Cette présentation est nécessaire dans la mesure où, dans le second temps de cette analyse, nous

²¹⁴⁶ V. en ce sens S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, dactyl., Université Paris 2 - Panthéon Assas, 2017, p. 235, § 229 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 290, § 332 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, op. cit., pp. 117-118 ; D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », op. cit., pp. 882-898, § 14 ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, op. cit., p. 426 et s. V. également à cet égard CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, préc. et la lecture qu'en donne S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », op. cit., pp. 111-131, spéc. pp. 123, 129, 130.

serons amenée à observer que, malgré le fait que ces techniques influencent la résolution du litige en termes de continuité des solutions, y compris lorsqu'il est question de garantir le respect des exigences substantielles d'égalité, en réalité, c'est l'importance attribuée par l'ordre juridique du for à chaque contenu de l'égalité qui détermine le choix de la technique de désignation du droit applicable²¹⁴⁷.

A) Les techniques accentuant le risque d'une situation boiteuse

1033. La continuité des situations est potentiellement défavorisée lorsque l'ordre juridique du for crée une situation juridique sans égard pour le risque qu'elle soit considérée comme contraire aux valeurs essentielles de la plupart des ordres juridiques étrangers ou, du moins, des ordres juridiques où elle a vocation à circuler. Tel est notamment le cas lorsque le choix de la technique de désignation du droit applicable correspond à une « nécessité de cohérence à l'intérieur du for [...] anticipée par le législateur »²¹⁴⁸ ou bien à la volonté de favoriser un résultat matériel. Comme le soulignait Monsieur LEQUETTE, « les situations créées en France, selon des modèles purement hexagonaux, ne seront qu'assez difficilement reconnues à l'étranger. Plus, en effet, une décision est dictée par des considérations d'intérêt local, et moins elle a des chances d'être accueillie à l'extérieur »²¹⁴⁹. Cette défaveur sera donc d'autant plus accentuée que l'ordre juridique applique des techniques dont le but est de favoriser la création de telles situations²¹⁵⁰. Le risque de créer une situation boiteuse sera plus grand lorsque la situation dont la création est favorisée est susceptible d'être considérée comme contraire aux principes essentiels de nombreux ordres juridiques. Parmi ces techniques, il convient de citer les règles de conflit consacrant des critères de rattachement alternatifs²¹⁵¹, les clauses spéciales

²¹⁴⁷ V. *infra*, § 1053 et s.

²¹⁴⁸ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 180, *T.d.A.*

²¹⁴⁹ Y. LEQUETTE, « Rapport français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées turques)*, t. XXXIX, 1988, pp. 467-482, p. 479.

²¹⁵⁰ S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, dactyl., Université Paris 2 - Panthéon Assas, 2017, p. 154, § 139.

²¹⁵¹ L'emploi de critères de rattachements alternatifs amène à pouvoir créer une situation ou la reconnaître si l'une des lois désignées le permet. Tel est le cas de l'article 33 alinéa 2 de la loi italienne n° 218/1995 qui dispose que la loi applicable à l'établissement et à la contestation de la filiation est la loi de la nationalité de l'enfant ou, si plus favorable, la loi de l'État dont l'un des parents est ressortissant au moment de la naissance ou encore, si ces lois ne permettant pas d'établir ou de contester la filiation, la loi italienne (« 1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita. 2. La legge individuata ai sensi del comma 1 regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio; qualora la legge così individuata non permetta l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio si applica la legge italiana ») considérée comme définissant un juste équilibre entre la vérité biologique et la réalité sociologique. De manière similaire, l'article 35 alinéa premier de la même

d'ordre public²¹⁵², les règles de conflit désignant la *lex fori*²¹⁵³, les règles de prise en considération de la loi étrangère²¹⁵⁴, ou encore les lois de police.

1034. Ces techniques amènent à désigner le droit « qui assure le résultat souhaité par le

loi désigne en tant que loi applicable à la reconnaissance volontaire, la loi de la nationalité de l'enfant au moment de la naissance ou de l'individu qui reconnaît l'enfant au jour de la reconnaissance ou, à défaut de reconnaissance en application de ces lois, la loi italienne (« Le condizioni per il riconoscimento del figlio sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita, o se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene; se tali leggi non prevedono il riconoscimento si applica la legge italiana »). La comparaison de ces dispositions avec celles du droit français dévoile d'ailleurs une diversité des objectifs poursuivis. En effet, la désignation de la loi du for par ces deux dispositions permet de s'assurer de la possibilité que la filiation soit établie et contestée, du moins dans les limites prévues par le droit italien, ce qui reflète une *favor filiationis* dont la limite se trouve dans le *favor veritatis*, c'est-à-dire la correspondance entre la filiation et la réalité biologique (F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Statuto personale e diritti reali*, vol. II, 5^e éd., UTET Giuridica, Vicenza, 2019, p. 224). En revanche, l'article 311-17 du Code civil français prévoit une règle de conflit alternative visant à favoriser l'établissement de la filiation, sans que le même *favor veritatis* soit recherché. Madame NIBOYET et Monsieur DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE soulignent à cet égard que la jurisprudence fluctue entre l'application de l'article 311-14 et 311-17 aux actions en contestation (M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 69, § 73 et la jurisprudence citée en note n° 215). Cet article valide en effet la reconnaissance si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant.

²¹⁵² Ces clauses précisent les cas dans lesquels et les conditions auxquelles l'ordre public du for a vocation à évincer la loi étrangère. V. par exemple la règle de conflit italienne concernant les conditions de conclusion en Italie d'unions civiles (art. 32 ter, al. 1^{er}, loi it. n° 218/1995 : « La capacità et les autres conditions pour constituer une union civile sont régies par la loi nationale de chaque partie au moment de la constitution de l'union civile. Si la loi applicable n'admet pas l'union civile entre majeurs du même sexe, la loi italienne s'applique. [...] » (« La capacità e le altre condizioni per costituire unione civile sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell'unione civile. Se la legge applicabile non ammette l'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso si applica la legge italiana. [...] »). V. également la règle de conflit française posant les conditions de validité substantielle des mariages conclus en France entre personnes de même sexe (art. 202-1 al. 2 : « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». V. également art. 10 du règlement « Rome III », préc.

²¹⁵³ Concernant le droit international privé italien, v. art. 38, al. 1^{er}, dernière phrase, loi it. n° 218/1995 : « [...] la loi italienne est applicable [à la constitution et à la révocation de l'adoption] lorsque l'adoption tendant à attribuer à un mineur l'état d'enfant est demandée au juge italien » (« [...] si applica il diritto italiano quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio ») ; art. 32 bis (même loi) : « Le mariage contracté à l'étranger par des citoyens italiens avec une personne du même sexe produit les effets de l'union civile prévue par la loi italienne » (« Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana ») ; art. 32 quinquies (même loi) : « L'union civile, ou autre institut analogue, constituée à l'étranger entre citoyens italiens du même sexe qui résident habituellement en Italie produit les effets de l'union civile régie par la loi italienne », (« L'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana »). Concernant le droit international privé français, v. art. 370-5 Cod. civ. fr. : « L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ».

²¹⁵⁴ Cette dernière technique consiste à donner effet à une norme étrangère appréhendée en tant que fait par l'ordre juridique du for et indépendamment de son éventuel caractère juridique (D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 514 et p. 576). Elle passe par l'élaboration d'une règle qui énonce « elle-même la solution de la question de droit, tout en la subordonnant au contenu d'une ou plusieurs autres règles substantielles, désignées par un ou plusieurs éléments de rattachements » (P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, *op. cit.*, 11^e éd., p. 112, § 144). Pour aller plus loin v. E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, Paris, 2008 ; P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, LGDJ, Paris, 1993 ; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 5^e éd., *op. cit.*, pp. 186-187, § 252.

législateur »²¹⁵⁵, conforme à la conception de la justice matérielle du for²¹⁵⁶. Elles peuvent donc influencer négativement les chances que la situation soit reconnue à l'étranger puisque le risque que la situation ne puisse pas circuler est faiblement, ou pas pris en compte. La raison peut notamment avoir trait au fait que, dans l'ordre juridique du for, la création de la situation est une expression même d'une exigence substantielle d'égalité. Voici quelques exemples.

1035. L'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil français relatif au mariage entre personnes de même sexe constitue un exemple d'application de la méthode de la prise en considération, bien qu'il puisse également être analysé en une règle de conflit comportant une clause spéciale d'ordre public, ou encore, en une règle matérielle. Il pose des conditions très souples pour la conclusion d'un mariage entre personnes de même sexe à travers une clause spéciale d'ordre public. Celle-ci exige que l'union soit célébrée lorsque l'une des lois désignées par le texte permet ce mariage. Elle augmente de ce fait les chances que ces mariages soient célébrés en France²¹⁵⁷ et, corrélativement, le risque de créer des situations boiteuses en raison du nombre important de pays qui interdisent ces unions²¹⁵⁸.

1036. L'article 32 ter de la loi italienne n° 218/1995 amène au même résultat en désignant la loi du for dans le cadre de l'application de la méthode de la substitution. Selon cette disposition, lorsque la loi du pays dont l'un des partenaires est ressortissant ne permet pas la conclusion des unions civiles entre personnes de même sexe, la loi italienne s'applique. Cette désignation de la loi du for vient ainsi privilégier un résultat matériel indépendamment du risque que la situation ne soit pas reconnue à l'étranger, et notamment dans les ordres juridiques d'origine des partenaires. La continuité des situations est ici entravée lorsque la reconnaissance de l'union civile est demandée dans un ordre juridique qui prévoit une différence de traitement entre les couples de même sexe et de sexe différent.

L'article 10 du règlement « Rome III » s'analyse dans le même sens. Cette disposition cible en effet une exigence substantielle d'égalité et en impose le respect sans réserve dans les cas définis par la disposition. Il s'agit, par ailleurs, d'une disposition issue d'un règlement d'application universelle. Cette exigence d'égalité s'impose donc indépendamment du fait que le règlement

²¹⁵⁵ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 8.

²¹⁵⁶ P. LAGARDE, « Ordre public », *op. cit.*, § 27, mentionnant à ce sujet V. VALLINDAS, « Le principe de l'élasticité de la réserve de l'ordre public et les réserves spécialisées », *Rev. hellénique dr. int.* 1950, p. 270.

²¹⁵⁷ V. à ce propos P. HAMMJE, in D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *op. cit.*, pp. 400-412.

²¹⁵⁸ V. cependant les exigences de reconnaissance posées par la Cour de justice et par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-637/16, préc. et CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc.

désigne la loi d'un État membre de l'Union européenne ou un État tiers. Rappelons que cette règle dispose que « [l]orsque la loi applicable [...] n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ». L'égalité des sexes relativement à la reconnaissance du droit au divorce est donc imposée. Toute loi dont l'application amènerait, respectivement, à refuser de conclure l'union civile et à prononcer des répudiations est ainsi considérée comme contraire à ces contenus de l'égalité définis par le droit italien et par le droit de l'Union européenne, sans que des dérogations ne soient admissibles. La subordination du déclenchement de l'ordre public au respect de conditions de proximité, notamment de l'épouse, avec l'ordre juridique du for est par exemple exclue²¹⁵⁹. Soulignons cependant que l'article 10 du règlement « Rome III » n'affecte pas particulièrement la continuité des situations, mais uniquement l'harmonie internationale des solutions lorsqu'il conduit à écarter l'application de la loi désignée par le règlement.

1037. L'influence positive ou négative sur la continuité des situations qu'induit la méthode de la prise en considération dépend précisément du but poursuivi par le législateur. Par exemple, elle amoindrit les chances que la continuité des situations soit garantie lorsque la finalité est celle de favoriser la création d'une situation pour laquelle le risque de non-reconnaissance à l'étranger est avéré. Tel est le cas de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil s'il est analysé en tant que manifestation de cette méthode²¹⁶⁰.

1038. Enfin, en ce qui concerne les lois de police, il convient de souligner que cette technique, et contrairement au droit international privé français, est fréquemment employée par le législateur italien en matière familiale. Une première série de disposition est listée dans les articles 115 et 116 du Code civil italien. L'article 115, concernant le mariage du ressortissant italien à l'étranger, réserve l'application des articles 84 à 90 régissant les conditions de mariage²¹⁶¹. L'article 116, concernant le mariage du ressortissant étranger en Italie, réserve le

²¹⁵⁹ Déjà en ce sens CA Milan, 17 décembre 1991, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 109.

²¹⁶⁰ En ce sens, S. GODECHOT-PATRIS, J. GUILLAUMÉ, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe - Perspectives de droit international privé », *D.*, n° 26, 2012, p. 1756-1765, spéc. I) A). *Contra*, P. HAMMJE, « Mariage pour tous » et droit international privé », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2013, p. 773-806, spéc. § 14 laquelle y voit une manifestation de l'ordre public de proximité ; A. M. LEROYER, « La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.*, n° 25, 2013, pp. 1697-1705, point II), qui lisent cette disposition comme une règle matérielle.

²¹⁶¹ Ces dispositions posent des conditions d'âge (art. 84), de capacité (art. 85), de célibat (art. 86), d'absence de liens de famille avec le futur époux (art. 87), d'absence de condamnation pour le meurtre du conjoint (art. 88), de respect du délai de viduité par la femme (art. 89), de la possibilité de nommer un curateur pour assister le mineur dans la stipulation de conventions matrimoniales (art. 90).

respect de certaines seulement de ces conditions²¹⁶². D'autres lois de police sont inscrites dans la loi n° 218/1995 et concernent les conditions de validité des unions civiles, les droits des enfants, les droits et devoirs des parents, l'adoption et les droits successoraux des réservataires²¹⁶³. Comme nous allons le voir, certaines normes protégées au titre de lois de police, notamment en Italie, viennent également garantir des exigences substantielles d'égalité. Cette analyse sera cependant menée dans un second temps puisqu'elle vise à montrer qu'en dépit de l'influence du choix entre ces techniques sur la continuité des solutions, *in fine*, c'est l'importance attribuée aux exigences substantielles d'égalité qui dicte quelle méthode appliquer²¹⁶⁴.



1039. Le recours à ces techniques accroît ainsi le risque que la situation créée dans l'ordre juridique ne soit pas reconnue à l'étranger, y compris lorsque le respect de contenus de l'égalité est en cause. Inversement, d'autres techniques de désignation du droit applicable diminuent le risque que sa reconnaissance soit refusée à l'étranger au stade de la création de la situation dans le for.

B) Les techniques diminuant le risque d'une situation boiteuse

1040. La continuité est favorisée lorsque la méthode employée permet de diminuer le risque que les situations créées soient boiteuses. Pour ce faire, il est nécessaire que l'ordre juridique du for refuse de créer des situations lorsqu'elles risqueraient d'être considérées comme contraires aux valeurs essentielles de la plupart des ordres juridiques étrangers ou, *a minima*, de l'ordre

²¹⁶² Et notamment les art. 85, 86, 87 al. 1^{er}, 2 et 4, et les art. 88 et 89 du Cod. civ. it. Par exemple, le respect des empêchements au mariage entre oncle/tante et nièce/neveu, entre alliés en ligne collatérale au second degré, et entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ou de l'adoptant et le conjoint de l'adopté s'impose uniquement aux ressortissants italiens.

²¹⁶³ Voici la liste détaillée des dispositions de la loi it. n° 218/1995 protégées par la méthode des lois de police : art. 27 couvrant l'exigence de célibat des futurs époux ; l'art. 32 ter renvoyant à l'art. 1^{er} al. 4 de la loi it. du 20 mai 2016, n° 76, préc., qui couvre l'exigence de célibat des futurs partenaires souhaitant conclure une union civile, leur capacité, les empêchements liés à des liens de famille, l'absence de condamnation pour meurtre d'un conjoint ou d'un partenaire ; l'art. 33, al. 4 qui couvre les dispositions de droit italien établissant l'unicité du statut des enfants ; l'art. 36 bis, couvrant le partage de l'autorité parentale entre les parents, le devoir pour les deux parents de pourvoir à l'entretien de l'enfant et le pouvoir du juge de limiter ou de retirer l'autorité parentale en raison de comportements dangereux pour l'enfant ; l'art. 46 qui garantit aux héritiers réservataires résidents en Italie les droits prévus par la loi italienne si le défunt était un ressortissant italien. L'article 38, prévoyant l'application de la loi italienne aux demandes d'adoption d'un mineur impliquant d'attribuer à ce dernier le statut d'enfant, est également qualifié de loi de police par la doctrine (en ce sens, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, op. cit., pp. 180-181).

²¹⁶⁴ V. *infra*, § 1053 et s.

juridique où la situation aurait vocation à circuler.

1041.Or, les techniques permettant d'augmenter les chances qu'aura la situation d'être reconnue à l'étranger, sont celles qui permettent de désigner la loi des ordres juridiques où la situation a vocation à circuler.

1042.**L'emploi de critères de rattachement cumulatifs.** - Ce résultat peut ainsi être favorisé en subordonnant la création d'une situation au respect des conditions posées par les ordres juridiques avec lesquels la situation entretient des liens significatifs, supposés correspondre à ceux où la situation a vocation à circuler. L'emploi de rattachements cumulatifs favorise ainsi les chances que celle-ci puisse circuler²¹⁶⁵.

1043.**L'anticipation de la reconnaissance.** - Ce même résultat peut être explicitement recherché à travers l'établissement d'une coopération entre les ordres juridiques. La création de la situation sera notamment subordonnée à la reconnaissance dans l'ordre juridique où elle a vocation à circuler²¹⁶⁶. Ce procédé est notamment celui qu'emploie la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, de même que l'Inde en matière de gestation pour autrui lorsque la situation présente des liens d'extranéité²¹⁶⁷.

1044.**Le rattachement au critère de l'autonomie de la volonté.** - Les chances de reconnaissance de la situation peuvent éventuellement être améliorées par le recours des parties à la désignation de la loi applicable à leur relation juridique lorsque cela leur est permis. Le choix de la loi applicable est par exemple admis en matière familiale par le règlement « Rome

²¹⁶⁵ À titre d'exemple, l'article 202-1 alinéa premier du Code civil français soumet la validité quant au fond du mariage entre personnes de sexe opposé au respect, pour chaque époux, des conditions posées par sa loi personnelle. Les ordres juridiques dont les époux sont ressortissants peuvent en effet correspondre aux ordres juridiques avec lesquels les époux ont des contacts significatifs et où ils sont susceptibles de demander la reconnaissance de l'union. Le respect des conditions prévues par ces ordres juridiques garantit ainsi que l'union ne soit pas considérée comme contraire aux principes essentiels de cet ordre juridique. Si la création de la situation est possible en application de ces lois, sa reconnaissance dans les ordres juridiques en cause ne se heurtera ainsi pas au respect des principes essentiels de ces pays.

²¹⁶⁶ Ce procédé est mis en évidence par D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, pp. 700-701, § 581-1.5 ; 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 », *TCFDIP*, 1993-1995, Pedone, Paris, 1996, pp. 49-69). Cette méthode peut être rapprochée de celle de « l'ordre juridique compétent » proposée par Monsieur PICONE, consistant à rechercher l'ordre juridique ayant une vocation « prioritaire » à régir une situation. L'ordre juridique appelé à créer la situation prendra sa décision à la lumière des techniques de droit international privé de l'ordre juridique « prioritaire », ce qui permet de diminuer le risque que la situation créée ne soit pas reconnue dans cet ordre juridique. V. P. PICONE, « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, 1986, t. 197, pp. 229-413 ; « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, 1999, t. 276, pp. 9-377.

²¹⁶⁷ S. BOLLÉE, « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, Pedone, Paris, 2015, pp. 233-248, spéc. p. 229.

III »²¹⁶⁸, par le règlement « Successions »²¹⁶⁹ ou encore par les règlements « Régimes matrimoniaux »²¹⁷⁰ et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »²¹⁷¹. La continuité des situations peut potentiellement être favorisée si les parties choisissent la loi du pays où elles ont l'intention de circuler. Cette logique souffre cependant d'une limite importante. Si la situation ne peut pas être créée en application de la loi des ordres juridiques où elle aurait vocation à circuler, les parties ne choisiraient pas la loi de cet ordre juridique. Seule la loi du for où la loi d'un autre ordre juridique à la législation permissive serait susceptible d'être désignée, ce qui limite les chances que la situation ainsi créée dans le for puisse être reconnue dans les ordres juridiques où les parties ont vocation à circuler²¹⁷².

1045. L'admission en amont de dérogations aux exigences substantielles d'égalité : les clauses spéciales d'ordre public d'« éloignement »²¹⁷³. - Nous avons pu observer que lorsque plusieurs conditions de proximité sont prévues de manière alternative et lorsque la règle exige que le respect de l'une de ces conditions permette à la situation d'être constituée, la faveur de l'ordre juridique est tournée vers la création de la situation. L'emploi de conditions de proximité peut cependant avoir l'effet inverse lorsque celles-ci sont peu nombreuses ou lorsqu'il s'agit de conditions cumulatives. Ainsi, si les conditions de proximité ne sont pas remplies, la situation ne sera pas créée. Cela diminue le risque de créer une situation susceptible d'être considérée comme contraire aux valeurs essentielles de nombreux ordres juridiques étrangers ou, du moins, des ordres juridiques dans lesquels la situation a vocation à circuler. Un exemple en ce sens peut être trouvé dans la jurisprudence française précédemment analysée en matière d'action en recherche de paternité. Rappelons en effet que les juges ont refusé d'évincer la loi étrangère interdisant l'action en recherche de paternité lorsque l'enfant n'était ni français ni résident en France²¹⁷⁴. Un autre exemple peut être trouvé en droit italien à l'article 32 bis de la loi de droit international privé italienne, qui, rappelons-le, empêche que le mariage conclu à l'étranger par un italien avec une personne de même sexe produise les effets du mariage. La disposition précise en effet que dans ce cas, les effets produits seront ceux de l'union civile. En l'absence

²¹⁶⁸ Art. 5, règlement « Rome III » (préc.).

²¹⁶⁹ Art. 22, règlement « Successions » (préc.).

²¹⁷⁰ Art. 22, règlement « Régimes matrimoniaux » (préc.).

²¹⁷¹ Art. 22, règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (préc.).

²¹⁷² V. à ce sujet, C. COHEN, *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*, dactyl., Université Paris 1 – Panthéon Assas, 2015.

²¹⁷³ J. FOYER, « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français », *op. cit.*, pp. 620-631, spéc. p. 629.

²¹⁷⁴ V. *supra*, §§ 1128-1132. Cass. fr., Civ. 1^{er}, 10 février 1993, *Latouz*, n° 89-21997, préc. ; Civ. 1^{er}, 10 mai 2006, n° 05-10299, préc. V. également les arrêts postérieurs laissant planer un doute concernant l'abandon de cette exigence de proximité, Cass. fr., Civ. 1^{er}, 26 octobre 2011, n° 09-71369, préc. ; Cass. fr., Civ. 1^{er}, 27 septembre 2017, n° 16-19654, préc.

de ce lien de proximité, en revanche, la Cour de cassation a précisé que les effets seront déterminés par la loi applicable aux effets du mariage²¹⁷⁵.

1046. La méthode de la prise en considération. - Il a déjà été précisé que cette méthode peut permettre au législateur de parvenir, ou d'augmenter les chances de parvenir, au résultat souhaité²¹⁷⁶. Or, la volonté du législateur peut être celle de minimiser le risque que la situation créée dans le for ne soit pas reconnue à l'étranger. Un exemple en ce sens est constitué par la prise en considération de l'ordre public étranger²¹⁷⁷. Monsieur LAGARDE souligne que cette hypothèse est susceptible de se réaliser lorsque le juge du for applique une règle de conflit étrangère par le jeu du renvoi ou en répondant à une question préalable non autonome²¹⁷⁸, à condition que la règle de conflit étrangère comporte une clause spéciale d'ordre public. La faveur pour la continuité potentielle des solutions est ici faible. Elle existe néanmoins puisque la relevance donnée à l'ordre public d'un ordre juridique étranger augmente notamment les chances que la situation soit reconnue dans ce dernier.



1047. La présentation qui précède montre que le choix entre ces techniques influence de manière positive ou négative les chances que la situation créée dans l'ordre juridique du for soit reconnue à l'étranger. Le résultat change en effet, en termes de continuité potentielle des solutions, selon la technique choisie. La volonté de favoriser la continuité potentielle des solutions pourrait ainsi pousser à privilégier les techniques qui diminuent le risque que la situation créée dans le for soit boiteuse.

1048. L'effectivité de l'influence du choix de la méthode applicable aux demandes de création des situations, de même que des méthodes de reconnaissance qui se sont révélées aptes à influencer le résultat en termes de continuité des situations lorsqu'une question d'égalité se pose, mérite néanmoins d'être discutée. Il convient en effet de montrer que lorsque le respect d'une exigence substantielle d'égalité est en cause, c'est l'importance donnée par l'ordre

²¹⁷⁵ Cass. it., Civ. 1^e, 14 mai 2018, n° 11696, point 13.2, préc. Plus généralement, la Cour fait référence à l'ensemble des règles de conflit de lois et de juridiction italiennes et européennes relatives aux différents aspects de la relation conjugale (art. 26 à 30 loi it. n° 218/1995 et règlements « Bruxelles II bis » et « Rome III » – soulignons que le règlement « Régimes matrimoniaux » n'était pas encore entré en vigueur).

²¹⁷⁶ V. *supra*, § 1033 ainsi que les références citées en notes.

²¹⁷⁷ L'article 9 § 3 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, dit « Rome I » permet également la prise en considération de la loi de police étrangère. V. à ce sujet P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p. 277, spéc. § 34 ; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, Paris, 2008, § 401.

²¹⁷⁸ P. LAGARDE, « Ordre public », *op. cit.*, § 62.

juridique du for à cette dernière qui détermine la technique choisie, et non l'inverse. Cela nous amènera ainsi à discuter l'idée que la continuité des situations puisse être garantie dans des cas où le contrôle d'égalité amènerait à la discontinuité des situations.

§2) Un choix orienté par le résultat souhaité

1049. La jurisprudence amène à douter de l'effectivité de l'influence du choix entre les dernières techniques qui ont été présentées sur la continuité des situations par rapport au résultat que commande le contrôle d'égalité.

1050. Ces choix dépendent en réalité de l'importance attribuée par le for aux différentes exigences substantielles d'égalité, et donc du résultat escompté en termes d'identité ou de différence de traitement et en termes de tolérance de solutions qui ne sont pas conformes à l'exigence en cause **(I)**. Un auteur²¹⁷⁹ a d'ailleurs proposé une grille de lecture du standard de contrôle de conformité des normes étrangères à l'ordre public international employé par la Cour de cassation française qui peut permettre de déduire des arrêts l'importance que les juges attribuent aux contenus de l'égalité en cause **(II)**.

I) Des choix guidés par l'importance attribuée à chaque exigence substantielle d'égalité

1051. Il a pu être observé que le choix entre certaines méthodes de droit international privé est indifférent au regard de l'identité des résultats qui peuvent être obtenus en les appliquant dans le cadre d'un contrôle d'égalité. En revanche, plusieurs autres méthodes influencent le résultat d'un litige présentant un caractère international en termes de continuité des solutions, y compris lorsqu'une question d'égalité se pose. Sur cette seule base, une réponse positive à notre question de départ devrait être apportée. À la question de savoir si le choix de la méthode de droit international privé peut permettre de garantir la continuité des situations, dans une hypothèse où le contrôle d'égalité conduit à la refuser, il faudrait répondre que tel est le cas lorsque certaines techniques sont choisies et notamment : lorsque le contrôle *in concreto* est préféré au contrôle *in abstracto* ; lorsque la non-dissociation entre la validité et les effets de la situation créée à l'étranger est choisie au lieu de la dissociation ; lorsque, enfin, la méthode de la prise en considération est employée dans le but de favoriser la continuité des situations créées à

²¹⁷⁹ P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères. L'office du juge de l'exequatur, l'ordre public et le portulan », *Rev. Crit. DIP*, n° 1, 2014, p. 1 et s., § 24.

l'étranger. En revanche, il est apparu que des techniques de désignation du droit applicable influencent positivement les chances que la situation créée dans l'ordre juridique du for soit reconnue à l'étranger, tandis que d'autres techniques ne prennent pas en compte la continuité potentielle des situations. Cette réponse serait cependant partielle. Afin de savoir si cette analyse peut être confirmée, il est nécessaire de déterminer ce qui décide les juges à privilégier ou bien à délaisser les techniques qui favorisent la continuité des solutions. Les méthodes influençant la continuité des solutions lorsqu'une exigence substantielle d'égalité est en cause méritent ainsi d'être nouvellement analysées, mais sous un angle différent. Cette fois-ci la question est de savoir, *à la lumière de l'influence que le choix entre ces techniques exerce sur la continuité des solutions, qu'est-ce qui détermine les législateurs et les juges dans leur choix de favoriser ou non ce résultat ?*

1052. L'analyse montre que les exigences substantielles d'égalité sont encore une fois au cœur de cette réponse. Il convient de montrer que ce critère est l'importance que l'ordre juridique du for attribue à chaque contenu de l'égalité, car là où l'importance accordée à ce dernier est élevée les dérogations à son respect sont limitées. Des techniques permettant de limiter, voire d'exclure, l'admissibilité des dérogations seront choisies dans ce cas.

Le choix de la méthode selon l'importance donnée par l'ordre juridique du for à l'exigence substantielle d'égalité en cause peut ainsi se vérifier par rapport aux méthodes dont l'influence sur la continuité a pu être constatée. Tel est plus exactement le cas en ce qui concerne le choix de la technique de désignation du droit applicable **(A)**, dans le choix entre la dissociation et la non-dissociation du contrôle sur la validité de celui sur les effets **(B)**, et en ce qui a trait au choix entre la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto* ou *in abstracto* **(C)**.

A) Le choix de la technique de désignation du droit applicable

1053. Il a été exposé que certaines techniques de désignation du droit applicable peuvent influencer positivement ou négativement les chances qu'une situation créée dans le for soit reconnue à l'étranger, y compris lorsqu'il est question d'opérer un contrôle d'égalité²¹⁸⁰. L'effectivité de cette influence mérite cependant d'être discutée. Ici, la raison ne tient pas tant au fait que le même résultat puisse être obtenu en application des unes ou des autres de ces techniques, comme cela a été le cas relativement aux choix, par exemple, entre l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité et leur protection par le biais de l'ordre public

²¹⁸⁰ V. *supra*, §§ 1033-1040.

international. Cela a en revanche trait au fait que le choix de la technique à appliquer est dicté par l'importance que l'ordre juridique attribue à chaque exigence d'égalité. Cette importance est notamment relevée par la tendance plus ou moins accrue à admettre des dérogations aux différentes exigences substantielles d'égalité. La méthode de désignation du droit applicable est ainsi choisie par le législateur en fonction de la volonté d'admettre ou bien de limiter ces dérogations. Ce faisant, il s'assure que chaque exigence substantielle d'égalité bénéficie du niveau de protection souhaité. Deux exemples suffiront à le montrer. Le premier exemple a trait à la protection d'une exigence substantielle d'égalité en considérant que la disposition de droit interne qui la véhicule est une loi de police. Cet exemple permettra notamment d'observer qu'un contenu de l'égalité est protégé par le biais de la méthode des lois de police uniquement lorsque des dérogations à son respect ne sont pas admissibles ou sont encadrées par l'ordre juridique du for **(1)**. Le second exemple concerne le cas où une condition de proximité subordonne la création dans le for d'une situation expression d'une exigence substantielle d'égalité. Ce choix manifeste notamment la volonté de l'ordre juridique du for de rechercher un compromis entre le respect de cette exigence et l'objectif de circulation de la situation **(2)**.

1) L'exclusion des dérogations pour la protection des exigences substantielles d'égalité : l'exemple des lois de police

1054. Nous avons déjà évoqué ce type de normes lors de la présentation des techniques défavorisant potentiellement la continuité des situations²¹⁸¹. La protection des exigences substantielles d'égalité peut, entre autres, avoir lieu en application de la méthode des lois de police. Dans ce cas, ces dernières seront protégées en évinçant la méthode conflictuelle et en appliquant directement les dispositions de droit interne qui garantissent le respect de l'exigence substantielle d'égalité du for en cause. Nous avons déjà exposé que le recours à cette méthode lorsque le juge est appelé à créer une situation, ne favorise pas la continuité des situations. En effet, dans ce cas, l'ordre juridique du for ne se soucie pas des chances que la situation créée dans le for circule à l'étranger.

Il convient néanmoins de comprendre à présent que cette méthode de désignation du droit applicable sera uniquement choisie lorsque l'ordre juridique du for accorde une grande importance à l'exigence substantielle d'égalité en cause. Pour le comprendre, donnons en premier lieu des illustrations d'exigences substantielles d'égalité pouvant être protégées au titre

²¹⁸¹ V. *supra*, § 1038.

des lois de police.

1055. La protection des exigences substantielles d'égalité par la méthode des lois de police.

- Le recours à cette méthode, en alternative notamment à l'exception d'ordre public, est possible dans la mesure où ces deux notions « sont liées par l'exigence primaire à laquelle le législateur [...] répond, qui est celle de la protection de la cohésion interne de l'ordre juridique du for »²¹⁸². Il est cependant possible d'aller plus loin et d'envisager la protection de toute exigence substantielle d'égalité uniquement à travers le recours à la méthode des lois de police. Une analyse en ce sens peut être construite sur la base des travaux de Monsieur REMY²¹⁸³. L'auteur considère en effet que seule cette méthode permet de protéger les politiques législatives²¹⁸⁴ et, plus généralement, les objectifs à caractère étatique. Leur application immédiate permet en effet d'« assurer que la finalité sociétale poursuivie [est] effectivement réalisée dans le cas où elle est fonctionnellement requise »²¹⁸⁵. L'exception d'ordre public doit en revanche, selon le même auteur, être vouée à la protection des intérêts privés²¹⁸⁶. Transposer cette analyse à l'exigence de protection des contenus de l'égalité du for revient à considérer que ces dernières devraient trouver une protection uniquement à travers la méthode des lois de police. Rappelons en effet que toute exigence substantielle d'égalité est définie en fonction de ce qu'impose et permet la conception de la famille du for, laquelle est tributaire des politiques législatives²¹⁸⁷. Dès lors, s'il est vrai que le principe d'égalité et de non-discrimination est abstraitement consacré dans la perspective de défendre les intérêts privés, cette protection est subordonnée et limitée aux cas où cela correspond à ce que commande la conception de la famille du for.

1056. Si la proposition de l'auteur ne correspond pas au droit positif, les exigences substantielles

²¹⁸² F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 257.

²¹⁸³ B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, spéc. p. 136 et s., § 254 et s., pp. 167-168, § 305 et s., et les conclusions (pp. 169-170).

²¹⁸⁴ Sur lesquelles un autre auteur est intervenu la même année, P. KINSCH, « La sauvegarde de certaines politiques législatives, cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, p. 447-458 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, pp. 207- 290.

²¹⁸⁵ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 555, § 469-1, relatant la pensée de Monsieur REMY.

²¹⁸⁶ B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, spéc. p. 136 et s., § 254 et s., pp. 167-168, § 305 et s., et les conclusions (pp. 169-170).

²¹⁸⁷ V. également M.-N. JOBARD-BACHELLIER, G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Ordre public international, conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. Affirmation de valeurs intangibles du for », *JCl. Dr. int.*, fasc. 534-2, n° 23 (cité par E. KERCKHOVE, note ss. Cass. fr., Civ. 1^{re}, 24 février 1998, *Vialaron*, n°s 95-18646 et 95-18647, *op. cit.*, pp. 730-736, spéc. p. 735), estimant que le principe d'égalité est le simple reflet d'une politique législative du for.

d'égalité étant souvent protégées par le recours à l'exception d'ordre public international, il n'en reste pas moins que des exemples de protection de contenus de l'égalité à travers la méthode des lois de police peuvent être notamment trouvés en droit italien, ce qui souligne le lien existant entre les contenus de l'égalité et les politiques législatives des ordres juridiques qui les consacrent.

1057. Des exigences substantielles d'identité de traitement homme-femme protégées par des lois de police. - Certaines dispositions de droit interne italien qualifiées de lois de polices consacrent des exigences substantielles d'identité de traitement des époux et des parents indépendamment de leur sexe dans la mesure où elles ne distinguent pas le traitement des hommes et des femmes.

Ainsi, l'identité de traitement est nécessairement respectée en ce qui concerne, par exemple, le mariage de l'italien à l'étranger²¹⁸⁸, relativement notamment à la condition d'âge²¹⁸⁹, de capacité²¹⁹⁰, de célibat²¹⁹¹. De ce fait, aucune loi étrangère n'aura vocation à être appliquée à ces questions. Cela exclut ainsi le risque que l'ordre juridique du for soit confronté, par exemple, à une loi étrangère qui distingue l'âge de la majorité des hommes et des femmes. Cette condition n'est en revanche pas prévue concernant le mariage des étrangers en Italie²¹⁹².

De même, la question de la conformité du mariage polygynique au principe d'égalité des époux ne se pose pas, puisque la condition de célibat s'impose en tant que loi de police, indépendamment donc du sexe des époux. Cette exigence s'impose d'ailleurs également pour les mariages célébrés entre étrangers à l'étranger, puisque l'article 27 de la loi n° 218/1995 réserve le respect de cette condition indépendamment de la loi applicable à la validité du mariage.

1058. L'égalité des hommes et des femmes est également protégée dans leurs rôles respectifs de père et de mère. L'article 36 bis a) et b) imposent l'application des dispositions de la loi italienne qui reconnaissent l'autorité parentale aux deux parents et font peser sur les deux

²¹⁸⁸ Art. 115 Cod. civ. it.

²¹⁸⁹ Art. 84 Cod. civ. it., donc l'application est réservée par l'article 115 Cod. civ. it. concernant le mariage des italiens à l'étranger.

²¹⁹⁰ Art. 85 Cod. civ. it., donc l'application est réservée par l'article 115 Cod. civ. it. (cité dans la note précédente) et par l'article 116 Cod. civ. it., concernant le mariage des ressortissants étrangers en Italie.

²¹⁹¹ La condition de célibat est posée en tant que clause spéciale d'ordre public par l'article 27 de la loi n° 218/1995. Elle est également réservée en tant que loi de police par l'art. 86 Cod. civ. it., et par les articles 115 et 116 Cod. civ. it. (cités dans les deux dernières notes).

²¹⁹² Art. 116 Cod. civ. it.

parents l'obligation de pourvoir à l'entretien de l'enfant²¹⁹³.

1059. Des exigences substantielles d'identité de traitement des enfants indépendamment de leur naissance, protégées par des lois de police. - Le respect de l'exigence d'identité de traitement des enfants indépendamment de leur naissance s'impose également par le biais des lois de police. L'article 33 alinéa 4 de la loi italienne n° 218/1995 est en effet qualifié de la sorte et couvre les dispositions de droit italien établissant l'unicité du statut des enfants. Cette disposition n'empêche ainsi pas d'appliquer les lois étrangères applicables, par exemple, à l'établissement et à la contestation de paternité. Elle amène cependant à écarter l'application de toute norme qui distinguerait, notamment, selon que l'enfant est né dans ou hors mariage. Ainsi, concrètement, du fait de la protection de cette disposition au titre de loi de police, aucune différence de traitement ne sera admise puisque les dispositions de droit italien s'appliqueront.

1060. L'exclusion implicite des dérogations aux exigences substantielles d'égalité du for. - Ce qui précède permet de comprendre que le recours aux lois de police pour protéger une exigence substantielle d'égalité n'a lieu que lorsque cette dernière a une importance telle qu'aucune dérogation ne saurait être admise. Autrement dit, le choix de protéger une disposition de droit interne définissant un contenu de l'égalité à travers la méthode des lois de police dépend de l'importance que le for donne à l'exigence substantielle d'égalité en cause. Le respect de cette dernière au stade de la création des situations est assuré, dans ce cas, à travers l'éviction de la méthode conflictuelle et par l'application des dispositions du droit du for qualifiées de lois de police, dès lors que la situation rentre dans son champ matériel. La solution du litige sera *ipso facto* conforme au contenu de l'égalité en cause. La question de l'admissibilité même d'une dérogation à l'exigence substantielle d'égalité protégée par le recours à la méthode des lois de police perd, dans ce cadre, de sa pertinence, puisqu'aucune norme étrangère n'est consultée. L'exigence substantielle d'égalité ne souffre ainsi d'aucune limitation qui ne soit prévue par la disposition de droit interne elle-même. Reprenons l'exemple, précédemment évoqué, de l'exigence de célibat protégée en droit international privé italien au titre de loi de police²¹⁹⁴. Rappelons que cet empêchement à mariage véhicule l'égalité homme-femme puisque le célibat est un prérequis aussi bien pour le mariage de l'homme que de la femme. La protection de cette exigence substantielle d'égalité au titre de lois de police exclut notamment que le juge italien

²¹⁹³ Art. 36 bis, loi it. n° 218/1995: « Nonostante il richiamo ad altra legge, si applicano in ogni caso le norme del diritto italiano che: a) attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale ; b) stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio [...] ».

²¹⁹⁴ Art. 86 Cod. civ. it., ainsi qu'articles 115 et 116 Cod. civ. it. (cités dans les deux dernières notes).

soit confronté à une loi étrangère admettant la polygynie. Rappelons que ce type d'union introduit une différence en raison du sexe puisque seuls les hommes peuvent se marier avec plusieurs femmes et non l'inverse. Il a déjà été précisé que l'application de cette loi exige d'admettre une dérogation à l'exigence substantielle d'identité de traitement des époux relativement à leur droit respectif de se marier²¹⁹⁵. Cela permet à présent de comprendre que cette question de l'admissibilité des dérogations ne se pose pas si la condition de célibat s'impose au titre de lois de police.

1061. Plusieurs méthodes possibles pour un même résultat. - Cela permet de comprendre que là où l'ordre juridique considère un contenu de l'égalité comme important, les autorités nationales sont susceptibles de la protéger par le biais de la méthode des lois de police. En ce sens, il est possible d'affirmer que c'est l'importance donnée à l'exigence substantielle d'égalité du for qui détermine la méthode de désignation du droit applicable. Rappelons cependant qu'un résultat proche peut être obtenu en faisant jouer la méthode conflictuelle et en déclenchant le jeu de l'effet plein de l'ordre public à l'encontre de toute loi qui ne serait pas conforme au contenu de l'égalité en cause.²¹⁹⁶



1062. L'importance attribuée à chaque contenu de l'égalité peut donc amener à choisir au sein du panel des méthodes permettant d'aboutir au niveau de protection souhaitée par le for. Là où l'ordre juridique est susceptible d'admettre une dérogation au respect d'une exigence substantielle d'égalité, par exemple en posant une condition de proximité au déclenchement d'une exception d'ordre public venant protéger cette exigence, l'ordre juridique du for ne protégerait pas les dispositions de droit interne consacrant ce contenu de l'égalité par la méthode des lois de police, ou bien limiterait en conséquence le champ d'application spatial de la loi de police. Comme nous nous apprêtons à le voir, la disposition d'une condition de proximité au stade de la création d'une situation témoigne notamment de la possibilité de déroger à l'exigence substantielle d'égalité à la faveur de la continuité potentielle des solutions.

²¹⁹⁵ V. *supra*, § 348 et s. et spéc. § 350.

²¹⁹⁶ V. *supra*, § 930 et s.

2) L'admissibilité de la dérogation pour la continuité des situations

1063. **L'exemple de la disposition de conditions de proximité.** - La disposition d'une condition de proximité au stade de la création d'une situation dans le for reflète la recherche d'un équilibre entre la protection d'une exigence substantielle d'égalité et le souci de ne pas créer des situations boiteuses. L'analyse de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil français permet de le montrer. Cette disposition contient une règle de conflit assortie d'une clause d'ordre public de proximité disposant que, lorsque l'une des conditions de proximité listées est remplie, le mariage peut être valablement célébré.

Il est possible de considérer que deux intérêts opposés ont été pris en compte par le législateur français dans l'élaboration de cette règle de conflit de lois. D'un côté se trouve l'exigence de respecter le contenu substantiel d'égalité en cause. Rappelons qu'en principe tout refus de célébrer l'union entre deux personnes de même sexe serait contraire, depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2013, à la conception française de l'égalité. Ce mariage a en effet été ouvert aux couples homosexuels précisément au nom de l'égalité²¹⁹⁷ et donc, en raison du fait que depuis l'adoption de cette loi, l'ordre juridique français considère que les couples de même sexe et de sexe opposé sont comparables relativement au droit au mariage²¹⁹⁸. D'un autre côté, il a également été démontré que la continuité potentielle des situations dont la création est demandée dans l'ordre juridique du for peut constituer un motif légitimant une dérogation au respect des exigences substantielles d'égalité du for²¹⁹⁹.

1064. **La mesure de la prise compte du souci de continuité des situations.** - Dans le cas de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil français, il s'agit d'une prise en compte minimaliste du souci d'éviter la création de situations boiteuses²²⁰⁰. Soulignons en effet que l'alinéa 2 de l'article 202-1 prévoit plusieurs conditions de proximité alternatives, non seulement avec l'ordre juridique du for, mais avec des ordres juridiques dont la conception du mariage correspond à celle issue de la loi française du 17 mai 2013²²⁰¹. Le respect de l'une d'entre elles suffit ainsi à permettre la célébration. Si la loi personnelle d'un des époux, ou la loi de l'État

²¹⁹⁷ Il a déjà été précisé que l'étude d'impact du projet de loi d'ouverture du mariage aux couples de même sexe, il est possible de lire sous la rubrique *Objectif de la réforme* que l'égalité était le but de la réforme (Étude d'impact, Projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, NOR : RDX1314513L/Bleue-1, p. 22).

²¹⁹⁸ V. *supra*, §§ 278-279.

²¹⁹⁹ V. *supra*, §§ 363-365.

²²⁰⁰ En ce sens, et soulignant le risque que le mariage formé en application de cette disposition soit boiteux, P. HAMMJE, « "Mariage pour tous" et droit international privé - Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *op. cit.*, pp. 773-806, spéc. §§ 2-4.

²²⁰¹ Loi fr. du 17 mai 2013, n° 2013-404, préc.

sur le territoire duquel il a son domicile, ou encore sa résidence le permettent, le mariage pourra être célébré en France. Les cas où le mariage ne pourra pas être célébré seront en effet rares²²⁰², ce qui implique que le risque que la situation ne soit pas reconnue à l'étranger demeurera élevé tant que les pays dans le monde qui autorisent ces unions resteront une minorité. La prise en compte du souci de la continuité des situations est aussi réduite précisément en raison de l'importance que l'ordre juridique français accorde à l'exigence substantielle d'égalité que représente la possibilité de conclure des mariages entre personnes de même sexe. Nous avons en effet déjà eu l'occasion d'exposer que si le mariage entre personnes du même sexe avait été régi par la même règle de conflit que le mariage entre personnes de sexe opposé, en 2013 peu de mariages internationaux auraient pu être célébrés²²⁰³.

Le souci d'éviter de créer des situations boiteuses est donc pris en compte, mais se situe en arrière-plan par rapport au souci de l'ordre juridique de créer ces situations, conformément à ce que dicte la conception française d'égalité.

Il s'agit là du point d'équilibre trouvé par le législateur français et qui définit la mesure dans laquelle, d'un côté, la protection de l'exigence substantielle d'égalité du for et, d'un autre côté, la prise en compte du souci d'éviter de créer des situations boiteuses sont considérées comme opportunes. Or, à la lumière de la nécessité de respecter cet équilibre, les juges ne sont pas libres de choisir la technique à appliquer dans l'hypothèse où une autre technique de désignation de la loi applicable doit être employée. Le choix s'ouvre uniquement parmi les techniques permettant de conserver le même équilibre. Ainsi, si le recours à plusieurs techniques peut amener à des résultats identiques, le choix sera, en pratique, limité aux techniques qui permettent de garantir le niveau de protection jugé nécessaire de l'exigence substantielle d'égalité en cause. Cela explique par ailleurs le fait que, lorsque dans l'arrêt rendu le 28 janvier 2015²²⁰⁴ la Cour de cassation a été confrontée à une hypothèse où l'article 202-1 du Code civil français était inapplicable, dans la mesure où la Convention franco-marocaine du 10 août 1981²²⁰⁵ l'était, les juges aient recherché une technique alternative permettant d'aboutir au même résultat. Pour ce faire, la Cour a logiquement repris les mêmes conditions de proximité

²²⁰² Rappelons que tel était d'ailleurs le but poursuivi par le législateur français, lorsqu'il a introduit l'article 202-1 al. 2 Cod. civ. fr. V. *supra*, § 559 et s.

²²⁰³ V. *supra*, même point.

²²⁰⁴ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 400, n. D. Boden, S. Bollée, B. Haftel, P. Hammje, P. de Vareilles-Sommières, *LPA*, 27 février 2015, n° 42, p. 6, n. V. Legrand, *JCP*, 2015, p. 318, n. L. Gannagé, *JDI*, 2015, p. 597, n. J. Guillaumé, S. Godechot-Patris, *ibid.*, p. 613, n. Th. Vignal.

²²⁰⁵ Convention relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, préc.

prévues par la règle de conflit inscrite dans le Code civil²²⁰⁶.

1065. En suivant la même finalité, à l'occasion de l'adoption de la loi n° 76 du 20 mai 2016 réglant les unions civiles entre personnes du même sexe et la cohabitation, le législateur italien a inséré l'article 32 bis, précédemment relaté, dans la loi de droit international privé italienne n° 218 de 1995. Rappelons que cette disposition énonce que le mariage entre deux personnes de même sexe célébré à l'étranger par au moins un italien²²⁰⁷ produit les effets de l'union civile. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que cette disposition permet de dessiner l'espace de la non-contrariété à l'ordre public international relativement aux effets que peut produire le mariage d'un italien, conclu à l'étranger avec une personne du même sexe²²⁰⁸. L'emploi de la nouvelle catégorie de droit international privé italien, assortie d'une règle de conflit employant la méthode de la substitution²²⁰⁹, permet ainsi d'éviter d'avoir recours à l'ordre public international italien pour empêcher que ces unions ne produisent les effets du mariage en Italie lorsqu'elles impliquent un ressortissant italien.



1066. Il découle de ce qui précède que, lorsqu'il est question de respecter des exigences substantielles d'égalité, l'ordre juridique choisira la technique de désignation du droit applicable permettant de garantir le niveau de conformité souhaité. Si l'admissibilité des dérogations est exclue au stade de la création d'une situation dans le for, le contenu de l'égalité pourrait par exemple être protégé à travers l'application de la méthode des lois de police, ou en application de la méthode conflictuelle en faisant jouer l'effet plein de l'ordre public, ou encore l'application immédiate du contenu de l'égalité en cause. Si en revanche un équilibre est recherché entre, par exemple, la continuité potentielle des situations créées dans le for et le

²²⁰⁶ *Contra*, développant une critique de la solution retenue par la Cour de cassation v. S. BOLLÉE, B. HAFTEL, in D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *op. cit.*, pp. 400-412 et spéc. P. 404 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, in *Ibid.*, p. 409.

²²⁰⁷ La Cour de cassation italienne a précisé que la référence faite par cet article au mariage conclu « da cittadini italiani » (par des citoyens italiens) doit s'entendre comme étant faite aussi bien aux mariages conclus entre italiens qu'aux mariages mixtes. V. Cass. it., Civ. 1^e, 14 mai 2018, n° 11696, *Foro It.*, 2018, I, 1948, *Dir. Comp.*, 2018, n. V. Miri, *Famiglia*, 2019, p. 473, n. M. Ramuschi.

²²⁰⁸ V. Cass. it., Civ. 1^e, 14 mai 2018, n° 11696, préc., point 13.2 de l'arrêt.

²²⁰⁹ Soulignons cependant que certains auteurs voient en l'article 32 bis une manifestation de la méthode de la reconnaissance. Ainsi, Monsieur DAVÌ considère que « bien qu'attribuant à l'acte les effets moindres propres à l'union civile de droit italienne » cette disposition constituerait une manifestation de la méthode de la reconnaissance en ce qu'« elle n'impose le respect d'aucune condition relative à la loi appliquée ou à l'existence d'un lien entre l'acte en question et l'État dont il émane » (A. DAVÌ, « Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato », *RDI*, n° 2, 2019, pp. 319-329, spéc. p. 322, note n° 3).

respect d'une exigence substantielle d'égalité qui commande la création de la situation, plusieurs voies s'ouvrent. Une condition de proximité pourra notamment être prévue, soit à travers le jeu de l'ordre public de proximité, soit par l'admission de dérogation aux contenus de l'égalité du for immédiatement appliqués, ou encore par l'élaboration de clauses spéciales d'ordre public subordonnant la création au respect de la condition de proximité souhaitée.

1067. En conclusion, le choix de la technique de désignation du droit applicable à une situation dépend de l'importance que l'ordre juridique du for accorde à chaque exigence substantielle d'égalité. Cela ne surprendra pas, dans la mesure où le choix des méthodes de résolution des litiges privés internationaux est toujours opéré en fonction de la logique, conflictuelle ou matérielle, que l'ordre juridique du for entend suivre. Son analyse s'imposait cependant, car il était nécessaire de savoir si, à travers le choix des méthodes, la continuité des situations peut être garantie là où l'ordre juridique du for souhaiterait s'assurer du respect d'un contenu de l'égalité. La réponse s'est cependant avérée être négative : la technique est notamment choisie en fonction du niveau de protection de l'exigence substantielle d'égalité du for requis. Il est par exemple ressorti des pages précédentes que, lorsque l'ordre juridique du for attribue une importance élevée à une exigence substantielle d'égalité, elle fera l'objet de protection à travers les techniques permettant d'encadrer fortement, voire d'exclure, les dérogations. Ainsi, elle pourra être protégée à travers la méthode des lois de police, ou bien, dans le cadre de l'application de l'exception d'ordre public, ce dernier pourrait jouer dans son effet plein. Si cette hypothèse se réalise dans le cadre de la création de la situation dans l'ordre juridique du for, aucune ou peu de considération sera donnée à l'objectif de circulation. Pour ces raisons, le choix entre les méthodes de désignation de la loi applicable à la création d'une situation dans le for est insusceptible d'augmenter les chances que la situation créée dans l'ordre juridique du for soit reconnue à l'étranger. L'objectif de circulation sera uniquement pris en compte dans la mesure compatible avec la protection que l'ordre juridique du for souhaite assurer à chaque exigence substantielle d'égalité. Il en va de même concernant le choix de dissocier ou non le contrôle de la validité d'une situation créée à l'étranger du contrôle de la compatibilité de ses effets à l'ordre public international.

B) Le choix de dissocier le contrôle de la validité et des effets

1068. Il a précédemment été exposé que la jurisprudence *Baaziz II*²²¹⁰, protégeant la première femme française en raison de la contrariété à l'ordre public de la polygamie, témoigne de la volonté des juges d'opter pour une méthode qui permet d'aboutir à ce résultat au prix d'une définition erronée des exigences substantielles d'égalité en cause²²¹¹. Cette dernière opération n'aurait en effet pas été possible si le contrôle des effets de l'union n'avait pas été dissocié du contrôle de la validité. Ainsi, l'abandon de la volonté de favoriser l'épouse française par la deuxième chambre civile est l'élément qui marque véritablement le passage de la dissociation à la non-dissociation de ces vérifications. Autrement dit, c'est la renonciation à une volonté de traiter différemment la première épouse française de la seconde épouse étrangère qui conduit à cette différente approche. Cette jurisprudence doit être saluée puisque l'exigence substantielle d'égalité qui découle du droit interne n'est pas une exigence de différence de traitement, contrairement au contenu de l'égalité défini relativement au partage du droit à la pension de réversion entre les ex-conjoints du défunt²²¹².

1069. **Une confirmation dans la jurisprudence italienne.** - Le droit italien confirme que le choix de dissocier ou non le contrôle de la validité et des effets d'une situation créée à l'étranger dépend du résultat escompté en termes d'identité ou de différence de traitement.

Il a déjà été précisé qu'en principe en droit international privé italien la solution préconisée par la doctrine est celle de la non-dissociation entre le contrôle de la validité et le contrôle des effets de la situation créée à l'étranger²²¹³. Rappelons que la doctrine italienne considère que l'exception d'ordre public ne peut donner lieu à une contrariété *in concreto* à l'ordre public international du for là où la question de la validité de la situation créée à l'étranger n'est pas posée au titre principal, mais préalable²²¹⁴. Le seul contrôle d'égalité éventuellement effectué porte alors sur les effets de la situation. L'analyse des effets peut cependant déteindre sur l'analyse de la validité lorsque la situation en cause n'est pas simplement considérée comme nulle par les autorités italiennes, mais inexistante. Une situation juridique nulle peut en effet produire des effets, tandis qu'elle ne le pourra pas si elle est considérée comme inexistante²²¹⁵.

²²¹⁰ Cass. fr., Civ. 1^e, 6 juillet 1988, *Baaziz II*, *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1989, pp. 71-81, n. Y. Lequette ; Civ. 2^e, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27864, *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, p. 339, n. P. Lagarde.

²²¹¹ V. *supra*, § 970.

²²¹² V. les développements précédents à cet égard, § 979 et s.

²²¹³ V. *supra*, § 960.

²²¹⁴ V. *supra*, § 908.

²²¹⁵ Ainsi, le mariage déclaré inexistant ne peut produire les effets du mariage putatif. V. G. FERRANDO, A. QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Ipsoa, Milan, 2007, p. 75 et s.

Or, que le contrôle porte sur l'existence ou sur les effets d'une situation, les juges s'interrogeaient initialement uniquement sur la première de ces deux questions. Une réponse négative a initialement été donnée par les juges italiens, lorsqu'ils ont été confrontés à des demandes de reconnaissance de mariages prononcés à l'étranger entre personnes du même sexe²²¹⁶. Du fait de leur inexistence dans l'ordre juridique italien, les juges n'avaient pas à s'interroger sur les effets que ces mariages pouvaient produire en Italie.

Dans l'arrêt rendu le 15 mars 2012, la Cour de cassation italienne²²¹⁷ a en revanche conclu à l'existence de la situation. Les juges ont souligné qu'à la lumière de l'arrêt *Schalk et Kopf*²²¹⁸ il n'était plus possible de refuser d'admettre la validité et, par là, l'existence, de l'union célébrée à l'étranger²²¹⁹. Les juges rappellent notamment que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il n'était pas possible d'exclure les unions entre personnes de même sexe de la notion de mariage. Ils en ont déduit qu'il n'était plus possible de continuer à refuser de reconnaître la validité de ces mariages en raison de l'identité de sexe des époux.

Néanmoins, ils ont refusé que le mariage produise des effets en Italie au nom de l'ordre public international. La Cour justifie artificiellement ce choix. Elle puise la possibilité de distinguer l'analyse de la validité et l'analyse des effets de l'union dans l'article 12 de la CESDH. Ce dernier précise que le droit au mariage est reconnu « selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »²²²⁰. Elle en déduit que si la validité de ces unions ne pouvait plus être refusée, les ordres juridiques nationaux restaient libres d'en régir les effets, ce qui comprenait également le choix de refuser que ces mariages en produisent.

1070. Cela montre que la volonté de continuer à différencier le traitement des couples de même

²²¹⁶ Trib. Latina, 31 mai 2005, *Nuova giur. civ. e comm.*, 2006, I, 86, n. F. Bilotta; *Dir. e giust.*, 2005, p. 30, n. G. Dosi, *Dir. fam.*, 2005, 1268, n. P. Cavana, *ibid.*, 2006, I, 606, n. M. Casini e M. L. Di Pietro; CA Rome, 13 juillet 2006, *Guida al dir.*, 2006, p. 59, n. F. Bilotta; Cass. it., 14 février 1975, n° 569, *Giust. Civ.*, 1965, I, 993 ; 20 mai 1976, n° 1808, *Giur. it.*, 1977, I, 1378 ; 22 février 1990, n° 1304, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 726. ; 9 juin 2000, n° 7877, *Giust. civ.*, 2000, I, 2897, n. L. Lacroce.

²²¹⁷ Cass. it., Civ. 1^e, 15 mars 2012, n° 4148, *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 696, *Riv. AIC*, 2012, n° 1 [en ligne], n. Di Bari.

²²¹⁸ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

²²¹⁹ Avant que la CEDH ne rende cet arrêt en revanche, ces unions étaient considérées comme nulles en raison de leur contrariété à l'ordre public (M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia, op. cit.*, p. 38).

²²²⁰ La Cour résume ses propres analyses en concluant comme il suit : « Et donc l'effet limité, mais déterminant de l'interprétation de la Cour européenne [...] réside en le fait d'avoir fait tomber le postulat implicite, la condition minimale indispensable sur laquelle repose l'institution du mariage, caractérisé par la diversité de sexe des époux et, par conséquent, dans le fait d'avoir considéré que l'art. 12 de la CESDH inclut également le droit au mariage homosexuel [...] en réservant toutefois la garantie de ce droit aux libres choix des Parlements nationaux » (*T.d.A.*, « Ed allora, il limitato ma determinante effetto dell'interpretazione della Corte Europea [...] sta nell'aver fatto cadere il postulat implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell'aver ritenuto incluso nell'art. 12 della CEDU anche il diritto al matrimonio omosessuale, [...] riservando tuttavia la garanzia di tale diritto alle libere opzioni dei Parlamenti nazionali » (point 4.1 de l'arrêt).

sexe et de sexe opposé au regard du droit au mariage a amené les juges à changer la technique de contrôle et à opter pour celle qui permettait de conserver une différence de traitement. En effet, si les juges avaient continué d'associer le contrôle de la validité et le contrôle des effets du mariage, la nécessité constatée par les juges italiens d'admettre la validité de l'union aurait pu amener à accepter que l'union produise les effets du mariage en Italie. Cela aurait cependant été contraire à l'exigence de différence de traitement que l'ordre juridique italien définissait et définit, conformément à sa conception de la famille.

1071. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Orlandi*²²²¹ a considéré que le refus de faire produire des effets à ces mariages lorsqu'ils avaient été célébrés à l'étranger était contraire au droit à la vie privée et familiale des membres du couple garanti par l'article 8 de la CESDH. Or, le législateur italien est intervenu sur la question en prévoyant dans le nouvel article 32 bis de la loi n° 218 de 1995 que les mariages conclus à l'étranger entre personnes de même sexe produisent les effets de l'union civile règlementée par le droit italien. Cette disposition a laissé penser dans un premier temps que ces mariages étaient ainsi requalifiés en unions civiles²²²². Aussi bien la validité que les effets de ces unions, et uniquement en tant qu'unions civiles, auraient ainsi été admis. La Cour de cassation est cependant restée dans la lignée de sa jurisprudence de 2012 et dans son arrêt du 14 mai 2018²²²³ a continué d'admettre la validité de ces mariages en tant que tels. Elle affirme en effet que « les normes de droit international privé [...]²²²⁴ concernent la reconnaissance des effets de l'acte [et que l'] obstacle caractérisé par la contrariété à l'ordre public [...] concerne les effets et non la qualification de l'acte »²²²⁵. Elle souligne d'ailleurs que le mariage conclu à l'étranger, entre ressortissants étrangers de même sexe, « devrait être transcrit [...] en tant que tel, sans opérer aucune conversion [en union civile] »²²²⁶ et que les règlements « Bruxelles II bis »²²²⁷ (et

²²²¹ CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc.

²²²² F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 11.

²²²³ Cass. it., Civ. 1^e, 14 mai 2018, n° 11696, préc.

²²²⁴ La Cour cite en parenthèse les articles 64 et 65 de la loi n° 218 de 1996 concernant la reconnaissance des jugements étrangers et des mesures adoptées à l'étranger en matière familiale.

²²²⁵ Point 13.2 : « L'impedimento costituito dalla contrarietà all'ordine pubblico [...] riguarda gli effetti e non la qualificazione dell'atto ». La Cour fait implicitement référence à la condition de conformité des décisions étrangères, telle que précisée par l'article 64, g) de la loi it. n° 218/1995.

²²²⁶ Point 13.3 : « Il matrimonio dovrebbe essere trascritto, in questa ipotesi, come tale, senza operare alcuna conversione »

²²²⁷ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

prochainement « Bruxelles II ter »²²²⁸) et « Rome III »²²²⁹ sont désormais applicables aux mariages conclus entre deux étrangers de même sexe²²³⁰. En revanche, les effets produits par les mariages conclus entre italiens ou entre un italien et un ressortissant étranger sont régis par l'article 32 bis précédemment évoqué. Cette disposition ne vient ainsi pas requalifier les mariages conclus entre personnes de même sexe, mais pose une règle matérielle comportant la condition à laquelle les effets de ces unions ne sont pas considérés comme contraires à l'ordre public italien. Comme l'affirme la Cour « la non-contrariété à l'ordre public international, tel qu'interprété par le législateur de la loi n° 76 de 2016 et des décrets délégués, de la reconnaissance du mariage [...] est consacrée par la loi n° 218 de 1995, art. 32 bis [...] »²²³¹. Il s'ensuit que si un italien et un étranger ou deux italiens se marient à l'étranger, cette union produira en Italie les effets de l'union civile. En revanche, le mariage conclu entre étrangers de même sexe à l'étranger pourrait vraisemblablement être reconnu en tant que tel en Italie et produire les effets du mariage.

1072. Or, la Cour laisse comprendre elle-même que le contrôle de la validité de ces mariages est de nouveau associé au contrôle de leurs effets. Elle souligne en effet que l'application de l'article 32 bis « est également cohérente avec le régime juridique de droit international privé relatif à la capacité et aux conditions pour contracter mariage ». Elle précise également que « l'article 27, applicable en l'espèce, renvoie à la loi de la nationalité de chaque époux [et que] ce critère créerait en l'espèce un conflit insurmontable [...] si on n'adoptait pas la solution interprétative de l'article 32 bis », applicable aussi bien aux mariages entre italiens qu'aux mariages mixtes. Or, l'article 27 de la loi italienne n° 218/1995 régit la validité quant au fond du mariage. La Cour déduit ainsi la validité de ces mariages du fait même que l'article 32 bis en régit les effets. Cela n'est pas étonnant en rappelant que ces contrôles avaient été dissociés en 2012 précisément en raison de la nécessité relevée par les juges que ces unions ne produisent

²²²⁸ Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfant. Le règlement entrera en vigueur le 1^{er} août 2022 (art. 105.2).

²²²⁹ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

²²³⁰ Point 13.2 : « In tale peculiare ipotesi [celle du mariage à l'étranger entre deux ressortissants étrangers de même sexe] non può essere ignorato il carattere intrinsecamente transnazionale del rapporto matrimoniale contratto tra cittadini stranieri, in quanto caratterizzato da un sufficiente grado di estraneità rispetto al nostro ordinamento, con conseguente operatività dei criteri di collegamento stabiliti negli artt. da 26 a 30 della l. n. 218 del 1995 o, ove applicabili, dei regolamenti UE in materia matrimoniale (Regolamento CE n. 2201 del 2003 e 1259 del 2010) ».

²²³¹ Point 13.2 : « Nel caso di specie, la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale, così come interpretato dal legislatore della L. n. 76 del 2016 e dei decreti delegati, del riconoscimento del matrimonio e delle unioni civili o istituti analoghi contratti all'estero, è consacrata dalla L. n. 218 del 1995, artt. 32 bis e quinquies ».

pas en Italie les effets du mariage. Dans la mesure où le législateur a réglé ce problème, le contrôle de la validité a nouvellement pu être associé au contrôle des effets.

1073. Le choix entre ces techniques de contrôle est donc strictement lié au résultat poursuivi. La différence de traitement entre les couples de même sexe et de sexe opposé aurait dû être abandonnée si en 2012 le contrôle de la validité n'avait pas été dissocié du contrôle des effets. En 2016, en revanche, le législateur lui-même est venu prévoir la différence de traitement, ce qui a été précisé par la Cour de cassation dans l'arrêt du 14 mai 2018. Questionnés sur ce point, les juges rappellent dans ce même arrêt que le refus de transcrire un mariage concernant au moins un ressortissant italien, de sorte qu'il ne produise pas les effets de cette union, n'est pas contraire aux dispositions d'égalité contenue dans la Convention européenne des droits de l'homme. *Le contrôle de la validité a ainsi pu être réassocié au contrôle des effets dans la mesure où, grâce à l'article 32 bis, la différence de traitement peut être maintenue.*



1074. Il est ainsi possible d'en conclure avec Monsieur MOSCONI et Madame CAMPIGLIO que « même pour les questions préliminaires, face aux divergences doctrinales et jurisprudentielles, on a l'impression de choisir la solution considérée être la mieux adaptée à l'espèce, c'est-à-dire, en somme, en fonction du résultat à atteindre »²²³².

La même subordination du choix de la technique au résultat du contrôle d'égalité souhaité peut être également trouvée dans l'option de la mise en œuvre du contrôle *in concreto* ou bien *in abstracto*.

C) Le choix entre le contrôle *in concreto* et *in abstracto*

1075. Le choix entre la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto* ou *in abstracto* peut être opéré par les juges précisément en fonction du résultat attendu. Il convient de considérer que, outre le fondement discutable sur le principe d'égalité des époux des décisions françaises rendues en matière de répudiation²²³³, un autre doute doit être soulevé.

1076. **Du contrôle discutable *in concreto* à un contrôle *in abstracto*.** - Les juges ne semblent pas véritablement exiger une violation *in concreto* de ce principe. Rappelons que le contrôle est

²²³² F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 215.

²²³³ V. *supra*, § 1013 et s.

censé être effectué de la sorte dans la mesure où les juges recherchent si l'épouse a acquiescé à la répudiation²²³⁴. La Cour de cassation n'a en effet concrètement jamais accepté de caractériser l'acquiescement de l'épouse. La jurisprudence permet au contraire de préciser une liste de cas dans lesquels l'acquiescement a été exclu par la Haute juridiction²²³⁵. L'admission de la possibilité de reconnaître une répudiation en cas d'acquiescement pourrait donc être plus symbolique qu'effective.

1077. L'écran de l'exigence d'une violation concrète du principe d'égalité des époux semble d'ailleurs commencer à se briser. Dans deux arrêts rendus au cours des dernières années, la Cour de cassation française a été appelée à se prononcer sur des pourvois formés contre des arrêts d'appel ayant reconnu des répudiations en raison de l'acquiescement de l'épouse²²³⁶. La Cour de cassation a cassé ces arrêts. Le refus de reconnaissance n'a cependant pas été fondé sur l'absence de caractérisation de l'acquiescement comme elle a pu le faire jusqu'en 2012. Elle a en revanche eu recours à la motivation habituelle qu'elle retient face aux demandes de reconnaissance de répudiations prononcées à l'étranger où il n'est pas question d'acquiescement, et elle a refusé la reconnaissance uniquement en raison du caractère discrétionnaire de la répudiation²²³⁷. Ces arrêts ne sont cependant pas publiés, ce qui empêche d'affirmer avec certitude le passage de la Cour de cassation d'un contrôle *in concreto* de la conformité des répudiations au principe d'égalité, à un contrôle *in abstracto*.

1078. **Le recours au fondement fictif de l'inégalité de traitement devenu superflu.** - Si cette analyse devait être confirmée néanmoins, il serait souhaitable que les juges du Quai de l'horloge abandonnent le fondement actuel de la violation du principe d'égalité des époux que nous avons

²²³⁴ V. *supra*, § 1023.

²²³⁵ La caractérisation de l'acquiescement a été exclue par la Cour de cassation lorsque l'épouse avait demandé une majoration des pensions accordées pour les enfants issus du mariage (Civ. 1^{re}, 31 janvier 1995, n° 93-10769, *JDI*, 1995, p. 343, 2^e esp., n. Ph. Kahn. ; 17 février 2004, n° 02-15766, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 423, préc.). Elle a également été exclue lorsqu'elle a accepté les pensions lui ayant été attribuées par le juge étranger à la suite du prononcé de la répudiation (Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, n° 94-19447, np, *D.*, 1997, p. 400, n. M.-L. Niboyet, *JDI*, 1998, p. 110, n. Ph. Kahn ; Civ. 1^{re}, 27 janvier 1998, n° 95-14453, np.) ; dans le même sens, v. les conclusions de l'Avocat général AUGMANDSGAARD ØE (points 95-96) rendu dans le cadre de l'affaire soumise à la Cour de justice C-372/16, *Soha Sahyouni c. Raja Mamisch*, sur laquelle la Cour s'exprimera dans un arrêt datant du 20 décembre 2017, préc. L'Avocat général introduit une distinction entre l'acceptation par un époux des conséquences d'une procédure de divorce et l'acceptation du principe du divorce, le premier ne permettant pas, à son avis, de résorber le défaut du second. La Cour de cassation française a encore exclu l'acquiescement lorsque l'épouse a demandé une indemnité pour divorce abusif, une pension de retraite légale et d'habitation et une pension alimentaire (Civ. 1^{re}, 14 mars 2012, n° 11-11896, np, *AJ fam.*, 2012, p. 460, obs. A. Boiché, *RJPF*, n° 5, 2012, p. 19, obs. T. Garé).

²²³⁶ CA Metz, 8 janvier 2013, cassé par l'arrêt Cass. fr., Civ. 1^{re}, 15 avril 2015, n° 14-13420, np ; CA Besançon, 28 novembre 2013, cassé par l'arrêt Cass. fr., Civ. 1^{re}, 25 mai 2016, n° 15-10532, np, *Dr. fam.*, 2016, n° 192, obs. M. Farge.

²²³⁷ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 15 avril 2015, n° 14-13420, np ; 25 mai 2016, n° 15-10532, np, *Dr. fam.*, 2016, n° 192, obs. M. Farge.

eu l'occasion de critiquer, à savoir l'impossibilité pour l'épouse et pour le juge étranger de s'opposer à la répudiation. Rappelons en effet que la friction entre les répudiations et le principe d'égalité des époux réside en réalité en l'impossibilité pour l'épouse de répudier l'époux dans les mêmes conditions auxquelles ce dernier peut le faire. Il a été démontré que si ce contrôle peut être considéré comme inopportun, c'est en raison du fait que seule une contrariété *in abstracto* peut être caractérisée, alors que ce dernier type de vérification permet une plus faible prise en compte de la finalité de coordination des ordres juridiques par rapport au recours au contrôle *in concreto*²²³⁸. Si tel est cependant le standard de contrôle que la Cour de cassation française a désormais décidé d'employer, il serait souhaitable qu'elle fonde le refus de reconnaissance sur la condition dans les répudiations qui contraste réellement avec le principe d'égalité des époux plutôt que sur le caractère discrétionnaire de la rupture, comme la Cour de cassation italienne²²³⁹ l'a récemment fait²²⁴⁰. Comme la doctrine le souligne, « c'est bien en mettant en avant l'atteinte à l'égalité que la réaction de l'ordre public doit se faire - car c'est cette atteinte qui est intolérable au regard de nos conceptions »²²⁴¹. Il convient d'ailleurs de souligner à cet égard que des dérogations à cette exigence d'égalité pourraient être admises²²⁴². Tel a d'ailleurs déjà été le cas par le passé, lorsque la Cour de cassation française subordonnait la reconnaissance à la garantie des droits substantiels et procéduraux de l'épouse²²⁴³.

1079. Le choix orienté de la méthode de contrôle. - Cette analyse montre que, là où l'importance donnée à un contenu de l'égalité est élevée, les juges ont choisi d'opérer un

²²³⁸ V. *supra*, §§ 1010-1012.

²²³⁹ Cass. it., Civ. 1^{re}, 7 août 2020, n° 16804, préc.

²²⁴⁰ V. *supra*, § 1003.

²²⁴¹ P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1997, pp. 1-32, spéc. § 33. L'auteur cite à son tour H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, p. 580, § 360 ; H. GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 271.

²²⁴² De cet avis également P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1997, pp. 1-32, spéc. §§ 34-35.

²²⁴³ Cette solution a pu être lue comme une expression du contrôle *in concreto* de la violation de l'ordre public (P. HAMMJE, « Rejet des répudiations musulmanes », *op. cit.*, pp. 423-439, spéc. § 14). La garantie de ces droits ne neutralise cependant pas l'inégalité dans l'accès au divorce. Elle peut en revanche la compenser. Si ces garanties permettent de reconnaître la répudiation, c'est donc en raison de l'admission d'une dérogation à l'exigence substantielle d'égalité du for. Pour des exemples de reconnaissance des répudiations en application de l'effet atténué de l'ordre public, et sous réserve de la garantie minimale des droits procéduraux et/ou pécuniaires de l'épouse, v. Civ. 1^{re}, 18 décembre 1979, n° 78-11085, *Dahar*, préc. ; 3 novembre 1983, n° 81-15745, *Rohbi*, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 325, 1^{re} esp., n. I. Fadlallah, *JDI*, 1984, p. 329, n. Ph. Kahn ; 8 décembre 1987, *Mediane*, *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 733, 1^{re} esp., n. M.-L. Niboyet-Hoegy ; 6 juillet 1988, *Boujlifa*, *JDI*, 1989, p. 63, n. F. Monéger ; 3 juillet 2001, n° 00-11968, *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 704, n. L. Gannagé, *JCP*, 2002.II.10039, n. Vignal, *JDI*, 2002, p. 181, n. Ph. Kahn. Pour un exemple d'exigence de respect des droits processuels de l'épouse v. Civ. 1^{re}, 6 juin 1990, n° 88-15008, *Akla*, *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 593, 1^{re} esp., n. P. Courbe ; 1^{er} juin 1994, n° 92-13523, *Bull. civ.* 1994 I, n° 192 ; 19 décembre 1995, n° 93-19950, *Bull. civ.* I, n° 469 ; 27 janvier 1998, n° 95-14453, np. Pour un exemple d'exigence de respect des droits processuels de l'épouse couplée à l'exigence que l'épouse ou le juge puissent s'opposer au divorce au nom du principe d'égalité des époux, à moins qu'il n'y ait eu acquiescement, v. Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, n° 94-19447, np, *D.*, 1997, p. 400, n. M.-L. Niboyet, *JDI*, 1998, p. 110, n. Ph. Kahn.

contrôle *in abstracto*. Alternativement, ils ont défini un niveau d'exigence élevé pour considérer que le principe d'égalité des époux n'était pas concrètement violé. En revanche, lorsque l'ordre juridique du for attache moins d'importance au contenu de l'égalité en cause, le contrôle est effectivement opéré *in concreto*. Rappelons à cet égard que dans l'arrêt du 23 octobre 2013²²⁴⁴ les juges ont considéré que la loi marocaine qui réservait le don de consolation à la seule épouse ne violait pas de manière concrète le principe d'égalité des époux dans la mesure où l'époux n'avait pas réclamé la reconnaissance de ce droit à son tour²²⁴⁵.



1080. Il est, certes, vrai que le choix entre ces techniques affecte le résultat du contrôle d'égalité. Néanmoins, c'est l'importance donnée à chaque exigence substantielle d'égalité en cause qui oriente les juges vers les techniques qui favorisent ou non la continuité des situations créées à l'étranger. Rappelons que cette importance se déduit de l'admissibilité par le for de solutions contrastant avec le contenu de l'égalité dont il est question. Un auteur a par ailleurs proposé une grille de lecture qui nous permet de trouver dans la jurisprudence française des indices sur l'importance donnée aux différents contenus de l'égalité.

II) Un indice de l'importance des différentes exigences substantielles d'égalité

1081. L'analyse proposée par Monsieur CHEVALIER²²⁴⁶ permet de trouver dans la jurisprudence française un indice révélant le poids que les juges donnent aux différentes exigences substantielles d'égalité du for.

Cet auteur a notamment recherché un critère permettant d'expliquer le choix de la Cour de cassation de se référer à l'ordre public international ou bien aux principes essentiels du droit français²²⁴⁷. Il propose de voir en la référence à l'ordre public « les principes fondamentaux d'une justice universelle et équitable, perméables aux grands principes posés dans la

²²⁴⁴ Cass. fr., Civ. 1^e, 23 octobre 2013, n° 12-25919, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 247, n. F. Monéger.

²²⁴⁵ V. *supra*, § 989 et s.

²²⁴⁶ P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères. L'office du juge de l'exequatur, l'ordre public et le portulan », *Rev. Crit. DIP*, n° 1, 2014, pp. 1-42.

²²⁴⁷ Avant cela, d'autres auteurs ont proposé de voir en la référence aux principes essentiels du droit français une formule regroupant la référence aux principes fondamentaux, d'un côté, et aux fondements politiques et sociaux de la civilisation française, d'un autre. V. en ce sens, F. MONÉGER, G. PLUYETTE, « Exequatur et principes essentiels du droit français », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, p. 447 et s., spéc. p. 453.

Constitution ou les grands principes conventionnellement garantis »²²⁴⁸. Tel est notamment le cas de l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH que la Cour de cassation protège en l'associant à la référence à l'ordre public international notamment en matière de répudiation²²⁴⁹. Monsieur CHEVALIER propose parallèlement de voir dans la référence aux principes essentiels du droit français « la partie basse de l'ordre public international, entendu comme le socle de nos règles normatives élémentaires traduisant la spécificité d'un droit contingent et qui, pour cette raison, ne sont pas nécessairement éligibles au rang de méta principe international, ou de lois de police impératives »²²⁵⁰. L'auteur en trouve un exemple dans les arrêts du 7 juin 2012²²⁵¹. L'un de ces arrêts a reconnu le jugement étranger qui avait partagé l'autorité parentale entre la mère de l'enfant et l'adoptant de même sexe²²⁵². Dans le second de ces arrêts, la Cour a reconnu le jugement étranger prononçant une adoption simple d'un enfant par la partenaire de sa mère²²⁵³. Il s'agissait ainsi dans les deux cas de reconnaissance de jugements étrangers garantissant des prérogatives que l'application du droit français aurait conduit à refuser.

1082. Or, cette grille de lecture fondée sur la distinction de la référence de la Cour de cassation à l'ordre public ou bien aux principes essentiels du droit français peut nous renseigner sur l'importance donnée par les juges aux différentes exigences substantielles d'égalité. Cela conduit notamment à distinguer entre les exigences auxquelles l'ordre juridique français semble donner une vocation universelle et celles qui supportent largement des dérogations.

Dans la jurisprudence relative aux répudiations, la Cour fait référence à l'ordre public international. En revanche, dans les autres arrêts précités, elle mentionne les principes essentiels du droit français. Il est possible de déduire de cette distinction que les juges attribuent une grande importance au respect de l'exigence d'un traitement identique des époux relativement à leur droit au divorce. En effet, dans l'opinion de l'auteur, il s'agissait d'un « principe de justice universelle ». L'importance accordée à la différence de traitement d'un couple marié (hétérosexuel) et d'un couple non marié (homosexuel) relativement au droit au partage de l'autorité parentale et relativement au droit d'adopter l'enfant de l'autre était, en revanche, moindre, puisqu'il s'agissait de reflets de « spécificités d'un droit contingent ».

²²⁴⁸ P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères. L'office du juge de l'exequatur, l'ordre public et le portulan », *Rev. Crit. DIP*, n° 1, 2014, p. 1 et s., § 24.

²²⁴⁹ Jurisprudence constante. V. les arrêts cités en note n° 2080.

²²⁵⁰ *Ibid.*, § 118.

²²⁵¹ *Ibid.*, § 120.

²²⁵² Cass. fr., Civ. 1^{er}, 7 juin 2012, n° 11-30262, *D.*, 2012, 1992, n. I. Gallmeister, *D.*, 2012, p. 1973, n. D'Avout, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 587, n. L. Gannagé, *AJ fam.*, 2012, p. 397, n. A. Dionisi-Peyrusse.

²²⁵³ *Idem.*

1083. Cela laisse penser que *lorsque les juges accordent une grande importance à l'exigence substantielle d'égalité en cause, référence sera faite à une disposition d'égalité consacrée au niveau supranational ou à l'ordre public international*. Dans ce cas, les techniques choisies seront celles qui posent des exigences plus élevées concernant le respect du contenu de l'égalité, comme la mise en œuvre du contrôle *in abstracto* ou du recours à des conditions élevées pour considérer que ce dernier n'est pas concrètement violé. *Lorsque l'importance donnée à un contenu de l'égalité est moindre, il est en revanche possible que les juges fassent référence aux principes essentiels de l'ordre juridique du for et/ou qu'ils mettent en œuvre les techniques plus accueillantes des solutions ne correspondant pas aux exigences substantielles d'égalité du for*. Cela explique que les juges de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation française aient unifié le contrôle de la validité et des effets du mariage polygynique célébré à l'étranger malgré sa contrariété au principe d'égalité des sexes, comme cela a été précédemment relevé²²⁵⁴.

²²⁵⁴ V. *supra*, § 979 et s.

Conclusion du premier chapitre

1084. À la lumière de l'impossibilité de concilier le souci de la continuité des situations avec la nécessité de protéger le principe d'égalité sur la base de l'internationalité et de l'universalisme des exigences substantielles d'égalité, il convenait de rechercher ailleurs le fondement possible d'un équilibre entre les deux.

1085. Or, le résultat d'un litige privé international en termes de continuité des situations dépend souvent de la méthode employée. La question qui se posait était ainsi de savoir si le résultat du contrôle d'égalité, qui a été défini comme le contrôle de la compatibilité d'une norme étrangère aux exigences substantielles d'égalité d'un ordre juridique, est susceptible d'être influencé par le choix de la méthode de résolution du litige privé international. La réponse apportée est doublement négative.

Premièrement, il est apparu que les spécificités du contrôle d'égalité conduisent à neutraliser la différence des résultats obtenus en termes de continuité des situations en application de certaines méthodes de droit international privé. Tel est notamment le cas concernant le choix de contrôler le respect du principe d'égalité à travers son application immédiate, ou bien par le biais de l'ordre public international. Tel est également le cas en ce qui concerne le choix d'appliquer la méthode conflictuelle ou bien la méthode de la reconnaissance lorsque le juge est confronté à des situations créées à l'étranger. La raison réside, premièrement, dans l'unicité de l'objet du contrôle et du fait que les exigences substantielles d'égalité sont définies au niveau interne en droit de la famille, ce qui rend ces dernières indifférentes aux spécificités des situations privées internationales. Le contrôle d'égalité requiert en effet toujours d'analyser une loi étrangère, à savoir celle que la règle de conflit désigne, ou bien celle qui a été appliquée par l'autorité étrangère. Rappelons encore une fois, à ce sujet, que le contrôle d'égalité en droit international privé porte uniquement sur des normes étrangères. Si en effet une disposition de droit interne est appliquée, par exemple, au titre de loi de police, ou en raison de l'éviction de la loi étrangère par le jeu de l'exception d'ordre public, ou lorsque la loi du for est simplement désignée par les règles de conflit, le seul contrôle éventuellement pertinent sera celui de la conventionnalité ou de la constitutionnalité des lois, ce qui n'est pas spécifique au droit international privé.

Deuxièmement, l'indifférence du choix dérive du fait que l'analyse de l'admissibilité des dérogations est une composante même du contrôle d'égalité, ce qui introduit des possibilités de modulation du résultat.

1086. Relativement aux autres méthodes, il a été possible de mettre en évidence l'impact du choix sur le résultat du litige, y compris lorsque des questions d'égalité se posent. Ainsi, la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto*, la non-dissociation du contrôle de la validité et du contrôle des effets de la situation créée à l'étranger, ainsi que l'application de la méthode de la prise en considération, aident la continuité des situations créées à l'étranger, indépendamment de la mise en œuvre d'un contrôle d'égalité. Il en va de même pour le choix de certaines techniques de désignation de la loi applicable qui permettent de diminuer le risque que la situation dont la création est demandée ne soit pas reconnue à l'étranger, telle que la prévision de critères de rattachements cumulatifs. Toutefois, l'effectivité de cette influence a dû être discutée. Il ressort de l'analyse que *c'est la mesure dans laquelle la protection de l'exigence substantielle d'égalité est considérée comme nécessaire qui amène à choisir la méthode de droit international privé, et non l'inverse*. Ainsi, l'importance que l'ordre juridique du for attribue au contenu de l'égalité en cause dicte l'application de niveaux de contrôle et de méthodes plus souples ou plus strictes. Cela n'est pas étonnant si l'on pense, avec NIBOYET, qu'à l'origine de la décision concernant la reconnaissance des jugements étrangers « il y a une considération non pas de technique juridique, mais essentiellement d'opportunité sociale, celle de s'associer à l'œuvre du juge étranger si elle paraît juste »²²⁵⁵. Il n'est donc pas possible de considérer que le choix des techniques de résolution des litiges privés internationaux soit propre à amener à la continuité des situations là où le contrôle d'égalité ne le permettrait pas.

1087. Le supposé équilibre entre l'objectif de la continuité des situations et la protection du principe d'égalité, perdu à la lumière du caractère non international et particulariste des exigences substantielles d'égalité amenée par nos recherches, n'est donc pas réintégré à travers le choix de la technique de résolution du litige privé international. Là où l'ordre juridique du for considère que la protection d'un contenu de l'égalité impose que la reconnaissance de la situation créée à l'étranger soit refusée, la technique sera précisément choisie en fonction de ce but.

²²⁵⁵ J. P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français. Le conflit des autorités. Le conflit des juridictions*, t. 6, n° 1934, p. 72 cité par P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères. L'office du juge de l'exequatur, l'ordre public et le portulan », *Rev. Crit. DIP*, n° 1, 2014, p. 1 et s., § 69. Dans le même sens, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, *op. cit.*, p. 175 : « il n'existe pas une solution unique [mais que] l'on opte pour l'une ou l'autre en fonction du résultat final auquel l'on veut concrètement parvenir » (*T.d.A.*, « La dottrina anche reente dà l'impressione di ritenere che nonn esista un'unica soluzione, e di optare per l'una piuttosto che per l'altra soluzione alla luce del risultato finale cui intende *in concreto* pervenire »).

1088. *Le choix de la méthode de droit international privé n'affecte donc pas véritablement le résultat du contrôle d'égalité en termes de continuité des situations. Cela signifie qu'il n'existe pas d'éléments extérieurs à la conception de l'égalité du for permettant d'équilibrer le résultat, là où le contrôle d'égalité amène à la discontinuité.* Force est alors de constater que le respect des exigences substantielles d'égalité amène à la continuité ou à la discontinuité des situations en droit international privé selon la force avec laquelle le respect de ces exigences s'impose. Telle est donc l'analyse qu'il reste à développer relativement à la matière familiale.

Chapitre 2) La continuité des situations limitée par les exigences substantielles d'égalité

1089. Il ressort de ce qui précède que la méthode de résolution du litige privé international dépend de l'importance que l'ordre juridique du for attribue à l'exigence substantielle d'égalité en cause. Dès lors, la question se pose de savoir ce qui détermine la mesure de cette importance. Cet élément gouverne en effet la continuité des situations lorsque le respect d'un contenu de l'égalité est en cause.

L'analyse montre que le respect des exigences substantielles d'égalité s'impose plus ou moins fortement en fonction du critère qui commande leur définition et qui a fait l'objet d'analyse dans la deuxième partie de cette étude²²⁵⁶. Il s'agit de la conception de la famille de l'ordre juridique du for, mais également des contenus de l'égalité définis au niveau supranational et, en ce qui concerne la France et l'Italie, notamment européen²²⁵⁷. Cela signifie que, lorsque la norme étrangère n'est en principe pas conforme à l'exigence substantielle d'égalité du for, la garantie de la continuité des situations dépend de la tolérance à des situations inconnues dont la conception de la famille du for peut faire montre (**Section 1**). Néanmoins, au cours des dernières années, les juges européens ont condamné des États au nom des droits fondamentaux en raison de la non-reconnaissance des situations créées à l'étranger. Or, le respect du principe d'égalité est susceptible de conduire aussi bien à la reconnaissance qu'au refus de reconnaissance d'une situation créée à l'étranger. La question qui se pose est alors de savoir dans quelle mesure les juridictions européennes sont susceptibles de considérer la reconnaissance comme nécessaire au nom d'exigences substantielles d'égalité qu'elles définissent. S'il résultait de l'analyse que le respect des contenus de l'égalité définis au niveau supranational pourrait souvent passer par la reconnaissance des situations créées à l'étranger, comme cela est par exemple le cas pour le droit au respect de la vie privée et familiale ou pour le droit à la libre circulation dans l'espace européen, il serait alors possible de conclure à la possibilité de trouver un équilibre entre égalité et continuité des situations. En effet, les cas dans lesquels la protection de l'égalité conduirait à la discontinuité des situations seraient, dans cette hypothèse, limités (**Section 2**).

²²⁵⁶ V. *supra*, § 387 et s.

²²⁵⁷ V. *supra*, § 224 et s.

Section 1) Des solutions d'égalité dictées par la conception de la famille du for

1090. Dans la mesure où le résultat du contrôle d'égalité en termes de continuité des situations ne peut être affecté par des facteurs exogènes, et notamment par le choix des méthodes de résolution des litiges privés internationaux, il convient de définir le facteur qui pousse les juges du for à imposer le respect strict des exigences substantielles d'égalité ou bien à admettre une dérogation. Cette analyse permettra ainsi de savoir quel critère justifie que des dérogations soient exclues, notamment dans les hypothèses où le strict respect des contenus de l'égalité conduit à refuser de reconnaître une situation créée à l'étranger ou à créer une situation au risque qu'elle ne puisse circuler à l'étranger.

Or, dans la deuxième partie de cette étude, nous avons vu que la conception de la famille du for, telle qu'elle résulte éventuellement de l'influence subie par les instances européennes, est le facteur en fonction duquel toute exigence substantielle d'égalité est définie.

1091. Cet élément a une conséquence majeure en droit international privé de la famille. La norme étrangère est nécessairement conforme aux contenus de l'égalité du for, dès lors qu'elle est compatible avec la conception de la famille du for (§1). Dans ce cadre, une opération de qualification propre au contrôle d'égalité, opérée de manière implicite mais nécessaire, assume un rôle central. Elle est déterminante dans la sélection des exigences substantielles d'égalité considérées pertinentes dans chaque espèce et auxquelles la norme étrangère devra être confrontée (§2).

§1) La nécessaire conformité des solutions d'égalité à la conception de la famille du for

1092. Les deux premières parties de cette étude nous ont conduite à comprendre que la définition des exigences substantielles d'égalité est opérée au niveau interne²²⁵⁸ en fonction de ce que dicte la conception de la famille du for²²⁵⁹. Cela implique que lorsque la norme étrangère n'est en principe pas conforme au contenu de l'égalité du for, l'admissibilité des dérogations aux contenus de l'égalité dépend de l'importance que cet ordre juridique donne aux différents volets de sa conception de la famille. La tolérance à des formes familiales inconnues dont l'ordre juridique du for peut faire preuve dicte donc l'admissibilité des dérogations aux

²²⁵⁸ V. *supra*, § 223 et s.

²²⁵⁹ V. *supra*, § 387 et s.

exigences substantielles d'égalité **(I)**. L'analyse du droit français et italien permet de le démontrer **(II)**. La subordination du résultat du contrôle d'égalité à la marge de tolérance de la conception de la famille du for explique d'ailleurs que dans certains cas les juges de cet ordre juridique n'opèrent pas le contrôle d'égalité en dépit de sa pertinence. Cela dépend notamment du fait que, lorsque les juges considèrent que la protection de la conception de la famille ne fait pas obstacle à l'application d'une loi ou à la reconnaissance d'une décision étrangère consacrant une forme familiale inconnue, le contrôle d'égalité devient superflu. En effet, une compatibilité avec la conception de la famille du for implique *a fortiori* une compatibilité avec l'exigence substantielle d'égalité en cause **(III)**.

I) La conception de la famille du for, paramètre du contrôle d'égalité

1093. Le facteur qui guide les contrôles d'égalité est la conception de la famille de l'ordre juridique du for. Ce phénomène est notamment visible dans le cadre de l'examen du respect des exigences de différence de traitement du for, qui, rappelons-le, sont une expression du principe d'égalité²²⁶⁰. En revanche, cela est implicite dans le cadre du contrôle du respect des exigences d'identité de traitement. À cet égard, nous avons eu l'occasion de souligner que les juges fondent leurs décisions sur des dispositions d'égalité. Or, il convient de montrer que la confrontation de la norme étrangère à certaines de ces normes permet à elle seule de savoir si cette dernière est conforme aux exigences substantielles d'identité de traitement pertinentes **(A)**. En revanche, le paramètre à employer dans tous les autres cas, et notamment relativement au contrôle du respect des exigences de différences de traitement, est nécessairement la conception de la famille **(B)**. Ce dernier critère pourrait d'ailleurs être employé en tant que paramètre pour opérer tout contrôle d'égalité **(C)**.

A) Les dispositions d'égalité, possible paramètre explicite de contrôle ?

1094. L'analyse de la conformité des normes étrangères aux contenus de l'égalité requiert un raisonnement bien plus simple à mettre en œuvre que celui qui est nécessaire pour s'assurer du respect des exigences substantielles de différence de traitement. Lorsqu'il est question du respect d'une exigence substantielle d'identité de traitement du for, il est nécessaire que la norme étrangère n'introduise pas de différence. Or, dans certains cas, ce contrôle peut être opéré directement en confrontant la norme étrangère à une disposition d'égalité. Les termes du

²²⁶⁰ V. *supra*, § 76 et §§ 201 à 205.

contrôle immédiat du respect des contenus de l'égalité ont déjà pu être définis²²⁶¹. Soulignons cependant que la même analyse est implicitement opérée par les juges dans le cadre du contrôle du respect de l'ordre public international, afin de savoir si l'exigence substantielle d'identité de traitement est *en principe* violé, c'est-à-dire avant de se demander si des dérogations sont admissibles.

Nous avons eu l'occasion d'expliquer que les juges français opèrent parfois le contrôle d'égalité en référence aux dispositions d'égalité garanties par l'ordre juridique du for²²⁶². Il convient à présent de préciser que ces dispositions peuvent servir de paramètre explicite du contrôle d'égalité uniquement lorsqu'il est question de vérifier la conformité d'une norme étrangère à une exigence d'identité de traitement définie par l'ordre juridique du for. Le respect des exigences d'identité de traitement implique en effet que la norme étrangère n'introduise pas de différence de traitement relativement aux situations couvertes par le contenu positif de l'égalité en cause. Or, l'emploi d'un type de disposition d'égalité en particulier peut, à certaines conditions, suffire à savoir si deux situations sont traitées de la même manière par la loi étrangère appliquée ou applicable²²⁶³, conformément à ce qui est défini en droit interne dans l'ordre juridique du for. Il s'agit des normes prohibant les discriminations.

1095. La confrontation des normes étrangères aux dispositions prohibant des discriminations. - Il a été souligné que les juges français confrontent les normes étrangères aux dispositions d'égalité prohibant la discrimination en raison d'un critère donné. Rappelons que les juges français se fondent notamment sur l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH qui dispose que « [l]es époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil [...] » ce qui implique notamment une exigence d'identité de traitement indépendamment de leur sexe²²⁶⁴. Ce fondement peut être employé par les juges lorsque l'ordre juridique du for définit en droit interne une exigence substantielle d'identité de traitement à l'égard des situations en cause. En effet, nous avons vu au cours de la première partie de cette étude que les dispositions prohibant des discriminations en raison de critères préétablis déterminent quelles situations doivent être considérées comme comparables et, par conséquent, quelles situations doivent en principe être traitées de manière identique²²⁶⁵. Il a ainsi été montré que ces

²²⁶¹ V. *supra*, § 911 et s.

²²⁶² V. *supra*, § 248 et s.

²²⁶³ Pour rappel, nous avons pu démontrer que l'objet du contrôle est nécessairement constitué par une loi étrangère, soit celle qui est désignée par les règles de conflit, soit celle qui a été appliquée par l'autorité étrangère. V. *supra*, § 868 et s.

²²⁶⁴ V. *supra*, § 91.

²²⁶⁵ V. *supra*, § 92 et s.

dispositions définissent partiellement des exigences substantielles d'égalité. Il a cependant été précisé que les ordres juridiques peuvent prévoir des différences de traitement s'ils admettent des dérogations à cette disposition d'égalité²²⁶⁶. Ainsi, l'exigence substantielle d'égalité découlant des dispositions prohibant les discriminations en raison de critères déterminés correspond effectivement à celle que définit l'ordre juridique du for uniquement lorsque ce dernier n'admet pas une dérogation à ces dispositions d'égalité en droit interne. Nous renvoyons aux développements précédents concernant la prédétermination des exigences d'identité de traitement que ces normes permettent. Il suffira ici de rappeler que la condition pour qu'une exigence substantielle d'égalité découle directement d'une norme prohibant les discriminations est que l'admission de la dérogation soit exclue. Rappelons en revanche que si l'ordre juridique du for admet une dérogation, il définira une différence de traitement. Dans ce cas, le contrôle d'égalité ne saurait donc pas être fondé directement sur ces dispositions d'égalité.

Les normes étrangères sont alors susceptibles d'être confrontées aux règles prohibant certaines discriminations. Cela est cependant possible uniquement dans le but de s'assurer de la conformité de la norme étrangère à des exigences substantielles d'identité de traitement. Il s'agit plus exactement de celles qui sont définies conformément à une disposition prohibant les discriminations en raison de critères donnés et pour lesquelles les dérogations sont exclues.

1096. L'inaptitude des dispositions d'égalité à fonder le contrôle du respect des exigences de différence de traitement. - Il convient par ailleurs de rappeler que les prohibitions de la discrimination en raison de critères préétablis sont le seul type de disposition d'égalité qui fournit des éléments de définition des contenus de l'égalité, et plus précisément des exigences d'identité de traitement. Aucune disposition d'égalité ne donne en revanche d'élément de définition d'exigences substantielles de différences de traitement. Cela amène ainsi à comprendre que le contrôle du respect de ces dernières ne peut pas être directement fondé sur une disposition d'égalité. Le contrôle de la conformité des normes étrangères aux dispositions d'égalité fondant les exigences substantielles de différence de traitement, telles que le principe d'égalité de droits²²⁶⁷ ou le principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive²²⁶⁸, permettrait en effet de vérifier uniquement que la norme étrangère introduise *une* différence de traitement. Cette confrontation ne permettrait en revanche pas de savoir si la différence touche la catégorie visée par le for et si la mesure de cette différence est conforme à celle que le for commande. Prenons l'exemple de l'ordre juridique italien qui, aujourd'hui, ouvre le partenariat

²²⁶⁶ V. *supra*, § 123 et s.

²²⁶⁷ V. *supra*, § 78 et s.

²²⁶⁸ V. *supra*, § 74 et s.

enregistré aux couples de même sexe uniquement²²⁶⁹. Supposons qu'une juridiction soit confrontée à une demande de reconnaissance d'un partenariat civil créé en France par un couple hétérosexuel. La conception italienne de l'égalité définit une exigence de différence de traitement entre les couples homosexuels et hétérosexuels relativement à cette situation. Or, cette exigence formelle serait remplie par une législation étrangère permettant aux couples hétérosexuels uniquement de conclure un partenariat et à l'exclusion des couples homosexuels. Ces couples seraient en effet traités de manière différente. Néanmoins, le contenu de l'égalité défini par l'ordre juridique italien ne s'épuise pas en l'exigence d'une différence de traitement quelconque, indépendamment de la catégorie à laquelle le droit est accordé et celle à laquelle le droit est refusé. Ce qu'il commande est, de manière spécifique, la garantie de ce droit aux couples de même sexe et, parallèlement, son refus aux couples de sexe opposé.

1097. Cela signifie, alors, qu'afin de vérifier la conformité de la norme étrangère à l'exigence de différence de traitement prévue en droit national, le juge devra rechercher si la norme étrangère refuse la prérogative en cause à la catégorie à laquelle le for la refuse. Là où l'ordre juridique du for prévoit d'attribuer une prérogative à une catégorie donnée dans une mesure moindre par rapport à ce qui est garanti à une autre catégorie, le juge devra s'assurer de la compatibilité de la norme étrangère avec cette mesure de la différence de traitement.

La confrontation de la norme étrangère aux dispositions d'égalité est donc inapte à permettre de vérifier la conformité des normes étrangères aux exigences de différence de traitement définies par l'ordre juridique du for.

1098. Une limite du contrôle découlant du caractère méthodologique du principe d'égalité. - Cette limitation est une conséquence du caractère purement méthodologique des dispositions d'égalité régissant les différences de traitement, et notamment le principe d'égalité des droits et le principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive. Ces dispositions exigent, rappelons-le, le traitement identique de certaines catégories et le traitement différent d'autres catégories relativement à la reconnaissance de chaque prérogative. La question de savoir quelles catégories doivent être traitées de manière identique ou différente, ainsi que la définition de la mesure de la différence de traitement, ne trouvent en revanche pas d'indications dans ces dispositions d'égalité. Ces dernières ne dictent pas la catégorie à laquelle une prérogative doit être reconnue et la catégorie à laquelle la même prérogative doit être refusée, ou reconnue dans une mesure moindre.

²²⁶⁹ Art. 1^{er} al. 2, loi it. 20 mai 2016 n° 76, préc.



1099. Dès lors, lorsqu'il s'agit du respect d'une exigence de différence de traitement, il est nécessaire de se référer au paramètre guidant la définition des contenus de l'égalité, à savoir la conception de la famille. Or, nous avons déjà pu observer que chaque différence de traitement poursuit une finalité définie en fonction de ce que dicte la conception de la famille de l'ordre juridique en cause. La confrontation de la norme étrangère à cette finalité permet de déterminer si celle-ci est conforme à l'exigence substantielle de différence de traitement.

B) La différence de traitement au prisme de la finalité de la conception de la famille

1100. La liste des différences de traitement prévues en matière familiale par les ordres juridiques français et italien est longue. Comme cela a été montré dans la seconde partie de cette étude, les différences de traitement constituent le squelette de la conception de la famille et définissent les contours de la matière familiale. Parmi ces exigences, il est possible de rappeler les différences de traitement prévues par le passé, aussi bien par le droit français que par le droit italien, entre les enfants naturels simples, incestueux ou adultérins ainsi qu'entre époux et épouse. On peut mentionner également les différences qui perdurent aujourd'hui dans les modes d'établissement de la filiation des enfants tant que leur lien de filiation n'est pas établi, ainsi que les différences des obligations pesant sur le père et sur la mère, comme la possibilité d'accoucher sous X garantie aux femmes tandis que les hommes ne peuvent pas se soustraire à une action en déclaration judiciaire de paternité lorsque les conditions sont remplies. Il est possible de rappeler la possibilité d'introduire en justice une action à fins de subsides à l'encontre du prétendu père d'un enfant et non pas à l'encontre de la mère supposée. Mentionnons encore les différences entre les couples mariés, les couples unies par un partenariat enregistré et les concubins. N'oublions pas les différences de traitement introduites par les empêchements au mariage liés à l'âge ou à l'existence d'un lien familial endogène au sein du couple. Enfin, il est possible de rappeler les différences de traitement introduites en droit italien par le maintien de l'exigence de différence de sexe des époux au titre des empêchements au mariage ou encore de l'exclusion des couples de sexe opposé du droit de conclure un partenariat enregistré²²⁷⁰.

²²⁷⁰ L'ensemble de ces exemples a été présenté au cours de la deuxième partie de cette étude.

1101. La finalité poursuivie par la conception de la famille, *ratio* de la différence de traitement en matière familiale. - Les normes étrangères n'ont pas été confrontées par les juges français et italiens à la totalité de ces différences de traitement, de sorte qu'il ne serait pas possible d'en proposer une analyse exhaustive. Son intérêt serait cependant limité dans la mesure où le raisonnement suivi par les juges afin de décider de la compatibilité des normes étrangères avec les exigences de différence de traitement posées par les juridictions est toujours le même. Cette analyse de la conformité des normes étrangères est en effet opérée en analysant si celle-ci est compatible avec la conception de la famille du for. Il ressort de la jurisprudence française et italienne que la réponse est notamment positive lorsque la norme étrangère est compatible avec la finalité poursuivie par la prévision d'une différence de traitement en cause, elle-même définie en fonction de ce que dicte la conception de la famille du for.



1102. Avant de développer une telle analyse, il convient cependant de souligner que ce facteur, la conception de la famille du for, guide la définition de tout contenu de l'égalité, et non pas uniquement des exigences substantielles de différence de traitement. Cela signifie que tout contrôle d'égalité, y compris celui relatif au respect des exigences substantielles d'identité de traitement du for, pourrait passer par la confrontation de la norme étrangère à la conception de la famille du for.

C) L'exigence de compatibilité avec la conception de la famille du for dans tout contrôle d'égalité

1103. Rappelons néanmoins que la conception de la famille est le critère guidant toute définition des contenus de l'égalité, y compris donc les exigences substantielles d'identité de traitement. Cela signifie que si l'on confrontait une norme étrangère introduisant une différence de traitement là où le for impose une identité de traitement, le contrôle de la conformité de cette norme à la conception de la famille du for aboutirait au même résultat que la confrontation de la norme étrangère à une disposition prohibant les discriminations. Ce résultat découle notamment du fait que l'admissibilité des dérogations dépend de ce que peut tolérer la conception de la famille du for.

1104. L'admissibilité des dérogations aux exigences substantielles d'égalité, fonction de la conception de la famille du for. - Les motifs de dérogations possibles aux exigences

substantielles d'égalité du for ont déjà fait l'objet de présentation dans la première partie de cette étude²²⁷¹. Il convient donc de s'intéresser à présent à la manière dans laquelle le juge décide de l'admissibilité ou non d'une dérogation au résultat appelé par la confrontation de la norme étrangère aux contenus de l'égalité qu'il définit.

1105. De manière préliminaire, il convient de souligner qu'il y a dérogation uniquement lorsque l'ordre juridique définit, par exemple, une exigence d'identité de traitement relativement à une prérogative donnée, là où la loi étrangère introduit une différence de traitement. Or, il se peut que, là où la plupart des prérogatives sont accordées de manière identique à deux catégories, par exemple aux enfants nés dans et hors mariage, l'ordre juridique du for lui-même déroge à la règle de l'égalité de traitement. Rappelons à ce titre le refus français d'établir le double lien de filiation pour l'enfant né d'une relation incestueuse. La loi étrangère qui prévoirait la même différence de traitement ne serait pas considérée comme contraire au contenu de l'égalité du for pertinente. Monsieur BODEN a bien cerné cette question. Il se demande en effet, « comment l'ordre juridique du for pourrait-il ne pas supporter des atteintes à un principe auquel la loi du for elle-même déroge parfois ? »²²⁷². « [S]i l'ordre juridique d'accueil contient, au mépris de l'un de ses propres principes [...] les dispositions identiques ou analogues à celles auxquelles il est demandé en l'espèce de donner effet, il sera difficile de prétendre que l'ordre public est heurté par un tel effet »²²⁷³, continue-t-il. Exiger que la norme étrangère traite de manière identique ces situations relativement à la prérogative en cause serait incohérent par rapport au contenu de l'égalité du for pertinente.

La question relative à l'admissibilité des dérogations se pose ainsi uniquement dans deux cas. Tel est le cas lorsque l'ordre juridique du for refuse à une catégorie une prérogative donnée qu'elle accorde à une autre, alors que la loi étrangère garantit cette prérogative à la première catégorie. Il s'agit, autrement dit, du cas où la loi étrangère prévoit une identité de traitement là où l'ordre juridique du for pose une exigence de différence de traitement. Tel est en second lieu le cas lorsque l'ordre juridique du for accorde une prérogative à deux catégories là où la loi étrangère la refuse à l'une d'entre elles. Il s'agit ici de l'hypothèse où la loi étrangère prévoit une différence de traitement là où l'ordre juridique du for pose une exigence d'identité de traitement.

²²⁷¹ V. supra, § 332 et s.

²²⁷² D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, op. cit., p. 759, § 707.

²²⁷³ *Ibid.*, p. 768, § 714.

1106. Rappelons que deux séries de motifs de dérogations aux contenus de l'égalité d'un ordre juridique ont principalement pu être mises en évidence en droit international privé de la famille. Lorsqu'une situation a été créée à l'étranger, le souci de garantir la continuité des situations peut amener l'ordre juridique du for à faire preuve de tolérance envers des formes familiales inconnues²²⁷⁴. L'équité peut également commander des solutions se distanciant du résultat auquel le contrôle d'égalité conduit en principe²²⁷⁵. La question qui se pose est donc de connaître l'élément déterminant l'ordre juridique dans son choix d'admettre ou non une dérogation au respect des exigences substantielles d'égalité du for. Une réponse a déjà été apportée à cette question. Rappelons que l'analyse des concrétisations du principe d'égalité en droit interne dans ces deux ordres juridiques a amené à conclure qu'il n'y a d'identité de traitement que là où l'ordre juridique en cause ne considère pas comme nécessaire d'introduire une différence de traitement conformément à ce que dicte sa conception de la famille²²⁷⁶. Le même constat peut être opéré en référence à l'admission de dérogations aux contenus de l'égalité en droit international privé de la famille.



1107. Le degré de tolérance à des normes qui contrarient en principe les exigences substantielles d'égalité du for dépend toujours de la force avec laquelle ce dernier protège sa conception de la famille. Il amène les juges à décider s'il convient de moduler et, le cas échéant, comment moduler, la réaction de l'ordre public du for face aux demandes de création et de reconnaissance de ces situations. L'analyse de la jurisprudence permet de démontrer ces propos.

II) L'analyse française et italienne des différences de traitement au prisme de la finalité de la conception de la famille

1108. Deux groupes de différences de traitement ont pu être étudiés et confirment l'hypothèse de la subordination du contrôle d'égalité à la conception de la famille du for. La jurisprudence française permet notamment de tracer l'évolution de la mesure dans laquelle le respect des différences de traitement entre les catégories d'enfants était et est exigé par les juges (A). D'un autre côté, la doctrine française et la jurisprudence italienne permettent de mettre en évidence la mesure dans laquelle le respect des différences de traitement découlant des empêchements au mariage s'impose. Relativement à ces derniers en effet, les droits internes de ces deux ordres

²²⁷⁴ V. *supra*, § 359 et s.

²²⁷⁵ V. *supra*, § 348 et s.

²²⁷⁶ V. *supra*, § 623 et s.

juridiques introduisent une gradation concernant l'importance attribuée à chaque empêchement à mariage. Cela se reflète dans le niveau de tolérance face aux normes étrangères plus strictes ou plus souples que la loi française ou italienne **(B)**.

A) L'évolution des finalités dictées par la conception de la famille : l'exemple français

1109. Il ressort de ce qui précède que la confrontation des normes étrangères aux dispositions d'égalité ne permet pas de s'assurer du respect des exigences de différence de traitement du for. Une hypothèse a été émise en conséquence. Elle consiste à penser que ce contrôle doit être effectué en confrontant la norme étrangère à la conception de la famille du for. Or, une analyse doctrinale et jurisprudentielle permet de confirmer cette hypothèse. Il en est ressorti que le respect des différences de traitement est nécessaire lorsque cela correspond à ce que la protection de la conception de la famille commande à chaque époque, ce que nous allons voir. Il a d'ailleurs été possible de préciser cette exigence. Le paramètre du contrôle consiste plus exactement en la finalité poursuivie à travers la prévision d'une différence de traitement en droit interne, en rappelant que ces finalités sont définies conformément à la conception de la famille du for.

1110. L'analyse de la jurisprudence a été volontairement concentrée sur des arrêts portant sur des demandes de création de situations dans le for, et non pas également de reconnaissance, afin d'exclure de l'étude des cas où la solution ne serait pas commandée par le contenu de l'égalité, mais par le souci d'assurer une continuité des situations créées à l'étranger. Ainsi cernée, la recherche a été concentrée sur la jurisprudence française qui est particulièrement nourrie en matière de contrôle de conformité des normes étrangères aux exigences substantielles de différence de traitement entre enfants prévues en droit interne et qui permet d'en montrer l'évolution. Cette dernière peut être découpée en trois périodes. Il s'agit premièrement de la période marquée par la prééminence de l'objectif de protection de la famille fondée sur le mariage, allant des années trente à l'adoption de la loi du 3 janvier 1972²²⁷⁷ **(1)**. Il s'agit ensuite de la période ouverte par l'adoption de cette loi, marquant l'aurore de la recherche d'un équilibre entre le souci de protéger l'intérêt de l'enfant et celui de protéger la famille légitime, et allant jusqu'à l'adoption de la loi de 1993²²⁷⁸ **(2)**. L'époque suivante est en revanche marquée

²²⁷⁷ Loi fr. 3 janvier 1972 n° 72-3 sur la filiation, préc.

²²⁷⁸ Loi fr. 8 janvier 1993, n° 93-22, modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, préc.

par l'adoption de cette dernière loi. Elle donne, depuis, la priorité à la protection de l'intérêt de l'enfant plutôt qu'à la promotion de la famille fondée sur le mariage (3).

1) La protection de la famille fondée sur le mariage jusqu'en 1972

1111. Jusqu'à l'adoption de la loi de 1972²²⁷⁹, les enfants nés hors mariage voyaient leurs droits limités dans le but de préserver la « paix des familles ». Elle s'accompagnait en effet de la limitation des droits attachés au statut d'enfant naturel simple, adultérin ou incestueux, bien plus réduits que les droits reconnus à l'enfant légitime.

Il a également été montré que les juges limitaient les possibilités d'établir en France un lien de filiation hors mariage, et notamment à l'égard des enfants nés de l'inceste et de l'adultère. Cela se traduisait, en droit international privé, par la contrariété à l'ordre public international de toute loi permettant d'établir cette filiation à des conditions plus permissive que la loi du for²²⁸⁰. Ainsi, à l'époque où l'établissement du lien de filiation paternelle de l'enfant adultérin était interdit, la loi étrangère permettant d'établir son lien de filiation a été considérée comme contraire à l'ordre public international français²²⁸¹. La limitation de la tolérance de la famille hors mariage correspondait ainsi à celle que le droit français imposait à l'époque.

1112. Cela permet de déduire que le critère employé par les juges afin de décider de la conformité d'une norme étrangère à une exigence de différence de traitement du for est notamment la finalité poursuivie par la prévision de la différence de traitement en droit interne, à la lumière de ce que commandait la conception de la famille de l'époque. Or, la différence de traitement définie en droit français constituait le seuil minimal de protection de la famille fondée sur le mariage et, par conséquent, de l'ordre social²²⁸².

1113. **La possibilité d'établir une « filiation alimentaire ».** - Un arrêt reconnaissant une filiation alimentaire confirme cette analyse, en offrant un exemple de loi étrangère qui ne consacrait pas la même différence de traitement que le droit français, mais qui était néanmoins compatible avec la finalité familiale poursuivie par le for. Il s'agissait notamment d'une demande d'établissement d'un lien de filiation en application de la loi allemande, permettant

²²⁷⁹ Loi fr. 3 janvier 1972 n° 72-3 sur la filiation, préc.

²²⁸⁰ V. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 717, § 867, qui font référence à « la politique législative [...] fondée sur l'exclusivisme de la famille légitime ».

²²⁸¹ Cass. fr., Civ. 1^e, 3 juin 1966, *Domino*, *JDI*, 1967, p. 614 n. Ph. Malaurie, *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 64, n. J. Derupé.

²²⁸² J.-Y. CHEVALIER, *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français*, op. cit., p. 11.

uniquement l'allocation de subsides. Il s'agit de l'affaire *Ulrich*²²⁸³, où il était question d'une demande de reconnaissance de droits successoraux de la part de l'enfant adultérin pour lequel une « filiation alimentaire » avait été établie en Allemagne. Ce mécanisme permettait uniquement aux enfants d'obtenir des aliments et non de créer un lien de parenté entre le débiteur d'aliment et l'enfant²²⁸⁴.

1114. La loi allemande applicable en l'espèce n'a pas été considérée comme incompatible avec la loi française. Bien qu'un lien de filiation ait été établi par la loi étrangère, ce que le droit français n'aurait pas permis, cette loi ne prévoyait pas de droits successoraux pour ces enfants, comme cela aurait été le cas en application de la loi du for. De plus, le lien de filiation créé en application de la loi allemande avait la particularité de ne pas établir de lien de parenté avec le père et de limiter le droit de l'enfant à la seule reconnaissance d'aliments.

1115. La prise en compte de la finalité de la loi française permet ici encore d'expliquer la différence de la position des juges par rapport aux espèces qui concernaient l'attribution de droits autres que les aliments. D'un côté, l'application de la loi allemande n'impliquait pas d'établir un lien de parenté entre le père et l'enfant, tout comme l'application de la loi française ne l'aurait pas permis. D'un autre côté, le droit français lui-même pouvait exiger du prétendu père qu'il verse des subsides à l'enfant né hors mariage, y compris lorsque le lien de parenté entre les deux n'était pas établi²²⁸⁵. La loi allemande n'était ainsi pas incompatible avec la finalité de la protection de l'intérêt de l'enfant limité à ce que permettait le droit français à l'époque.

1116. Cette affaire permet d'ailleurs de montrer que la norme étrangère n'a pas à être une reproduction de la norme interne du for établissant une différence de traitement. Il n'est pas nécessaire que la différence de traitement soit exactement la même. En revanche, la condition est que l'application de la norme étrangère ne soit pas incompatible avec la poursuite de l'objectif fixé par le droit du for. Inversement, comme Monsieur CHEVALIER le rappelle, et suivant la même logique, les lois plus strictes que la loi française défendaient des

²²⁸³ TGI Seine, 1^{er} mars 1967, *Office de la jeunesse de la ville de Stuttgart et Ulrich Bidlingmaier c/ Dame veuve Chambon*, JDI, 1968, p. 358, n. Ph. Kahn.

²²⁸⁴ V. l'explication synthétique de l'institution de la « filiation alimentaire » de droit allemand fournie par Ph. KAHN, note ss. TGI Seine, 1^{er} mars 1967, *Office de la jeunesse de la ville de Stuttgart et Ulrich Bidlingmaier c. Dame veuve Chambon*, JDI, 1968, pp. 358-360. Pour aller plus loin v. J.-Y. CHEVALIER, *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français*, op. cit.

²²⁸⁵ Cette possibilité a été introduite après l'introduction en 1955 de l'action à fins de subsides au profit de l'enfant dont le lien de filiation paternelle ne pouvait pas être établi avec le père présumé (loi du 15 juillet 1955 sur la reconnaissance des enfants naturels, préc.) V. en ce sens Ph. KAHN, note ss. TGI Seine, 1^{er} mars 1967, op. cit., pp. 358-360, spéc. p. 359.

« préoccupations morales de sauvegarde sociale [...] identiques »²²⁸⁶ aux préoccupations françaises. Les juges acceptaient ainsi de les appliquer dans la mesure où elles n'entravaient pas la finalité de la loi française, celle de la protection de la famille fondée sur le mariage²²⁸⁷.



1117. La volonté de conserver le niveau de protection défini en droit interne, y compris dans des situations privées internationales, constituait ainsi le paramètre auquel les normes étrangères étaient confrontées afin de décider de leur compatibilité avec des exigences de différence de traitement du for. En raison du niveau élevé de protection jugé nécessaire, l'ordre juridique français ne pouvait ainsi pas faire preuve de tolérance face aux normes qui introduisaient ces différences dans une moindre mesure, ou qui ne les introduisaient pas. Ils pouvaient en revanche faire preuve de tolérance à l'égard des normes plus strictes. En citant encore Monsieur CHEVALIER, « [l]e désir de favoriser l'enfant naturel tend[ait] à s'effacer dans l'appréciation des exigences d'ordre public devant le souci de protéger la famille légitime »²²⁸⁸. Cette logique de la compatibilité de la norme étrangère avec les finalités poursuivies à travers la prévision d'une différence de traitement en droit interne a continué d'être suivie par la suite. Ce n'est en effet qu'à partir du moment où le droit interne a commencé à améliorer le sort des enfants nés hors mariage que la réaction aux lois étrangères plus permissives a commencé à s'assouplir²²⁸⁹.

1118. L'évolution de la conception française de la famille a été caractérisée par l'augmentation du seuil jugé nécessaire pour la protection de l'intérêt de l'enfant. Cette évolution s'est répercutée au fur et à mesure, et notamment à partir de la réforme de 1972²²⁹⁰, dans les solutions de droit international privé.

2) La recherche d'un compromis entre la protection de l'intérêt de l'enfant et celle de la protection de la famille légitime entre 1972 et 1993

1119. À la suite de la réforme de 1972, la conception de la famille française était prise entre

²²⁸⁶ J.-Y. CHEVALIER, *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français*, op. cit., p. 242.

²²⁸⁷ V. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 719, § 869.

²²⁸⁸ J.-Y. CHEVALIER, *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français*, op. cit., p. 228.

²²⁸⁹ En ce sens *ibid.*, p. 244.

²²⁹⁰ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., p. 535, § 4.

deux intérêts d'égale importance dans l'ordre juridique français, mais potentiellement contradictoires. La protection de l'intérêt de l'enfant imposait une garantie minimale des droits de ce dernier, tandis que la faveur pour la famille dans le mariage imposait des limites à la reconnaissance de droits aux enfants nés hors mariage²²⁹¹. Il est possible de montrer que ces deux volets de la conception de la famille constituaient ainsi, respectivement, le paramètre minimal et maximal auquel étaient confrontées les normes étrangères, lorsqu'il était question de respecter une exigence de différence de traitement.

1120. L'application des lois plus souples dans la limite du respect de la véracité de la filiation. - Messieurs ANCEL et LEQUETTE remarquent que « certes, les cas d'ouverture de l'article 340 du Code civil subsistèrent à peu près inchangés, [néanmoins] le contexte dans lequel ils s'inscrivaient devint profondément différent »²²⁹². En droit international privé tout comme en droit interne, la conception volontariste de l'établissement de la filiation issue de la Révolution française²²⁹³ laissa la place au souci « d'attribuer à chacun son véritable rapport de filiation »²²⁹⁴, lorsque, ajouterions-nous, comme cela a été exposé au cours de la deuxième partie de cette étude, cela correspondait à la vérité sociologique. Rappelons que la liste des cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité reflétait notamment la volonté de permettre l'établissement de la filiation lorsque l'homme avait montré une intention familiale²²⁹⁵. Le changement dans la conception de la famille qui a eu lieu en 1972 a porté, entre autres, sur l'importance accordée par l'ordre juridique du for à la véracité biológico-sociologique de la filiation²²⁹⁶. Ce changement dans la conception de la famille du for se répercuta directement sur les solutions de droit international privé. À la suite de cette réforme en effet les juges ont accepté, dans l'arrêt *Hublin*²²⁹⁷, d'appliquer des lois permettant d'établir les liens de filiation naturelle à des conditions plus souples que celles prévues par l'ancien article 340 du Code civil

²²⁹¹ V. *supra*, § 400 et s.

²²⁹² B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., p. 535, § 4.

²²⁹³ C. LABRUSSE-RIOU, « La filiation en mal d'institution », in M. FABRE-MAGNAN (dir.), *Écrits de bioéthique*, PUF, Paris, 2007, pp. 325-355, spéc. § 14 et note n° 16.

²²⁹⁴ *Idem*.

²²⁹⁵ V. *supra*, § 499.

²²⁹⁶ Rappelons que la filiation pouvait être établie dans les cas suivants : viol ; enlèvement ; séduction dolosive ; concubinage entre le prétendu père et de la mère pendant la période légale de conception ; existence d'un écrit non équivoque émanant du père, propre à établir une paternité ; participation à l'entretien de l'enfant (V. art. 340, Cod. civ. fr., dans sa version consacrée par la loi créée par la loi fr. n° 72-3 du 3 janvier 1972, préc., jusqu'à ce qu'il soit modifié par la loi fr. n° 93-22 du 8 janvier 1993 préc. Nous en avons déjà déduit que l'établissement de la filiation avait ainsi une finalité sanctionnatrice, ou bien elle visait à établir un lien de filiation correspondant à une vérité sociologique.

²²⁹⁷ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 9 octobre 1984, *Hublin*, *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 643, n. J. Foyer, *JDI*, 1985, p. 906 n. M. Simon-Depitre.

français « dès lors que cette loi présente de sérieuses garanties en ce qui concerne le respect de la vérité biologique et permet au père d'assurer efficacement sa défense »²²⁹⁸. Les juges acceptaient ainsi désormais d'appliquer des lois plus permissives que la loi française. La volonté d'établir des liens de filiation qui correspondaient à la vérité sociologique et, potentiellement, à la réalité biologique prenait désormais le pas sur le respect de l'intention familiale du père. Ainsi, tant que la logique de la loi étrangère correspondait à la nouvelle *ratio* française, la première n'était pas incompatible avec l'exigence de différence de traitement des situations prévue par le for. Encore une fois, l'exception d'ordre public international n'était pas déclenchée dès que la norme étrangère ne prévoyait pas une différence de traitement identique à celle prévue par le droit français. Il était en revanche nécessaire que la norme étrangère ne contrevienne pas à la finalité poursuivie en droit français à travers la prévision d'une différence de traitement.

À la lumière de ce qui précède, il convient de se détacher de l'opinion des auteurs qui considèrent que l'arrêt *Hublin*²²⁹⁹ mit fin dans les litiges privés internationaux à l'anachronisme caractérisé par le maintien, en droit interne, des cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité²³⁰⁰. L'application d'une loi plus souple que la loi française qui n'entravait pas la finalité poursuivie par cette dernière n'avait en effet pas à être considérée comme contraire à l'ordre public international.

1121. L'application des lois plus strictes conformes à la conception de l'intérêt de l'enfant du for. - L'applicabilité des lois plus strictes que la loi française dépendait en revanche directement de l'autre volet de la conception de la famille du for pertinent à l'époque, et notamment du niveau du respect de l'intérêt de l'enfant exigé à partir de l'adoption de la loi de 1972.

1122. L'application des lois qui ne permettaient pas d'introduire des actions en recherche de paternité naturelle n'a notamment pas été considérée comme contraire à l'ordre public international dans un arrêt datant du 3 novembre 1988²³⁰¹. La Cour de cassation contrarierait la position adoptée par les juges du fond, et notamment par le Tribunal de grande instance de Paris²³⁰². Ce dernier avait écarté l'application de la loi prohibitive en considérant que « les

²²⁹⁸ *Idem.*

²²⁹⁹ *Idem.*

²³⁰⁰ En ce sens B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 719, § 869.

²³⁰¹ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 3 novembre 1988, 87-11568, *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 495 n. J. Foyer, *JDI*, 1989, p. 703, n. F., Monéger. Cette jurisprudence a été amendée par la suite. V. *infra*, les arrêts cités en notes n^{os} 2308 et 2308.

²³⁰² TGI Paris, 23 avril 1979, *Rev. crit. DIP*, 1980, p. 83, n. Lagarde.

réformes instaurées par la loi du 3 janvier 1972 témoignent de la volonté du législateur de favoriser l'enfant en lui facilitant l'établissement de sa filiation réelle et en assimilant, autant que faire se peut, le sort de l'enfant naturel à celui de l'enfant légitime ». Autrement dit, la décision du Tribunal de grande instance était fondée sur l'idée que la loi de 1972 avait consacré un principe d'égalité des enfants naturels et légitimes.

La Cour de cassation a cassé le jugement en considérant en revanche que « les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires ».

1123. Pour comprendre la décision de la Cour de cassation, il convient, premièrement, de rappeler que le droit français ne posait aucune exigence substantielle d'identité de traitement à l'époque. En effet, entre 1972 et 2002²³⁰³ le droit français prévoyait uniquement que l'enfant naturel se voit reconnaître « en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère »²³⁰⁴. Il a déjà été démontré qu'il ne s'agissait ainsi pas d'une exigence d'identité de traitement de catégories considérées comme comparables²³⁰⁵. Il s'agissait en revanche d'une possibilité ouverte par le droit français d'égaliser des traitements prévus pour deux catégories distinctes, à savoir les enfants nés dans le mariage et hors mariage, là où cela servait l'intérêt de l'enfant et dans la mesure de ce qu'admettait la nécessité persistante de favoriser la famille fondée sur le mariage²³⁰⁶.

1124. Or, des différences étaient prévues par le droit français, notamment au niveau des modes d'établissement de la filiation dans le mariage et hors mariage. Ainsi, une loi étrangère prohibant l'établissement de la filiation hors mariage prévoyait, comme le droit français, une différence de traitement entre les catégories d'enfants. Il pouvait cependant s'agir de différences autres que celles prévues par le droit du for.

La question qui se posait était alors celle de la conformité de la loi étrangère prohibitive à ce que l'intérêt de l'enfant exigeait *a minima* à l'époque. C'est sur ce terrain que se situe l'opposition entre les juges du fond et la Cour de cassation. La décision des juges du fond de déclencher le jeu de l'exception d'ordre public impliquait de considérer que la garantie du droit d'établir un lien de filiation naturel était nécessaire pour assurer le respect de l'intérêt de

²³⁰³ L'art. 334 anc. Cod. civ. fr. a été abrogé par la loi du 4 mars 2002 n° 2002-304 du 4 mars 2002, préc.

²³⁰⁴ Art. 334 anc. Cod. civ. fr.

²³⁰⁵ V. *supra*, § 500.

²³⁰⁶ V. *supra*, les développements à ce sujet, § 491.

l'enfant. Au contraire, le refus de la Cour de cassation de faire jouer l'exception d'ordre public a montré que celle-ci considérait que l'intérêt de l'enfant était suffisamment protégé même en l'absence de filiation légalement établie. Cela peut s'expliquer en considérant que sa protection n'impliquait pas de permettre l'établissement du lien de filiation paternelle de manière inconditionnelle. Par la suite en effet les juges ont continué d'admettre l'application de lois prohibitives en application de l'ordre public de proximité, tant que l'enfant n'était pas né ou ne résidait pas en France²³⁰⁷. Des doutes persistent d'ailleurs sur l'abandon de cette jurisprudence²³⁰⁸.

1125. La jurisprudence de la Cour de cassation fournit également l'exemple d'un droit considéré comme fondamental pour assurer le respect de l'intérêt de l'enfant. Il ressort de l'arrêt *Weyrich-Laroche*²³⁰⁹ que ce qui lésait l'intérêt de l'enfant au-delà de ce que le for pouvait tolérer était l'impossibilité de légitimer un enfant par le mariage subséquent de ses parents à laquelle conduisait l'application de la loi étrangère désignée par les règles de conflit de lois du for. La Cour de cassation a en effet évincé l'application de la loi belge applicable et précisé que la possibilité de légitimer par mariage des enfants adultérins était d'ordre public international. Il est possible de considérer qu'il s'agissait ainsi de l'un des cas où la protection de l'intérêt de l'enfant pouvait être considérée comme d'ordre public. Cela était possible notamment en raison du fait que la légitimation était prévue par le droit français lui-même à la suite du mariage des parents de l'enfant né hors mariage²³¹⁰. Ce mécanisme permettait en effet de ne pas renoncer à favoriser la famille fondée sur le mariage au-delà de ce que l'ordre juridique français admettait.



1126. Il découle alors de ce qui précède que les lois étrangères plus strictes que la loi française étaient considérées comme compatibles avec les exigences substantielles de différence de

²³⁰⁷ Cass. fr., Civ. 1^e, 10 février 1993, *Latouz*, n° 89-21997, *Rev. Crit. DIP*, 1993, p. 620, n. J. Foyer, *Defrénois*, 1993, p. 982, n° 86, obs. J. Massip, *JCP G*, 93.I.3688, n° 10, n. H. Fulchiron, *JDI*, 1994, p. 124, n. I. Barrière-Brousse, Cass. fr., Civ. 1^e, 10 mai 2006, 05-10299, *D.*, 2006, 2890, n. G. Kessler, *ibid.*, 2007, 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *JCP G*, 2006. II. 10165, note T. Azzi, *AJ fam.*, 2006, p. 290, obs. A. Boiché, *Gaz. Pal.*, 10-12 décembre 2006, p. 12, n. J. Sainte-Rose.

²³⁰⁸ V. *infra*, les développements à ce sujet, §§ 1130-1132. Cf. Cass. fr., Civ. 1^e, 26 octobre 2011, n° 09-71369, *D.*, 2012, p. 1228 obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, *ibid.*, 2011, p. 2728, *JDI*, 2012, p. 176, n. J. Guillaumé, *AJ fam.*, 2012, p. 50, obs. E. Viganotti ; Cass. fr., Civ. 1^e, 27 septembre 2017, n° 16-19654, *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 882, n. D. Boden, *RDLF*, 2018 chron. n° 06, n. K. Bihannic. V. également N. JOUBERT, *La notion Rev. Crit. DIP de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, Paris, 2007, spéc. n° 252 s.

²³⁰⁹ Cass. fr., Civ. 1^e, 12 mai 1987, *Weyrich-Laroche*, *JDI*, 1988, p. 101, n. M.-L. Niboyet-Hoegy, *Gaz. Pal.*, 1988, p. 321.

²³¹⁰ Concernant la suppression des règles de conflit de lois italienne et française relatives à la légitimation v. *supra*, § 564 et s.

traitement du for uniquement si elles ne lésaient pas de manière excessive la conception de la famille de l'époque, et notamment de l'intérêt de l'enfant. Le respect de ce dernier définissait ainsi le niveau minimal de protection. À l'opposé, les lois étrangères plus souples que la loi du for trouvaient la limite de leur compatibilité avec les exigences substantielles de différence de traitement du for, là où la protection de la famille fondée sur le mariage était considérée comme prééminente. Ce paramètre constituait ainsi le niveau maximal de garantie des droits des enfants nés hors mariage admis par le for.

1127. L'adoption de la loi du 8 janvier 1993²³¹¹, qui a éliminé la limitation des cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle, poursuit le chemin de l'évolution de la conception française de la famille et, avec elle, de la mesure de l'admissibilité de normes étrangères prévoyant une différence de traitement autre que celles prévues par le droit français. Les analyses contribuent ainsi à démontrer que la conception de la famille du for constitue le paramètre de contrôle de la conformité des normes étrangères aux exigences substantielles de différence de traitement définies en droit interne.

3) Le passage à la prééminence de la protection de l'intérêt de l'enfant en 1993

1128. L'élimination par la loi du 8 janvier 1993²³¹² des limitations des cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle a marqué la fin de la volonté de protéger la conception volontariste de la paternité, d'héritage révolutionnaire, au détriment de la protection de l'intérêt de l'enfant. Cela s'est répercutée sur les solutions de droit international privé. Depuis ce changement, la différence de traitement entre les catégories d'enfants n'est admise que dans une mesure qui est considérée par les autorités nationales comme insusceptible de limiter de manière excessive la protection de l'intérêt de l'enfant. Dans ce cadre, un revirement jurisprudentiel partiel a eu lieu en France relativement à l'analyse de la conformité à l'ordre public international des lois étrangères interdisant l'action en recherche de paternité naturelle. L'accroissement de la mesure nécessaire de la protection de l'intérêt de l'enfant en droit interne s'est encore traduit en droit international privé par la modification des conditions de conformité des normes étrangères aux exigences substantielles de différences de traitement du for. Au

²³¹¹ Loi fr. 8 janvier 1993, n° 93-22, préc.

²³¹² Loi fr. 8 janvier 1993, n° 93-22, préc.

lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993²³¹³, puis à nouveau dans un arrêt du 10 mai 2006²³¹⁴, la Cour de cassation a affirmé que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation »²³¹⁵. À partir de l'élimination des cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité qui a eu lieu en 1993, la possibilité d'introduire cette action en justice est en effet considérée comme essentielle pour protéger l'intérêt de l'enfant. Cela ressortait, par exemple, d'un jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Paris le 5 avril 1994. À cette occasion, les juges ont considéré que la loi marocaine qui interdisait d'agir en recherche de paternité naturelle à l'enfant né et domicilié en France était « contraire à la conception moderne des droits de l'enfant et heurtait l'ordre public international français »²³¹⁶. C'est alors la mise en balance entre cet intérêt et la coordination des ordres juridiques recherchée à travers l'application de la loi désignée par la règle de conflit de loi du for qui a amené la Cour de cassation française à subordonner la protection de l'intérêt de l'enfant à l'existence d'un lien de proximité avec l'ordre juridique du for.

1129. Il est intéressant de souligner que les mêmes considérations s'appliquent au droit italien. À la fin des années quatre-vingt-dix, la Cour de cassation italienne a en effet été appelée à se prononcer sur la même question dans un arrêt datant du 8 mars 1999²³¹⁷. L'intérêt des enfants nés hors mariage était déjà protégé à l'époque, bien que le statut de ces derniers n'avait pas encore été égalisé par rapport aux enfants nés dans le mariage²³¹⁸. Or, la Cour italienne, appelée à opérer la même mise en balance que les juges français, a évincé la loi étrangère prohibitive opposée. Les juges soulignent à cet égard qu'il n'est pas nécessaire que la loi étrangère

²³¹³ Loi fr. du 8 janvier 1993, n° 93-22 modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, préc.

²³¹⁴ Cass. fr., Civ. 1^e, 10 mai 2006, n° 05-10299, D., 2006, 2890, n. G. Kessler, *ibid.*, 2007, 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, JCP G, 2006. II. 10165, note T. Azzi, AJ fam., 2006, p. 290, obs. A. Boiché, Gaz. Pal., 10-12 décembre 2006, p. 12, n. J. Sainte-Rose.

²³¹⁵ Cass. fr., Civ. 1^e, 10 février 1993, Latouz, n° 89-21997, Rev. Crit. DIP, 1993, p. 620, n. J. Foyer, Defrénois, 1993, p. 982, n° 86, obs. J. Massip, JCP G, 93.I.3688, n° 10, n. H. Fulchiron, JDI, 1994, p. 124, n. I. Barrière-Brousse.

²³¹⁶ TGI Paris, 5 avril 1994, D., 1995, somm. 118, obs. F. Granet, cité par N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, dactyl., Université Robert Schuman Strasbourg III, 2003, p. 125.

²³¹⁷ Cass. it., 8 mars 1999, n° 1951, Riv. dir. int. priv. proc., 2000, p. 130, Fam. dir., 1999, p. 449 s., n. R. Clerici. La même solution a également été adoptée en 2006 dans une affaire entièrement italienne (Cass. it., Civ. 1^e, 28 décembre 2006, n° 27592, préc.).

²³¹⁸ Pour mémoire cela a eu lieu avec la loi it. 10 décembre 2012, n° 219/2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, préc. et D.lgs. it. 28 décembre 2013 n° 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*, préc.

garantisse l'égalisation du traitement des enfants nés dans et hors mariage. Néanmoins, les lois prohibant l'établissement de tout lien de filiation hors mariage ont été déclarées comme contraires aux principes fondamentaux relatifs à la personne de l'ordre juridique italien²³¹⁹. Soulignons qu'en revanche, les liens de proximité n'ont pas dicté la solution retenue par les juges italiens.

1130. La mise en balance opérée par l'ordre juridique français est restée inchangée en dépit de l'adoption de l'ordonnance française du 4 juillet 2005²³²⁰. Cette dernière a introduit l'article 310 du Code civil français disposant que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère [...] ». Or, il a déjà été constaté que cette formulation exclut du champ de l'exigence substantielle d'identité de traitement les enfants dont le lien de filiation n'est pas, ou pas encore établi²³²¹. Il ne couvre donc pas les modalités et les limites de l'établissement de la filiation. Il en a été déduit que le mariage des parents continue d'être considéré dans l'ordre juridique français comme étant l'élément essentiel, fondant la distinction juridique entre les modalités d'établissement et de contestation des liens de filiation des enfants nés dans et hors mariage qui perdure encore aujourd'hui²³²². Dans l'optique française, le traitement des enfants peut encore être légitimement distingué en fonction de leur naissance.

Cela explique que, dans l'arrêt du 10 mai 2006,²³²³ la Cour de cassation n'ait pas approuvé le raisonnement de la Cour d'appel. Cette dernière avait fondé la décision d'évincer la loi étrangère sur un argument tiré de la contrariété de la loi prohibitive au principe d'égalité. La motivation de la Cour de cassation laisse ainsi comprendre que l'argument d'égalité n'était pas pertinent en l'espèce. En effet, la loi étrangère ne peut pas être considérée comme contraire à la conception française de l'égalité. Cette dernière n'impose pas un traitement identique des enfants nés dans et hors mariage en ce qui concerne leur droit d'établir leurs liens de filiation paternelle. Cela est d'ailleurs considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme conforme à la CESDH. La Cour européenne des droits de l'homme ne sanctionne en effet pas les différences de traitement dans les modes d'établissement de la paternité dans et hors

²³¹⁹ « Se [...] per l'ingresso di una normativa straniera sulla materia non è certo richiesto che esso riproduca una [...] parificazione di posizione e tutela (dei figli legittimi e naturali come quella prevista dalla legge italiana), contrastano tuttavia con i principi fondamentali che riguardano la persona nel nostro ordinamento le regole che negano giuridicità ad una qualunque specie di filiazione».

²³²⁰ Ord. fr. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 *portant réforme de la filiation*, préc.

²³²¹ V. *supra*, § 574 et s.

²³²² B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 705.

²³²³ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, n° 05-10299, *D.*, 2006, 2890, n. G. Kessler, *ibid.*, 2007, 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *JCP G*, 2006. II. 10165, note T. Azzi, *AJ fam.*, 2006, p. 290, obs. A. Boiché, *Gaz. Pal.*, 10-12 décembre 2006, p. 12, n. J. Sainte-Rose.

mariage, l'exigence d'identité de traitement ayant été circonscrite aux cas où les enfants relèvent du même statut juridique²³²⁴.

1131. Il s'agit donc seulement de savoir si la loi prohibitive contrevient à l'intérêt de l'enfant, indépendamment de la question de savoir si ce dernier doit, en l'espèce, être considéré comme se trouvant dans une situation comparable à celle d'autres enfants. La question est notamment de savoir si la protection de l'intérêt de l'enfant doit être mise en balance avec le souci de coordination des ordres juridiques, ce qui a justifié de subordonner la protection de l'intérêt de l'enfant à l'existence d'un lien de proximité entre l'enfant et l'ordre juridique français. En 2006, comme dans l'arrêt *Latouz*, la réponse avait été positive.

Il n'est cependant pas exclu qu'un élargissement ultérieur de la part faite à ce dernier conduise à éliminer la condition française de proximité au déclenchement de l'exception d'ordre public. Cette possibilité suppose cependant d'admettre que l'ordre public de proximité ne peut pas (ou ne peut plus) être appliqué en raison de l'importance désormais attribuée à certaines valeurs²³²⁵. Cette lecture n'est pas acquise. La critique de Madame GANNAGÉ à l'encontre de l'application de l'ordre public de proximité dans l'arrêt de 2006 se construit précisément autour de cet élément. L'auteure souligne que le déclenchement de l'ordre public de proximité, à la différence de l'effet atténué de l'ordre public, ne dépend pas des circonstances de l'espèce, de la valeur essentielle en cause ou de la gravité de l'atteinte²³²⁶, mais uniquement des liens que la situation entretient avec l'ordre juridique du for. Le renoncement au jeu de l'ordre public de proximité pour garantir une protection pleine et entière de l'intérêt de l'enfant devrait ainsi passer par le simple abandon de cette théorie²³²⁷ et non par la sélection des valeurs du for dont le respect serait modulable.

Tel est néanmoins le doute que soulèvent les arrêts rendus le 26 octobre 2011²³²⁸, le 27

²³²⁴ Comm. EDH, 13 mai 1986, req. n° 10961/84, *M. et autres c. Belgique*, préc. Comp. CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, préc., *D.*, 2012, p. 1241, n. A. Dionisi-Peyrusse, *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc, *RTD civ.*, 2012, p. 275, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2012, p. 589, n. A. Gouttenoire et F. Sudre. En ce sens, F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, *op. cit.*, p. 333 et s., § 246 ; O. ROY, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 207.

²³²⁵ V. en ce sens K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, dactyl., Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 2017.

²³²⁶ L. GANNAGÉ, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *op. cit.*, pp. 205-241, spéc. p. 217 et p. 219 et s.

²³²⁷ En ce sens, D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *op. cit.*, pp. 882-898, spéc. partie II), § 19 et s.

²³²⁸ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, n° 09-71369, *Dr. fam.*, n° 1, 2012, comm. 19, n. M. Farge, *JDI*, 2011, p. 176, n. J. Guillaumé, *D.*, 2012, p. 1228, n. H. Gaudemet-Tallon, *AJ fam.*, 2012, p. 50, n. E. Viganotti, *Gaz. pal.*, 2012, n° 77, p. 25, n. A. Devers. Dans le sens du maintien de la condition de proximité v. la note sous cet arrêt de J. GUILLAUMÉ, *JDI*, n° 1, 2012, pp. 176-179.

septembre 2017²³²⁹ et que l'arrêt rendu le 16 décembre 2020²³³⁰ semble lever. La Cour de cassation n'a en effet pas repris dans sa motivation la condition de résidence en France ou de nationalité française des enfants.

Dans l'affaire de 2011, il était question de donner application à la loi ivoirienne qui interdisait la recherche de paternité de l'enfant né de l'adultère. Dans l'affaire de 2017, il s'agissait de la loi camerounaise qui interdisait l'action en recherche de paternité si, pendant la période légale de conception, la mère avait été d'une conduite notoire. Dans l'affaire de 2020 la loi désignée par les règles de conflit françaises était la loi marocaine.

Dans l'affaire de 2011 ainsi que dans l'affaire de 2020 l'établissement de la filiation hors mariage était explicitement interdit, respectivement, par la loi ivoirienne et par la loi marocaine. Dans l'affaire de 2017, l'application de la loi camerounaise avait pour effet de rendre impossible l'établissement de la filiation paternelle. En effet, si la loi étrangère interdit d'établir la filiation paternelle lorsque la mère a eu plusieurs partenaires pendant la période légale de conception, aucun de ces partenaires, ni aucun autre homme, n'aurait pu être déclaré être le père de l'enfant en application de la loi étrangère. Cela aurait ainsi eu un effet équivalent à l'application d'une loi interdisant d'agir en recherche de paternité.

1132. L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme amenait déjà une partie de la doctrine à pencher dans le sens de l'abandon de la condition de proximité au déclenchement de l'exception d'ordre public²³³¹. Monsieur MÉLIN²³³² considérait en effet que cette solution était commandée par l'article 8 de la CESDH tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Jäggi*²³³³. Celle-ci a en effet estimé que « les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle »²³³⁴.

Pendant un temps, l'abandon de la condition de proximité n'a pas été certain car, dans le rapport de la Cour de cassation de 2013 relatif à l'ordre public, l'arrêt de 2011 est notamment présenté comme s'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence *Latouz*²³³⁵. En effet, en l'espèce, les

²³²⁹ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 27 septembre 2017, n° 16-19654, *JCP G*, 2017, p. 1311, n. E. Gallant, *Dr. fam.*, 2017, comm. 234, n. M. Farge.

²³³⁰ Cass. fr., Civ. 1^{er}, 16 décembre 2020, n° 19-20948, *JCP N*, 2020, obs. H. Péroz.

²³³¹ Voir la critique sans réserve de la théorie de l'ordre public de proximité et de son caractère arbitraire, voire discriminatoire, qu'en offre D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *op. cit.*, pp. 882-898.

²³³² F. MÉLIN, « Précisions sur l'ordre public international en matière de filiation », *AJD*, 16 octobre 2017, n° 7.

²³³³ CEDH, 13 juillet 2006, n° 58757/00, *Jäggi c. Suisse, Defrénois*, 2008, p. 573, n° 5, n. J. Massip, *RTD civ.*, 2006, p. 727, n. J.-P. Marguénaud, *ibid.*, 2007, p. 99, obs. J. Hauser.

²³³⁴ *Ibid.*, § 38.

²³³⁵ Cour de cassation, *Rapport annuel. L'ordre public.*, La documentation française, Paris, 2013, p. 131.

liens de proximité avec la France requis par la Cour de cassation dans l'arrêt de 2006 étaient caractérisés²³³⁶, tout comme dans l'affaire de 2017 par ailleurs.

Dans l'arrêt de 2020, les juges relatent que l'enfant était né en France, ce qui peut laisser supposer que l'enfant y résidait. Une différence mérite cependant d'être mise en relief au sujet de ce dernier arrêt. Contrairement aux deux cas précédents, la Cour de cassation énonce une règle dans un attendu de principe, laquelle ne mentionne pas de condition de proximité. Les juges du Quai de l'horloge ont ainsi affirmé qu'« [i]l résulte des articles 3 et 311-14 du code civil que, si la filiation est en principe régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, la loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation hors mariage doit être écartée comme contraire à l'ordre public international lorsqu'elle a pour effet de priver un enfant mineur du droit d'établir sa filiation ». Cet attendu semble ainsi confirmer l'abandon de la condition de proximité et donc, un élargissement ultérieur de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. Cette extension a notamment lieu dans le cadre de la mise en la balance avec la recherche de coordination des ordres juridiques véhiculée par l'application de la loi désignée par la règle de conflit du for. La solution ne surprendra cependant pas si l'on compare le caractère concret du souci de protéger l'intérêt de l'enfant dans les cas d'espèce au caractère artificiel de la recherche de coordination par le biais de l'application de règles de conflit de source nationale.



1133. Il ressort de ce qui précède que le respect de la conception de la famille et, plus précisément, la finalité poursuivie par le droit français à travers la prévision d'une différence de traitement, constitue la condition pour qu'une norme étrangère soit considérée comme compatible avec ce contenu de l'égalité. La même conclusion peut être tirée de l'analyse d'un autre domaine du droit de la famille dans lequel des différences de traitement sont prévues et qui appelle des précisions. Il s'agit des empêchements au mariage.

B) L'importance des empêchements à mariage : les exemples français et italiens

1134. Les empêchements au mariage doivent être analysés au titre des exigences de différence de traitement. En effet, chaque empêchement exclut du droit au mariage une catégorie

²³³⁶ Ce qui ne suffit cependant pas à convaincre une partie de la doctrine, et notamment D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2018, pp. 882-898, spéc. § 32.

d'individus déterminée en caractérisant ainsi une différence de traitement considérée comme légitime par l'ordre juridique qui l'édicte. Ainsi, l'empêchement lié à l'âge, qui interdit en principe le mariage avant la majorité, revient à introduire une différence de traitement entre les individus ayant atteint l'âge de la majorité des autres relativement au droit au mariage ; l'empêchement lié à la capacité distingue les individus juridiquement capables et incapables ; l'empêchement lié à l'identité de sexe des époux distingue les couples de même sexe et de sexe opposé ; l'empêchement lié à la parenté distingue les couples dont les membres sont unis par un lien de famille et ceux qui ne le sont pas, et ainsi de suite.

1135. Il s'agit par ailleurs d'un type de différence de traitement particulier. Contrairement à la plupart de ces exigences substantielles d'égalité, le droit interne lui-même admet une tolérance quant au non-respect de certaines d'entre elles par les individus. Rappelons que seulement certains empêchements à mariage peuvent donner lieu à dispense et que le non-respect de certaines conditions personnelles au mariage donne lieu à un régime sévère de nullité, tandis que ce dernier est plus souple pour d'autres.

1136. Les juges n'ont pas été souvent confrontés à la question de la compatibilité des lois étrangères avec les différences de traitement caractérisées par les empêchements à mariage. La doctrine française a cependant apporté certaines précisions qui méritent d'être relatées et analysées puisqu'elles fournissent de précieux renseignements pour comprendre quelles sont les conditions auxquelles une norme étrangère peut être considérée comme conforme à une exigence de différence de traitement du for.

1137. Messieurs AUDIT et D'AVOUT proposent une distinction tripartite des hypothèses qui peuvent être soumises à l'attention des juges français. Ils proposent d'isoler les cas où les empêchements prévus par la loi étrangère ne sont pas connus en droit français, les cas où les empêchements sont connus mais dont les modalités diffèrent de celles du droit français et, enfin, les cas où le droit étranger ignore un empêchement considéré comme dirimant en droit français²³³⁷. Or, seules les deux dernières hypothèses concernent des cas où le for prévoit une différence de traitement. Elles feront donc seules l'objet de l'analyse comparée avec le droit italien. Il convient en effet de remarquer que là où la loi étrangère prévoit un empêchement au mariage qui est inconnu dans l'ordre juridique du for, cela signifie que ce dernier introduit une exigence substantielle d'identité de traitement là où la loi étrangère introduit une exigence substantielle de différence de traitement. Tel est le cas des lois qui interdisent le mariage des

²³³⁷ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 651 et s., § 775 et s.

femmes musulmanes avec des hommes non musulmans. La loi française et la loi italienne, du fait de l'absence de cette limitation, imposent à cet égard une identité de traitement, et notamment celle des hommes et des femmes relativement au droit de se marier avec un individu d'une confession différente de la leur. Telle est la raison pour laquelle, dans ces cas, cet empêchement au mariage prévu par la loi étrangère est écarté par ces deux ordres juridiques en raison de sa contrariété à l'ordre public²³³⁸.

1138. L'étude de l'hypothèse de la loi étrangère qui prévoirait un cas d'empêchement au mariage inconnu dans le droit du for n'est donc pas pertinente relativement à l'analyse des conditions de conformité des normes étrangères aux exigences de différence de traitement prévues par le droit du for. Il conviendra alors de s'intéresser aux cas où la loi étrangère prévoit une différence de traitement dans une mesure plus grande ou plus réduite par rapport à ce que prévoit le droit du for. Il conviendra également de s'intéresser au cas où la loi étrangère ne distingue par le traitement de deux situations là où cela est prévu par le droit du for. Ces deux hypothèses peuvent être étudiées en mettant l'accent sur le caractère plus souple ou plus strict de la loi étrangère par rapport à la loi française et italienne. Dans ce cadre, les lois étrangères qui ne prévoient pas un cas d'empêchement prévu par le droit du for doivent s'analyser au titre des lois plus souples que la loi du for.

1139. En règle générale, les auteurs ont pu considérer que « la loi française exprimerait à la fois la limite de la permissivité et des exigences raisonnables »²³³⁹ dans la mesure où « [l]a tendance est aujourd'hui de célébrer le mariage dès lors que les époux sont capables d'après la loi française »²³⁴⁰. Cela est d'autant plus le cas en droit italien puisque plusieurs conditions du mariage sont qualifiées de lois de police²³⁴¹. Néanmoins, en droit interne, ces ordres juridiques

²³³⁸ CA Paris, 9 juin 1995, *D.*, 1995, somm. 171, obs. B. Audit. V. la liste des décisions des juges du fond italiens autorisant l'officier d'état civil à faire fi du *nulla osta* reportée par C. CAMPIGLIO, « Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana », *op. cit.*, pp. 43-76, spéc. p. 56. V. également C. const. it., 30 janvier 2003, n° 14, ord. qui a considéré que l'exigence de présenter le *nulla osta* prévue par l'art. 116 al. 1^{er} Cod. civ. it. n'est pas contraire à l'article 2 de la Constitution italienne (garantissant les droits de l'homme aux individus en tant que tels et en tant que membres des formations sociales où s'exerce leur personnalité), dans la mesure où ce document n'est pas exigé lorsque le droit étranger prévoit un empêchement au mariage contraire à l'ordre public italien.

²³³⁹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 651.

²³⁴⁰ *Ibid.*, p. 649, § 772.

²³⁴¹ Aux termes de l'article 115 Cod. civ. it., les articles 84 à 90 sont d'application nécessaire concernant le mariage de l'italien à l'étranger. Ces dispositions couvrent la condition de capacité, de célibat (rappelée également par l'art. 27 de la loi it. n° 218/1995), l'absence de liens familiaux avec l'autre futur époux, le respect du délai de viduité pour la femme, l'absence de condamnation pénale pour meurtre commis ou tenté envers un conjoint, le respect de la condition d'âge, ainsi que la nomination d'un curateur qui assiste le futur époux mineur. L'article 116 impose le respect des cinq premières de ces conditions pour le mariage de l'étranger en Italie, à l'exclusion donc de la condition d'assistance du mineur et de la condition d'âge, ainsi que de certains liens familiaux. Pour plus de détails v. *infra*, § 1148.

prévoient des cas de tolérance relativement au non-respect de certains cas d'empêchement au mariage. La doctrine a pu souligner que cette tolérance se répercute sur le niveau d'exigence requis de la conformité des normes étrangères à ces différences de traitement²³⁴². Ainsi, la tolérance à l'égard d'une loi moins exigeante que la loi du for doit s'analyser de manière différente selon que l'empêchement est prohibitif ou dirimant, selon que la prohibition du mariage est absolue ou relative, ou encore, que l'empêchement peut ou non faire l'objet d'une demande de dispense.

1140. Là où les empêchements ne sont pas dirimants, mais prohibitifs, là où une dispense peut être accordée, ou encore là où la nullité du mariage serait relative, les auteurs imaginent que l'ordre juridique du for pourrait faire preuve de tolérance envers les lois étrangères. Tel pourrait notamment être le cas face aux lois qui ne prévoient pas le même degré de différence de traitement, ou qui ne prévoient pas les mêmes différences de traitement que le droit du for. Le raisonnement suivi est le même que celui qui a été montré relativement à l'évolution de l'exigence de différence de traitement des enfants nés dans et hors mariage. Il en ressort que la *ratio decidendi* proposée repose sur l'analyse de la finalité que poursuit la différence de traitement prévue par le for, conformément à la conception de la famille de l'ordre juridique du for.

1141. Trois exemples suffiront à le montrer. Deux d'entre eux sont tirés du droit français, mais sont également transposables au droit italien, et concernent l'âge **(1)** et l'absence de liens de parenté ou d'alliance **(2)**. Le troisième exemple est tiré du droit italien et porte sur la différence de sexe des époux **(3)**.

1) L'empêchement lié à l'âge des futurs époux

1142. Les auteurs français et italiens s'accordent pour considérer qu'une loi étrangère permettant le mariage du ressortissant étranger à un âge inférieur à celui prévu par la loi du for pourrait trouver application en France et en Italie²³⁴³. Ils s'appuient sur le fait qu'en droit interne des dispenses sont admises²³⁴⁴. Ils soulignent également que la condition d'âge a pour finalité de s'assurer de la maturité psychophysique des futurs époux, ce qui laisse imaginer qu'une loi étrangère qui fixe l'âge minimal du mariage à un âge inférieur à 18 ans serait appliquée si la

²³⁴² B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 651, § 775.

²³⁴³ Rappelons en effet que la condition d'âge est qualifiée de loi de police uniquement en ce qui concerne le mariage de l'italien à l'étranger (comp. art. 115 et 116 Cod. civ. it.).

²³⁴⁴ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 653.

maturité des époux était constatée²³⁴⁵. Vice-versa, si les futurs époux avaient un âge jugé insuffisant selon ce même critère, la loi étrangère permissive serait écartée²³⁴⁶. Cela explique d'ailleurs l'opposition, qui résulte de l'instruction générale française relative à l'état civil, au mariage du mineur ou du majeur protégé sans le consentement des personnes ou des organes habilités à consentir²³⁴⁷. Autrement dit, la loi étrangère serait appliquée si la finalité que poursuit la différence de traitement prévue en droit français et en droit italien n'était pas entravée par la loi étrangère. Il ressort ainsi de l'analyse des auteurs que le critère retenu est encore une fois celui de la logique sous-jacente à l'empêchement. Si la loi étrangère ne fait pas obstacle à la protection du but recherché par l'empêchement en droit interne, alors la loi étrangère moins exigeante devrait pouvoir s'appliquer.

Soulignons, en revanche, qu'il ne serait pas possible d'admettre une tolérance à l'égard d'une loi étrangère plus souple en s'appuyant sur la considération que, jusqu'en 2006, le droit français lui-même prévoyait une différence de traitement, notamment entre les hommes et les femmes²³⁴⁸. Le principe de l'actualité de l'ordre public l'empêche²³⁴⁹.

1143. Il convient d'ajouter que, dans le sens opposé, le fait que la loi française fixe l'âge requis pour le mariage à 18 ans et pas au-delà répond à des considérations tenant au respect de la liberté de mariage. Il a été souligné qu'une loi étrangère qui élève l'âge minimal pour le mariage de manière excessive serait écartée²³⁵⁰. Cela peut expliquer également la possibilité prévue par l'instruction générale française relative à l'état civil de conclure l'union malgré l'existence d'une incapacité au regard du statut personnel, à condition de prévenir les requérants « que leur union risque de ne pas être reconnue à l'étranger et pourrait même être annulée en France »²³⁵¹.

1144. Une analyse alternative de la finalité poursuivie par l'ordre juridique français à travers la disposition de la condition d'âge doit cependant être envisagée. L'article 144 du Code civil français qui a élevé à dix-huit ans l'âge du mariage pour les filles issues de la loi du 4 avril

²³⁴⁵ *Ibid.*, p. 653 ; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Statuto personale e diritti reali*, vol. II, 5^e éd., UTET Giuridica, Vicenza, 2019, p. 96.

²³⁴⁶ V. en ce sens Trib. min. Bologne, 9 février 1990, *Riv.dir. int.*, 1990, p. 422 ; Trib. min. Rome, 24 juillet 1989, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 114. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Statuto personale e diritti reali*, vol. II, 5^e éd., UTET Giuridica, Vicenza, 2019, p. 96.

²³⁴⁷ Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, point 548.

²³⁴⁸ L'âge minimal pour le mariage était fixé à dix-huit ans pour les hommes et à quinze ans pour les femmes (art. 144 Cod. civ. fr., rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 4 avril 2006).

²³⁴⁹ En ce sens, bien que relativement à une question distincte, D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *op. cit.*, pp. 882-898, § 7.

²³⁵⁰ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Statuto personale e diritti reali*, vol. II, 5^e éd., UTET Giuridica, Vicenza, 2019, p. 96.

²³⁵¹ Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, point 546.

2006²³⁵² a pour but la lutte contre les violences au sein du couple²³⁵³. Or, l'importance attachée par l'ordre juridique français à cette finalité permet de considérer que l'article 144 du Code civil pourrait être une loi d'application immédiate²³⁵⁴. La mesure de la différence de traitement prévue par le for devrait ainsi être la seule acceptable devant les juges français. La doctrine italienne souligne en revanche que c'est uniquement l'exigence d'un consentement libre et éclairé au mariage qui pourrait l'être, et non la condition d'âge²³⁵⁵.



1145. La compatibilité de la loi étrangère avec la finalité poursuivie conformément à la conception de la famille du for constitue le critère permettant de décider de l'applicabilité des normes étrangères en matière d'empêchements au mariage liés à l'âge des futurs époux. Cette compatibilité peut notamment être élargie là où l'ordre juridique du for fait preuve de tolérance en droit interne. La même logique semble être suivie relativement aux empêchements relatifs à l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance.

2) Les empêchements liés à la parenté ou à l'alliance

1146. **Droit français.** - Comme en matière d'empêchement au mariage lié à l'âge des futurs époux, la doctrine française considère qu'une loi étrangère posant des interdictions plus élevées que la loi du for concernant l'existence de liens de famille pourrait être jugée contraire à la liberté de se marier²³⁵⁶. En revanche, en ce qui a trait à la compatibilité avec la finalité de protection de la moralité française²³⁵⁷ qui justifie le maintien du principe de l'exogamie, l'instruction générale relative à l'état civil préconise d'écarter l'application de la loi plus permissive²³⁵⁸. Plus généralement, ce document précise qu'il serait contraire à l'ordre public de célébrer le mariage en application d'une loi étrangère qui ne prévoit pas un empêchement qui est considéré comme insurmontable dans l'ordre juridique du for. Sont ainsi également visés

²³⁵² Loi fr. du 4 avril 2006 n° 2006-399 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

²³⁵³ L'exposé des motifs de la loi relate que « les femmes les plus jeunes sont deux fois plus exposées [aux violences au sein du couple] que leurs aînées » (Proposition de loi tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et notamment au sein des couples, Annexe au procès-verbal de la séance du 10 novembre 2004, « Exposé des motifs »).

²³⁵⁴ En ce sens également, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 653, § 777.

²³⁵⁵ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Statuto personale e diritti reali*, vol. II, 5^e éd., UTET Giuridica, Vicenza, 2019, p. 96.

²³⁵⁶ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 654, § 779.

²³⁵⁷ V. les développements à ce sujet *supra*, § 583.

²³⁵⁸ Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, point 548.

les cas de polygamie, la puberté naturelle, et l'identité de sexe, bien que ce dernier empêchement ait été supprimé par l'adoption de la loi du 17 mai 2013²³⁵⁹.

1147. En raison du caractère extrêmement limité des empêchements absolus tenant à l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance²³⁶⁰ il est envisageable que les juges refusent de reconnaître un mariage conclu à l'étranger²³⁶¹. Ce choix dépendra notamment de la mise en balance entre le souci de protéger la conception de la famille du for et le souci de garantir la continuité des situations créées à l'étranger, ce qui devrait à notre avis être opéré en fonction des circonstances de l'espèce, et notamment de la caractérisation d'une vie de famille²³⁶².

1148. **Droit italien.** - Une solution analogue, quoique plus détaillée, est d'ailleurs prévue par la loi italienne. Cette dernière définit en effet expressément dans quelle mesure le respect de l'exigence de différence de traitement est nécessaire dans les litiges privés internationaux. Les différents empêchements à mariage liés à l'existence d'un lien de famille sont en effet qualifiés de lois de police. Leur champ d'application respectif n'est cependant pas le même. En effet, tous les empêchements définis à l'article 87 du Code civil reçoivent cette qualification concernant le mariage de l'italien à l'étranger²³⁶³. En revanche, concernant le mariage du ressortissant étranger en Italie, seulement une partie – le noyau dur – de ces empêchements reçoit cette qualification. Ainsi, l'interdiction de mariage entre ascendants et descendants en ligne directe, entre frères et sœurs, et le mariage entre alliés en ligne directe, s'imposent au titre des lois de police dans les deux cas. Il convient à cet égard de souligner que ces hypothèses sont également consacrées par le droit français²³⁶⁴.

En revanche, la lecture combinée des articles 115 et 116 du Code civil italien laisse comprendre que le respect des interdictions posées aux points 3 et 5 à 9 de l'article 87 du même Code sont moins importants que les premiers. Le respect des empêchements au mariage entre oncle/tante et nièce/neveu, entre alliés en ligne collatérale au second degré, et entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ou de l'adoptant et le conjoint de l'adopté s'impose uniquement aux ressortissants italiens.

1149. La mesure nécessaire des différences de traitement découlant des empêchements au

²³⁵⁹ Loi fr. du 17 mai 2013, n° 2013-404, préc.

²³⁶⁰ Il s'agit notamment de l'interdiction entre parents et alliés qui joue sans limitation de degré de parenté en ligne directe et qui joue jusqu'au second degré en ligne collatérale. V. art. 161 et 162 Cod. civ. fr. Cf. les cas possibles de dispense énumérés à l'article 164 Cod. civ. fr.

²³⁶¹ En ce sens, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 654, § 779.

²³⁶² V. *supra*, § 352 et s.

²³⁶³ Art. 115 Cod. civ. it.

²³⁶⁴ Art. 162 à 164 Cod. civ. fr.

mariage pour des raisons d'endogamie est ainsi détaillée par la loi italienne à travers les différents contours des champs d'application des dispositions protégées à travers la méthode de lois de police.



1150. L'importance donnée à chacune de ces exigences substantielles de différence de traitement, conformément à la conception de la famille du for, détermine ainsi la mesure dans laquelle leur respect s'impose en droit international privé. Un dernier exemple peut être porté en ce sens. Il s'agit de l'empêchement à mariage en Italie entre personnes de même sexe.

3) L'empêchement italien lié à l'identité de sexe des époux

1151. L'empêchement lié à l'identité des sexes des futurs époux différencie depuis 2013 la loi française et la loi italienne puisqu'il n'existe désormais que dans l'ordre juridique italien. Néanmoins, le raisonnement suivi par les juges italiens afin de décider de la compatibilité d'une norme étrangère permissive avec l'exigence de différence de traitement des couples homosexuels prévue par le droit italien par rapport aux couples de sexe différent sera identique à celui qui a pu être mis en exergue relativement aux autres cas d'empêchement au mariage. Il convient de rappeler qu'il s'agit là d'un empêchement insusceptible de dispense. La seule question qui se pose est alors de savoir si une loi plus permissive que la loi italienne et qui permet donc le mariage entre deux personnes de même sexe peut être considérée comme compatible avec l'exigence de différence de traitement prévue par le for. La réponse à cette question suit la logique précédemment définie et implique ainsi de rechercher la finalité poursuivie par la prévision de cette différence de traitement. Celle-ci réside en la protection de la conception traditionnelle de la famille, caractérisée par l'opposition du sexe des époux, protection qui serait affectée par la célébration d'un mariage entre personnes du même sexe. Telle est la raison qui avait conduit la Cour de cassation italienne à décider dans un arrêt datant du 15 mars 2012²³⁶⁵, que le mariage célébré à l'étranger ne pouvait pas produire d'effet en Italie. Il ressort en effet de l'arrêt que le respect de la conception italienne de la famille, orientée vers la protection de la conception traditionnelle du couple, imposait cette solution. La Cour a constaté que la conception italienne du mariage était la conception traditionnelle²³⁶⁶. Elle a

²³⁶⁵ Cass. it., Civ. 1^e, 15 mars 2012, n. 4148, *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 696, *Riv. AIC*, 2012, n° 1 [en ligne], n. Di Bari.

²³⁶⁶ Point 2.2.2 de l'arrêt.

rappelé que, bien que la notion de mariage consacrée par l'article 12 de la CESDH englobe l'union entre personnes de même sexe depuis d'arrêt *Schalk et Kopf*²³⁶⁷, cette même disposition prévoit que l'exercice de ce droit est régi par les lois nationales²³⁶⁸. Cela légitime le refus de faire produire en Italie des effets à un mariage entre personnes de même sexe conclu à l'étranger.

La solution contraire aurait d'ailleurs conduit à traiter de manière identique des situations que l'ordre juridique italien commandait (et commande) de distinguer. La reconnaissance des effets du mariage n'était notamment pas possible dans la mesure où la Cour de cassation refusait implicitement d'admettre des dérogations au respect de cette exigence de différence de traitement, au nom par exemple, de la garantie de la continuité des situations²³⁶⁹. Cette différence de traitement était essentielle dans l'optique de l'ordre juridique italien. La solution a cependant évolué depuis.

L'introduction de l'article 32 bis²³⁷⁰ a amené à admettre que les mariages conclus à l'étranger entre personnes de même sexe produisent des effets en Italie. La disposition en question régit uniquement le cas du mariage conclu par au moins un italien avec une personne de même sexe et définit la limite de la conformité des effets de ce mariage avec l'ordre public italien. Elle dispose en effet que, lorsqu'au moins l'un des deux époux est italien, le mariage produit les effets de l'union civile²³⁷¹. Or, dans la mesure où l'union civile est ouverte en Italie uniquement aux couples de même sexe²³⁷², il n'en découlait pas une modification de l'exigence de différence de traitement entre couples de même sexe et couples de sexe opposé. Le pas a, en revanche, été franchi par la Cour de cassation au prix d'un glissement interprétatif, qui, dans un arrêt du 14 mai 2018²³⁷³, a déduit de l'adoption de cette disposition une diminution de la réaction de l'ordre juridique italien aux effets produits par les mariages conclus entre personnes de même sexe. Plus précisément, elle a considéré que si l'ordre public italien réagissait encore,

²³⁶⁷ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, *ibid.*, p. 765, n. J. Hauser, *JCP G*, 2010, p. 1013, obs. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2010, p. 333, obs. V. Avena-Robardet.

²³⁶⁸ Point 4 de l'arrêt.

²³⁶⁹ La Cour précise d'ailleurs que le droit à la libre circulation du couple italien n'était pas lésé par le refus de reconnaissance (point 3.3.2 de l'arrêt).

²³⁷⁰ Introduit par le décret législatif it. n° 7/2017, du 19 janvier 2017, préc.

²³⁷¹ « Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana ».

²³⁷² Art. 1^{er}, al. 1 et 2 de la loi it. du 20 mai 2016, n° 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, préc.

²³⁷³ Cass. it., Civ. 1^{re}, 14 mai 2018, n° 11696, *Foro It.*, 2018, I, 1948, *Dir. Comp.*, 2018, n. V. Miri, *Famiglia*, 2019, p. 473, n. M. Ramuschi.

c'était en raison de la nationalité italienne des époux²³⁷⁴. Elle en déduit ainsi que si la Cour était confrontée à une demande de transcription d'un mariage conclu entre deux ressortissants étrangers de même sexe à l'étranger, les effets de ce mariage ne sauraient plus être considérés comme contraires à l'ordre public italien. Par conséquent, ce mariage « devrait être transcrit [...] en tant que tel »²³⁷⁵, en acceptant qu'il produise les effets du mariage.

1152. Au prix de l'orthodoxie interprétative, la Cour de cassation a tiré de l'ouverture en Italie du droit de conclure des unions civiles entre personnes de même sexe, une réduction de la mesure de la différence de traitement requise par l'ordre juridique italien et, par-là, un amenuisement de l'importance donnée à cette différence de traitement. Sur cette base elle a envisagé d'admettre une dérogation à l'exigence de différence de traitement définie par l'empêchement à mariage à l'égard des personnes de même sexe, lorsque la situation présente des faibles liens avec l'ordre juridique du for, et notamment lorsque le mariage a été conclu à l'étranger entre deux ressortissants étrangers.



1153. L'analyse du droit français et italien nous a conduite à comprendre que le critère employé pour contrôler la conformité des normes étrangères aux exigences substantielles de différences de traitement, mais potentiellement également des exigences substantielles d'identité de traitement, est la finalité poursuivie par l'ordre juridique du for à travers la prévision du contenu de l'égalité en cause conformément à la conception de la famille du for. La mesure dans laquelle la continuité des situations peut être garantie lorsque le respect d'un contenu de l'égalité du for conduit en principe à la discontinuité des situations, dépend de la tolérance à des formes familiales ou à des prérogatives inconnues en droit national. Cela permet alors d'expliquer pourquoi, parfois, le contrôle d'égalité n'est pas opéré par les juges français en dépit de sa pertinence.

III) L'explication des évictions du contrôle d'égalité par les juges français

1154. Il existe des cas où la question de la conformité des normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité du for se pose, mais où, notamment, les juges français n'opèrent pas le

²³⁷⁴ La Cour souligne que la *ratio* de la loi n° 76 de 2016 et de ses décrets applicatifs était d'éviter que les italiens ne contournent l'interdiction de mariage qui perdure en droit italien (« [...] la ratio antielusiva posta a base della nuova norma », point 13.2 de l'arrêt)

²³⁷⁵ « Il matrimonio dovrebbe essere trascritto, in questa ipotesi, come tale, senza operare alcuna conversione » (point 13.2 de l'arrêt).

contrôle d'égalité, ni de manière explicite ni en l'englobant au sein du contrôle de conformité à l'ordre public international, en dépit de sa pertinence **(A)**. Lorsque la primauté n'est pas donnée à d'autres droits fondamentaux que le principe d'égalité, ces omissions peuvent s'expliquer par la subordination du résultat du contrôle d'égalité à l'importance aux différents volets de la conception de la famille du for. L'analyse est notamment absente lorsque l'ordre juridique du for fait preuve de tolérance à l'égard des formes familiales inconnues en droit national. En effet, lorsque les juges considèrent que la protection de la conception de la famille du for peut tolérer l'application d'une loi ou la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger, il n'est plus nécessaire d'en analyser la conformité au principe d'égalité. Autrement dit, le résultat du contrôle d'égalité dépend de l'importance donnée par l'ordre juridique du for à chaque exigence substantielle d'égalité, laquelle dépend à son tour de l'importance donnée aux différents volets de la conception de la famille qu'il dessine **(B)**.

A) Les cas d'omission de la mise en œuvre du contrôle d'égalité en droit français

1155. Dans deux hypothèses les juges français n'ont pas opéré le contrôle d'égalité malgré sa pertinence. Tel a notamment été le cas concernant la possibilité d'admettre la validité de mariages polygyniques valablement conclus à l'étranger **(1)**. Tel est également le cas au sujet d'une demande de délivrance du *gueth* à une femme par son ex-époux **(2)**.

1) La polygynie : l'absence d'analyse de l'égalité des sexes

1156. La question de la reconnaissance de la validité en France des unions polygamiques célébrées à l'étranger pose une question d'égalité des sexes des époux. Cela a été indirectement relevé par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Refah partisi*²³⁷⁶ qui a classé la polygamie au sein d'une liste d'exemples de « règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés d'inspiration religieuse »²³⁷⁷ que les États parties à la Convention peuvent refuser d'appliquer. Les lois étrangères qui admettent la bigamie ou la polygamie semblent en effet autoriser uniquement la polygynie et non pas également la polyandrie²³⁷⁸. La confrontation aux exigences d'égalité des sexes ne poserait en revanche pas de problème si l'union était

²³⁷⁶ CEDH, 13 février 2003, *Refah partisi et a. c. Turquie*, req. n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98.

²³⁷⁷ *Ibid.*, § 128.

²³⁷⁸ Comme le soulignent B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 654, § 780. Les auteurs précisent qu'aucune loi connue n'autorise la polyandrie.

célébrée dans un pays qui admettrait aussi bien l'union d'un homme avec plusieurs femmes que l'union d'une femme avec plusieurs hommes. La question de la compatibilité de cette union avec la conception monogamique du mariage serait la seule à se poser. Cette interrogation n'a cependant jamais été analysée notamment par les juges français. En Italie, elle se pose si les juges sont appelés à se prononcer au titre principal sur la question de la validité du mariage. Elle ne se pose en revanche pas si elle se pose à titre préalable. Deux explications doivent cependant être données concernant ces absences dans la jurisprudence italienne et française.

1157. L'absence d'analyse dictée par l'exigence de conformité *in concreto* à l'ordre public italien au stade des questions préalables. - L'absence de contrôle en Italie n'a pas trait à une question liée au respect des contenus de l'égalité du for. La raison tient au fait que les questions principales soumises à l'attention des juges concernent essentiellement les effets des unions. La question de la validité de ces unions ne se pose donc pas à titre préalable. En effet, Monsieur MOSCONI et Madame CAMPIGLIO relatent qu'au sein de la doctrine italienne la question de savoir si l'exception d'ordre public aurait vocation à jouer dans ce cas s'est rarement posée. Ils soulignent que « les auteurs qui se sont occupés de cette question l'ont exclu en raison du fait que la question, puisqu'elle est préliminaire, resterait – pour ainsi dire – en arrière-plan et que la loi applicable ne produirait pas des effets directs dans notre ordre juridique et donc *in concreto* contraires à l'ordre public »²³⁷⁹. D'ailleurs, il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que les dispositions régissant les conditions de reconnaissance des situations créées à l'étranger « ne prévoient pas l'accueil de [ces dernières], telles qu'elles sont régies par les ordres juridiques d'origine, mais se limitent à accepter qu'ils produisent leurs effets, dans la mesure où ils résultent être compatibles avec [...] l'ordre public »²³⁸⁰. La Cour a d'ailleurs plus

²³⁷⁹ T.d.A., F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, op. cit., p. 229 : « gli autori che hanno affrontato il problema lo hanno escluso, in ragione del fatto che la questione, in quanto appunto preliminare, resterebbe – per così dire – sullo sfondo, e la legge ad essa applicabile non esplicherebbe effetti diretti nel nostro ordinamento e dunque *in concreto* contrari all'ordine pubblico ».

²³⁸⁰ Cass. it., Civ. 1^e, 8 mai 2019, n° 12193, *Foro it.*, 2019, I, p. 1951, n. G. Casaburi, *Foro it.*, 2019, I, p. 4027, n. G. Luccioli, *Fam. dir.*, 2019, p. 653, n. M. Dogliotti e G. Ferrando, *Famiglia*, 2019, p. 345, n. M. Bianca, *Riv. dir. fam. e successioni*, 2019, p. 209, n. S. Cermaria, *Nuova giur. civ.*, 2019, p. 741, n. U. Salanitro, *Stato civile it.*, 2019, fasc. 6, p. 51, *Corriere giur.*, 2019, p. 1198, n. D. Giunchedi, *GenIus*, 2019, fasc. 1, p. 159, *Rass. avv. Stato*, 2019, fasc. 1, p. 102, n. W. Ferrante, *Giur. it.*, 2020, p. 543, n. A. Valongo, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2019, p. 924, n. D. Durisotto, *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1373, n. S. Serravalle, *Foro nap.*, 2019, p. 775, n. S. Rosa, *Dir. fam.*, 2019, p. 1062, n. V. Spadafora, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 2020, p. 369, *Giur. it.*, 2020, p. 1623, n. D. Salvi, *Dir. fam.*, 2020, p. 392, n. P. Mazzamuto, T.d.A. « L. n. 218 del 1995, artt. 64 e ss., i quali, nel disciplinare l'ingresso nel nostro ordinamento di atti e provvedimenti formati all'estero, non prevedono affatto il recepimento degli istituti ivi applicati, così come sono disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, ma si limitano a consentire la produzione dei relativi effetti, nella misura in cui gli stessi risultino compatibili con la delineata nozione di ordine pubblico » (point 12.2 de l'arrêt). V. également CA Milan, 13 mai 1994, validée par Cass. it., Civ. 1^e, 2 mars 1999, n° 1739, *Foro it.*, n° 5, 1999, p. 1458, *Fam. dir.*, 1999, p. 327, n. V. Zambrano, *Riv. dir. int. privato e proc.*,

précisément affirmé que la validité des mariages célébrés à l'étranger est automatiquement reconnue en Italie si les conditions de forme prévues par l'ordre juridique de célébration sont respectées. Elle ajoute que, lorsque les conditions de fond relatives à l'état et à la capacité des personnes ne sont pas respectées, la validité des unions est remise en cause uniquement si elles font l'objet d'une action en nullité²³⁸¹. *A fortiori*, la question de la conformité des lois étrangères régissant ces conditions aux principes essentiels italiens ne se pose pas en dehors de ce cas. Néanmoins, dans cette hypothèse, et bien que cette question n'ait jamais été directement²³⁸² soumise à l'attention des juges italiens, la doctrine insiste sur le fait que la condition de monogamie doit être considérée comme une loi de police empêchant le mariage de l'étranger en Italie²³⁸³, comme le précise l'article 116 du Code civil italien. Cette condition empêcherait également la transcription de mariages polygamiques valablement célébrés à l'étranger. La doctrine oscille entre le fondement de ce refus sur le fondement de l'ordre public ou bien sur l'invalidité de l'union en application de la condition italienne de monogamie au titre de loi de police²³⁸⁴. Certains auteurs précisent que cette contrariété réside, au-delà de la contrariété au principe monogamique du mariage, dans la contrariété de ces unions au principe d'égalité des sexes²³⁸⁵. L'admission d'une tolérance à l'égard de ces unions entérinerait donc une inégalité

1999, p. 613, *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2695, n. L. Di Gaetano, *Gazzetta giur.*, 1999, fasc. 13, p. 60. La Cour d'appel milanaise souligne que le caractère polygamique du mariage n'empêche pas d'en reconnaître les effets concernant notamment la dévolution successorale au profit des enfants nés du second mariage, indépendamment donc de la validité du mariage. La Cour souligne que « le contrôle de la validité du mariage [...] est une question préliminaire [...] et, n'impliquant pas une insertion dans la loi du for des normes étrangères qui admettent la polygamie [...] ne pose pas [...] de problème de compatibilité avec l'ordre public interne » (*T.d.A.* Soulignons que l'« ordre public interne » correspondait à l'ordre public international que les juges opposaient à l'application des normes étrangère lorsqu'au moins l'une des parties en cause était italienne. V. *infra*, § 399). Cet extrait est reporté par C. CAMPIGLIO, « Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana », *op. cit.*, pp. 43-76, spéc. p. 59.

²³⁸¹ Cass. it., Civ. 1^e, 13 avril 2001, n. 5537, *Giust. Civ.*, 2001.I.2379.

²³⁸² V. en effet Cass. it., Civ. 1^e, 2 mars 1999, n° 1739, *prec.*, *Foro it.*, n° 5, 1999, p. 1458, *Fam. dir.*, 1999, p. 327, n. V. Zambrano, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 1999, p. 613, *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2695, n. L. Di Gaetano, *Gazzetta giur.*, 1999, fasc. 13, p. 60. La Cour était ici confrontée à un mariage conclu en Somalie entre une italienne et un étranger, là où la loi personnelle de ce dernier lui aurait permis de contracter une seconde union. Les juges ont considéré que la question de la polygamie ne se posait concrètement pas en l'espèce, ce qui ne permettait pas d'évincer la loi étrangère permettant la polygamie là où un seul mariage était célébré. Elle souligne cependant que la contrariété de la polygamie et de la répudiation à l'ordre public italien est incontestable (« indubbia »).

²³⁸³ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Statuto personale e diritti reali*, vol. II, 5^e éd., UTET Giuridica, Vicenza, 2019, pp. 103. En ce sens également, Trib. Mantoue, 16 janvier 2014, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 2014, p. 995, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2014, p. 831.

²³⁸⁴ L'art. 26 loi it. n° 218/1995 désigne en effet la loi nationale des époux en matière de validité quant au fond du mariage, mais réserve la condition de célibat des époux. Cette disposition est également applicable à l'analyse de la validité des mariages célébrés à l'étranger. Leur transcription n'est donc pas censée être possible (*ibid.*, pp. 100-101).

²³⁸⁵ B. BAREL, S. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato : manuale breve tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, *op. cit.*, p. 133.

des sexes²³⁸⁶.

1158. La possible contrariété à l'ordre public français, y compris au stade des questions préalables. - En France en revanche, l'analyse de la validité des mariages, y compris à titre préalable, est susceptible de poser des questions de conformité à l'ordre public, ici entendu comme comprenant les « fondements politiques et sociaux de la civilisation française »²³⁸⁷. La doctrine s'accorde pour considérer que la question qui se pose est notamment celle de la compatibilité de ces unions avec la conception monogamique du mariage de droit français²³⁸⁸ et donc avec la conception de la famille du for. Or, la contrariété à la conception de la famille du for peut en principe conduire à faire jouer l'exception d'ordre public.

1159. Néanmoins, les juges français font souvent jouer l'effet atténué d'ordre public pour en admettre la validité²³⁸⁹. Ce mécanisme de modulation d'intervention de l'ordre public international permet donc d'introduire une tolérance de la reconnaissance de ces unions. La question qui se pose est ainsi de savoir s'il est possible de considérer que le jeu de l'effet atténué de l'ordre public vient permettre de reconnaître une forme familiale qui contrevient, d'un côté, à la conception française de la famille et, d'un autre côté, au principe d'égalité des époux. La réponse pourrait être positive en considérant que, comme cela a été précédemment montré, souvent les juges ne mentionnent pas le principe d'égalité, mais que l'analyse de son respect est englobée par la référence à la notion d'ordre public international²³⁹⁰. Deux considérations amènent cependant à penser que le contrôle d'égalité n'est pas implicite, mais absent.

1160. Indices relatifs à l'absence de contrôle de conformité aux exigences substantielles d'égalité françaises. - Premièrement, il a été possible de montrer que l'analyse du respect du principe d'égalité des époux est la seule qui amène aussi bien les juges d'appel que la Cour de cassation française à mentionner explicitement la disposition d'égalité qui fonde l'analyse. Plus précisément, il a été montré que la disposition d'égalité qui est expressément mentionnée le plus fréquemment est l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH. Cette disposition a notamment été employée pour statuer en matière de reconnaissance de répudiations prononcées à

²³⁸⁶ F. PASTORE, « Famiglie immigrate e diritti occidentali : il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia », *op. cit.*, pp. 73-117, spéc. p. 81 ; B. BAREL, S. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato : manuale breve tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, *op. cit.*, p. 133.

²³⁸⁷ En ce sens, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 550, § 466.

²³⁸⁸ D. SINDRES, « Le refus de transcription d'un acte relatant le mariage bigamique d'un français à l'étranger », *D.*, n° 43, 2016, p. 2553 ; P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *op. cit.*, pp. 263-282 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 331, § 386 et p. 346, § 401.

²³⁸⁹ V. la jurisprudence citée en note n° 1925.

²³⁹⁰ V. *supra*, § 254 et s.

l'étranger²³⁹¹. Ainsi, il est possible d'imaginer que si les juges opéraient le contrôle de la conformité des unions polygyniques au principe d'égalité des époux, ce contrôle ne serait pas opéré de manière implicite puisque l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH servirait vraisemblablement de fondement légal à la décision.

1161. En second lieu, un indice de l'absence d'analyse de la conformité de ces unions au principe d'égalité des sexes des époux découle du fait que les juges français font uniquement référence au caractère polygamique de l'union et jamais, de manière plus spécifique, à son caractère polygynique. Or, c'est la référence à ce dernier qui permet de mettre en évidence la dimension d'inégalité des sexes qui démarque ces unions.

1162. La seule opération que les juges semblent effectuer, et qui les conduit à reconnaître ces unions par le jeu de l'effet atténué de l'ordre public, est alors la mise en balance entre le souci de protéger la conception monogamique du mariage avec le souci de garantir une continuité du statut personnel des époux²³⁹². La raison pour laquelle les juges français n'ont jamais sanctionné la contrariété d'un mariage polygynique au principe d'égalité des sexes peut tenir au fait que cette question d'égalité n'a jamais été soulevée par les parties. S'agissant cependant d'un motif de contrariété à l'ordre public de la validité de l'union, il n'est pas exclu que le juge puisse relever d'office la contrariété à l'ordre public, bien qu'un flou entoure cette question²³⁹³. En même temps, nous avons déjà eu l'occasion de considérer que, si même cela était le cas, l'absence de sanction de la contrariété du mariage polygynique au principe d'égalité des sexes répondrait à un souci d'équité²³⁹⁴. Rappelons à cet égard que, du point de vue d'un ordre juridique protégeant la conception monogamique du mariage, l'épouse est déjà lésée du fait de ne pas être l'unique épouse de son mari. Le refus de reconnaître son mariage léserait ainsi davantage ses intérêts puisque l'union ne pourrait, en principe, pas produire d'effets. Cette analyse nous a conduite à voir en l'équité un possible motif de dérogation en droit international

²³⁹¹ V. les développements *supra* à ce sujet, § 1020 et s.

²³⁹² P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *op. cit.*, p. 263-282.

²³⁹³ La jurisprudence n'a pas apporté une réponse claire à cette question (pour une analyse jurisprudentielle, v. M.-L. NIBOYET, L. SINOPOLI, « L'exequatur des jugements étrangers en France », *Gaz. Pal.*, 2004, n° 169, p. 4 s., spéc. p. 25) et il n'y a pas de consensus sur le sujet au sein de la doctrine (D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, LGDJ, Paris, 1970, p. 372 ; H. MUIR WATT, « Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 308, § 10 et s. Pour une synthèse des termes de la question v. VAREILLES-SOMMIÈRES (de) P., « Jugement étranger – Régularité internationale du jugement étranger », *Rép. proc. civ.*, §§ 185-190. V. dans le sens de l'admission de cette possibilité P. HAMMJE, « Divorce et séparation de corps – La loi applicable au divorce », *Rép. dr. int.*, actualisé en septembre 2020, § 210, au sujet de la mise à l'écart d'office de la loi étrangère admettant la répudiation choisie par les époux.

²³⁹⁴ V. *supra*, § 350.

privé aux exigences substantielles d'égalité du for.

N'oublions cependant pas qu'une telle solution soulève la question du respect des droits de la première épouse de statut monogamique. Cette logique pourrait en effet conduire à limiter les droits garantis à la seconde épouse, notamment si les juges choisissaient de dissocier le contrôle des effets de l'union du contrôle relatif à sa validité²³⁹⁵. L'on voit ainsi qu'un choix s'impose, entre le souci de protéger les attentes légitimes de l'épouse de statut monogamique et le souci de protéger la seconde épouse. Nous nous demandons cependant s'il est opportun de priver de protection la seconde épouse alors que la première, en dépit de son statut personnel monogamique, s'est liée à un homme dont le statut personnel admettait la polygamie. Autrement dit, l'attente de la première épouse est-elle véritablement légitime ?

1163. Il n'en reste pas moins que les juges français n'ont jamais considéré que les mariages polygyniques contrevenaient en principe aux exigences d'égalité du for. Plus encore, la question de la conformité de la polygynie à ces dernières n'est jamais évoquée par eux en dépit de sa pertinence.



1164. Ce contrôle d'égalité n'est donc pas opéré d'office par les juges français. Il en va de même relativement à une affaire à laquelle la Cour de cassation a été confrontée et qui concernait une demande de délivrance du *gueth*.

2) Le *gueth*

1165. Un arrêt rendu par la Cour de cassation française le 21 novembre 1990²³⁹⁶ concernait une demande formée par une ex-épouse exigeant que le mari lui délivre le *gueth* en application de la loi mosaïque. En l'absence de remise de cet acte, celle-ci ne pouvait pas se remarier religieusement. Face au refus opposé par le mari, la Cour d'appel de Paris avait fait droit à la demande de l'épouse et condamné l'époux à délivrer cet acte. La Cour de cassation a cassé cet arrêt en soulignant que la délivrance du *gueth* ne constituait pas une obligation pour l'époux, mais uniquement une faculté « relevant de sa liberté de conscience »²³⁹⁷. Elle a cependant

²³⁹⁵ V. *supra*, § 945 et s.

²³⁹⁶ Cass. fr., Civ. 2^e, 21 novembre 1990, n° 89-17659, *D.*, n° 31, 1991, p. 434, n. E. Agostini.

²³⁹⁷ V. cependant les précisions apportées par AGOSTINI à ce sujet, qui met en évidence qu'en réalité le mari peut être contraint par un Tribunal rabbinique à délivrer le *gueth*. La délivrance de ce document ne constituerait alors pas véritablement une simple faculté. V. E. AGOSTINI, note ss. Cass. fr., Civ. 2^e, 21 novembre 1990, n° 89-17659, *D.*, n° 31, 1991, pp. 434-436, spéc. p. 435.

condamné l'époux à payer des dommages et intérêts à l'épouse en contrepartie du refus, abusif, de lui délivrer le *gueth*. L'explication de cette décision avait déjà été donnée par la Cour de cassation en 1972²³⁹⁸ lorsqu'elle approuva la Cour d'appel d'avoir considéré qu'« en principe, l'abstention dommageable ne peut entraîner une responsabilité qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis », mais qu'« il en est autrement lorsque cette abstention dommageable a été dictée par l'intention de nuire et constitue un abus de droit ». Or, dans l'arrêt de 1990, la Cour de cassation a considéré que le refus d'accorder le *gueth* était abusif en ce que cela empêchait l'ex-épouse de contracter une nouvelle union religieuse²³⁹⁹.

1166. Il convient premièrement de souligner que la Cour de cassation n'a pas déclenché l'exception d'ordre public international à l'encontre de l'application de la loi mosaïque²⁴⁰⁰. Cela peut s'expliquer par le fait que son application n'amenait pas à une solution contraire à la conception française de la famille. En effet, le refus de l'ex-mari de délivrer le *gueth* à son ex-épouse n'empêchait pas celle-ci de se remarier civilement, mais uniquement religieusement. Ce refus ne limitait donc pas la possibilité pour l'épouse de célébrer le seul mariage qui, au sens de l'ordre juridique français, a une valeur légale, c'est-à-dire le mariage civil. L'on ne saurait, par ailleurs, suivre la pensée de Monsieur AGOSTINI qui considérait que l'impossibilité pour la femme de se remarier religieusement constituait une violation de l'article 9 de la CESDH²⁴⁰¹. C'est en effet la religion mosaïque elle-même qui permet de limiter le droit au remariage en le subordonnant à la délivrance de cet acte par son ex-époux, lequel peut refuser de l'accorder. On ne saurait ainsi considérer qu'une condition posée par une règle religieuse contrarie la liberté de l'individu de pratiquer cette même religion.

Il est ainsi possible de déduire de cet arrêt que l'impossibilité de célébrer un mariage religieux pour une personne n'est pas contraire à la conception française du mariage. Si tel était le cas, le fait que la délivrance du *gueth* constituait une simple faculté et non pas une obligation pour l'époux aurait dû être considéré comme contraire à la liberté de se marier par la Cour de

²³⁹⁸ Cass. fr., Civ. 2^e, 13 décembre 1972, n° 71-12043.

²³⁹⁹ V. également Cass. fr., Civ. 2^e, 5 juin 1985, n° 84-11088, où la Cour précise que si la volonté de nuire n'est pas une condition pour engager la responsabilité de l'époux, le refus de délivrer le *gueth* doit pouvoir être considéré comme abusif. Et v. Cass. fr., Civ. 2^e, 15 juin 1988, n° 86-15476, où la Cour précise encore que le refus de délivrer le *gueth* est abusif du seul fait que la non-délivrance du *gueth* restreint la liberté totale de se remarier qui doit pouvoir découler d'un divorce. Dans le même sens, Cass. fr., Civ. 2^e, 12 décembre 1994, n° 92-17098.

²⁴⁰⁰ Les arguments de l'épouse ne sont pas relatés. Il n'est donc pas possible de savoir si elle avait allégué la contrariété à l'ordre public de l'application de la loi mosaïque. Autrement, la question se pose de savoir si la contrariété à l'ordre public n'aurait pas pu être soulevée d'office par la Cour. Le débat entourant cette possibilité a été présenté *supra*, note n° 2393.

²⁴⁰¹ E. AGOSTINI, note ss. Cass. fr., Civ. 2^e, 21 novembre 1990, n° 89-17659, *D.*, n° 31, 1991, pp. 434-436, spéc. p. 436.

cassation. Au lieu de cela, les juges ont considéré que la lésion du droit de l'épouse, découlant de l'impossibilité de se remarier en la forme religieuse, devait donner lieu au paiement de dommages et intérêts par le mari. Cela ne doit pas surprendre. Une jurisprudence constante de la Cour de cassation qualifie en effet le refus de délivrance du *gueth* d'abusif du fait que ce refus restreint celle que la Cour de cassation définit la « liberté totale »²⁴⁰² de se remarier, ce qu'il faut entendre comme la liberté de se remarier aussi bien civilement que religieusement, qui ne peut pas être limitée par la volonté d'un époux²⁴⁰³.

1167. L'affaire de l'espèce soulevait néanmoins une question d'égalité que la Cour de cassation n'a pas analysée. Comme AGOSTINI²⁴⁰⁴ le soulignait « faute de délivrance de cet acte, si le mari peut se remarier librement au regard de la loi mosaïque, il n'en va pas de même de la femme qui, conformément au *livre de ruth* (1.13), sera toujours liée à son mari tout en étant abandonnée par lui et ne pourra donc contracter de mariage religieux ». Dès lors, si l'épouse avait allégué la violation du principe d'égalité, ou dans l'éventualité d'un contrôle d'office, la Cour de cassation aurait pu vérifier si ce refus caractérisait ou non une violation du principe d'égalité des époux.

1168. Or, la mise en œuvre du contrôle d'égalité aurait été susceptible de conduire la Cour de cassation à adopter une solution différente de celle qu'elle a retenue. Le respect de la conception française de l'égalité imposerait en effet de refuser que l'application de la loi mosaïque conduise à un résultat contraire au principe d'égalité des époux. Or, ce résultat aurait été conforme à ce principe si l'époux récalcitrant avait été contraint par les juges à délivrer le *gueth*. En Italie, cette solution a d'ailleurs été précisément envisagée²⁴⁰⁵. Le fait pour les juges de ne pas astreindre l'époux à le faire, et à interdire ainsi de manière perpétuelle le remariage religieux de l'épouse, revient en revanche à entériner une inégalité de traitement entre l'homme et la femme, du fait que cette dernière ne peut pas empêcher à son tour son ex-époux de se remarier.



1169. À la lumière de cet arrêt concernant la délivrance du *gueth*, tout comme de la jurisprudence française concernant la reconnaissance de la validité des mariages polygyniques,

²⁴⁰² L'expression est tirée de l'arrêt Cass. fr., Civ. 2^e, 15 juin 1988, n° 86-15476, préc.

²⁴⁰³ V. également en ce sens Cass. fr., Civ. 2^e, 12 décembre 1994, 92-17098, où la Cour clarifie sa jurisprudence précédente. Cf. Cass. fr., Civ. 2^e, 5 juin 1985, 84-11088.

²⁴⁰⁴ E. AGOSTINI, note ss. Cass. fr., Civ. 2^e, 21 novembre 1990, n° 89-17659, *D.*, n° 31, 1991, pp. 434-436, spéc. p. 435.

²⁴⁰⁵ F. PASTORE, « Famiglie immigrate e diritti occidentali : il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia », *op. cit.*, pp. 73-117, spéc. p. 107.

une explication de l'absence de la mise en œuvre du contrôle d'égalité mérite d'être recherchée.

B) Les questions d'égalité résorbées par la question de la conformité à la conception de la famille

1170. **Le trait commun aux situations où le contrôle d'égalité a été omis.** - Les deux cas où la Cour de cassation française n'a pas opéré le contrôle d'égalité en dépit de sa pertinence présentent un trait commun. Il était notamment question de reconnaître des prérogatives inconnues dans le for, et au sujet desquelles les juges ont considéré que la solution n'était pas incompatible avec la conception de la famille du for.

1171. Ainsi, il est possible d'émettre l'hypothèse qu'à partir du moment où la Cour de cassation française ne refuse pas de reconnaître une situation créée à l'étranger ou d'appliquer une loi étrangère au nom de sa contrariété à la conception de la famille du for, le contrôle d'égalité n'est pas opéré. La plausibilité de cette hypothèse découle des analyses précédentes ayant mis en évidence que l'admissibilité des dérogations aux exigences substantielles d'égalité de l'ordre juridique du for dépend de l'importance que ce dernier accorde à chaque volet de sa conception de la famille, à moins que la primauté ne soit donnée au souci de garantir des droits fondamentaux autres que l'égalité. *A fortiori*, l'admissibilité des dérogations dépend de la tolérance de l'ordre juridique du for face aux formes familiales différentes de celles qui sont appréhendées par le droit interne. Cette analyse explique ainsi que lorsque les juges considèrent que la situation n'est pas incompatible avec la conception de la famille du for, et que la protection d'autres droits fondamentaux n'appelle pas une solution différente, il n'est plus nécessaire d'opérer le contrôle d'égalité. Ce contrôle amènerait en effet exactement au même résultat que la confrontation de la norme étrangère à la seule conception de la famille du for.

En effet, les exigences substantielles d'égalité du for sont définies en fonction de ce que dicte la conception de la famille du for. Si la norme étrangère est conforme au contenu de l'égalité, elle est alors nécessairement conforme à la conception de la famille du for. Si en revanche la norme étrangère n'est pas conforme à ce dernier, la question se pose de savoir si une dérogation est admissible. Or, cette décision dépend encore une fois de l'analyse de la conception de la famille. Plus précisément, l'admission de la dérogation varie selon la tolérance de la conception de la famille du for à l'ouverture à des formes familiales autres que celles qui sont consacrées en droit interne.



1172. En conclusion, lorsqu'aucun autre droit fondamental ne prime sur les exigences substantielles d'égalité du for, l'importance donnée par l'ordre juridique du for au contenu de l'égalité en question détermine la mesure dans laquelle la continuité des situations pourra être garantie. Or, puisque ces exigences dessinent les différents volets de la conception de la famille du for, l'ouverture à des normes qui ne respectent pas les premières dépendra de ce que peut tolérer la seconde. La subordination du résultat du contrôle d'égalité à l'ouverture dont peut faire preuve la conception de la famille du for explique d'ailleurs que parfois le contrôle d'égalité ne soit pas opéré par les juges français en dépit de sa pertinence. Confrontés à des demandes de reconnaissance des mariages polygyniques et d'une demande de remise du *gueth* de la part du mari à son ex-épouse, les juges ont donné une réponse positive à la question de savoir si le respect de la conception de la famille du for pouvait tolérer la reconnaissance de formes familiales inconnues.

Cette omission, à supposer que le juge puisse opérer un contrôle d'office de la conformité des solutions aux exigences substantielles d'égalité du for, est possible en raison du fait que tout contrôle d'égalité, et compte tenu des tempéraments que ce dernier peut admettre, amène nécessairement au résultat commandé par la conception de la famille du for et par la tolérance aux formes familiales inconnues que la protection de cette dernière peut consentir.

Cela implique que, à moins que la protection d'autres droits fondamentaux ne soit considérée comme prééminente, le résultat du contrôle d'égalité et de ses tempéraments dépend de l'importance que l'ordre juridique du for accorde aux différents volets de sa conception de la famille et, par conséquent, de l'importance accordée aux différentes exigences substantielles d'égalité qui en découlent. Encore faut-il néanmoins déterminer à quel volet de la famille doit être confronté la norme étrangère, ce qui dépend notamment de la qualification implicitement donnée à la situation dans le but de sélectionner les contenus de l'égalité pertinents.

§2) L'importance de la qualification dans le cadre du contrôle d'égalité

1173. Dans la première partie de cette étude, il a été possible de démontrer que les exigences substantielles d'égalité sont définies, en droit français et italien de la famille, au niveau du droit national. Plus exactement, il a été exposé que ces contenus de l'égalité se déduisent de l'analyse des catégories bénéficiaires de chaque prérogative que l'ordre juridique du for consacre, ainsi que des catégories exclues²⁴⁰⁶. Rappelons à cet égard que les catégories qui se voient attribuer une même prérogative font ainsi l'objet d'un traitement identique et que là où une catégorie se

²⁴⁰⁶ V. *supra*, § 182 et s.

voit refuser une prérogative attribuée à une autre catégorie, une différence de traitement est caractérisée. Ainsi sont définies les exigences substantielles d'égalité dont le respect est susceptible de s'imposer en droit international privé. Encore faut-il déterminer, parmi cet ensemble d'exigences, lesquelles seront concrètement confrontées aux normes étrangères dans les espèces où une question d'égalité se pose. Autrement dit, *comment le juge sélectionne-t-il les exigences substantielles d'égalité pertinentes, tirées du droit interne ?*

1174. La réponse à cette question passe par une opération de qualification que le juge opère de manière implicite mais nécessaire. Il s'agit d'une qualification spécifique au contrôle d'égalité **(I)** qui est susceptible d'influencer le résultat du contrôle d'égalité et donc le risque que ce contrôle amène à la discontinuité des situations, puisqu'elle détermine la série d'exigences substantielles d'égalité de droit interne auxquelles la norme étrangère devra être confrontée **(II)**.

I) Une qualification implicite, spécifique au contrôle d'égalité

1175. Lorsque le juge doit opérer un contrôle d'égalité, il doit déterminer à quels contenus de l'égalité il convient concrètement de confronter la norme étrangère en cause. Dans la mesure où, en matière familiale, ces contenus sont définis au niveau du droit national, cette opération doit distinguer selon que la demande porte sur une prérogative connue ou non en droit interne. Lorsque cette dernière est connue, savoir quelles exigences substantielles d'égalité sont pertinentes ne pose pas de question particulière. Il s'agira en effet précisément de celles qui sont définies en droit interne, relativement à la prérogative en cause.

1176. **Lorsque la prérogative en cause est inconnue du droit national.** - Qu'en est-il cependant lorsque la prérogative en jeu n'est pas consacrée en droit interne ? *Lorsque le juge est confronté à une situation inconnue en droit national, comment sélectionne-t-il les exigences substantielles d'égalité pertinentes ?*

1177. Relativement à l'application d'une loi étrangère ou à la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger qui accorde des droits inconnus dans le for, une incertitude peut planer concernant la teneur des exigences dont le juge judiciaire imposera le respect. Prenons l'exemple d'une loi étrangère qui permet de prononcer une répudiation unilatérale. Il s'agit bien d'une institution inconnue en droit français dans la mesure où elle autorise la dissolution de l'union conjugale par la volonté unilatérale d'un époux, sans que le juge puisse s'y opposer. La question de la conformité aux contenus de l'égalité français des lois autorisant la répudiation et des décisions qui ont homologué ce type de pratiques est pertinente. En effet, ces lois ou ces

décisions permettent souvent uniquement la répudiation de l'épouse par l'époux et non le contraire.

Or, le droit du for ne définit évidemment pas les catégories juridiques des individus auxquels les droits inconnus devraient être attribués. Si une question d'égalité se pose, le juge devra alors sélectionner lui-même les exigences substantielles d'égalité pertinentes.

Prenons encore l'exemple de l'enfant recueilli par *kafala*. Si une question d'égalité de traitement des enfants se posait, la réponse à cette question ne pourrait pas être trouvée en consultant directement le droit du for, car il ne régleme pas cette institution.

1178. Pour ce faire, une opération de qualification, fût-elle implicite, est nécessaire. Il s'agit d'une opération spécifique au contrôle d'égalité. En effet, elle a toujours nécessairement lieu en référence au droit interne, puisque c'est à ce niveau que les contenus de l'égalité du for sont définis en matière familiale. *Toute situation inconnue du for doit être ramenée à une situation connue afin de déterminer quelles exigences substantielles d'égalité seront pertinentes si une question d'égalité se pose.*

1179. Cette opération se confond parfois, et partiellement, avec d'autres opérations de qualification de droit international privé. Tel est notamment le cas lorsque la qualification est opérée en référence à une catégorie de droit international privé du for. Cela a notamment lieu lorsque le juge doit déterminer quelle est la règle de conflit de lois pertinente. Il peut s'agir de la qualification permettant de résoudre une question préalable. Une opération de qualification peut enfin permettre de déterminer si un concept de droit interne, comme la notion de « conjoint », permet d'incorporer des notions étrangères, telles que le concept de conjoint de même sexe en Italie ou la notion de conjoint polygame aussi bien en France que dans ce dernier pays²⁴⁰⁷. Or, les catégories de droit international privé du for sont construites sur la base du droit interne. Pour reprendre la célèbre expression de MELCHIOR, l'opération de qualification consiste à « placer l'étoffe juridique étrangère dans les tiroirs du système national »²⁴⁰⁸. La qualification *lege fori* est en effet la solution retenue aussi bien par les juges français²⁴⁰⁹

²⁴⁰⁷ La distinction entre les trois étapes dans lesquelles le juge est susceptible d'être amené à opérer une qualification est tirée de B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., pp. 344-345, § 400.

²⁴⁰⁸ G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, W. de Gruyter & co., Berlin / Leipzig, 1932, p. 83, cité par M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 5^e éd., op. cit., p. 236, § 319 ; R. BOUKHARI, « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de droit*, n° 1, 2010, pp. 159-193 ; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, « Qualification en droit international privé », *JCl. Dr. int.*, fasc. 531, [dernière mise à jour le 1^{er} septembre 2012] ; M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, LGDJ, Paris, 2020 ; E. MARTIN, « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des conflits de lois », *RCADI*, 1930, vol. 31, pp. 561-622.

²⁴⁰⁹ Cass. fr., Civ. 1^e, 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Rev. Crit. DIP*, 1955, p. 723, n. H. Batiffol.

qu'italiens²⁴¹⁰.

1180. Lorsque le juge du for qualifie le rapport de droit selon une catégorie de droit international privé du for, l'opération de qualification propre au contrôle d'égalité se confond partiellement avec ces opérations de qualification « de droit international privé » *lato sensu*. Comprenons en effet que, dans tous les cas, la qualification d'égalité doit nécessairement être effectuée en référence aux prérogatives consacrées en droit interne. Ce n'est, en effet, qu'à ce niveau que les exigences substantielles d'égalité sont définies en matière familiale en droit français et en droit italien. Mais lesquelles sélectionner et comment ?

1181. Le lien existant entre les exigences substantielles d'égalité et les catégories de droit international privé du for. - La détermination des exigences substantielles d'égalité qui sont susceptibles d'être opposées à la norme ou à la situation étrangère dépend toujours de la qualification opérée selon les catégories de droit international privé du for. Souvent, cette opération est effectuée indépendamment de toute question d'égalité. Ainsi, la question de savoir si l'épouse polygame peut se voir reconnaître des droits garantis au conjoint en droit français dépend avant tout de la question de savoir si le mariage polygamique peut ou non être qualifié de mariage. À défaut, celle-ci ne pourra pas être qualifiée d'« épouse ». Comme cela a été précédemment montré, cela évincerait d'entrée de jeu la question de la comparabilité entre l'épouse polygame et « le conjoint » auquel l'ordre juridique français fait référence et, par là, d'éventuelles questions d'égalité²⁴¹¹.

De même, la question de savoir à quel droit à l'égalité de traitement pourrait²⁴¹² prétendre l'enfant recueilli par *kafala* rejoindrait la question de savoir dans quelle catégorie de droit international privé du for il convient d'insérer cette institution, par exemple, celle de l'adoption ou celle de la tutelle²⁴¹³. La réponse à cette question permet en effet de déterminer si l'enfant

²⁴¹⁰ Cass. it., 27 mars 1961, n° 690, *Foro it.*, 1962, I, p. 127 ; Cass. it., Ch. réun., 12 mai 1969, n° 1617, *Foro it.*, 1969, I, p. 1698 ; Cass. it., 7 février 1975, *Foro it.*, 1976, I, p. 442, cités par A. COACCIOLI, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 1, Giuffrè Ed., 2011, p. 80, note n° 16.

²⁴¹¹ V. *supra*, § 948 et s.

²⁴¹² En effet, la question n'est habituellement pas posée en termes d'égalité mais de respect de l'intérêt de l'enfant et du droit de ce dernier au respect de sa vie privée et familiale. V. CEDH 16 déc. 2014, n° 52265/10, *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 432, n. F. Marchadier, *AJ fam.*, 2015, p. 47, obs. E. Viganotti ; CJUE, Gr. ch., 26 mars 2019, *SM contre Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, aff. C-129/18, §§ 51-56, *RTD eur.*, 2019, p. 717, obs. E. Pataut, *AJ fam.*, 2019, p. 283, obs. J. Houssier ; Cass. fr., Civ. 1^e, 15 décembre 2010, n° 09-10439, *D. actu*, 11 janvier 2012, obs. C. Siffrein-Blanc ; Cass. fr., Civ. 1^e, 25 février 2009, *JCP G*, 2009.II.10072, n. A. Gouttenoire, *D.*, 2009, p. 730, obs. V. Egéa, *Gaz. Pal.*, 2009, n° 120, n. F. Guerchoun, *RTD civ.*, 2009, p. 308, obs. J. Hauser, *AJ Fam.*, 2009, p. 170, obs. A. Boiché, *Dr. fam.*, 2009, com. 82, obs. M. Farge ; P. HAMMJE, « Reconnaissance d'une *kafala* au titre d'une vie familiale effective avec un citoyen européen aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2019, pp. 768-786.

²⁴¹³ Sur ce questionnement et certaines réponses, S. SANA-CHAILLE De NERE, « La *kafala* et le droit

doit être considéré comme se trouvant dans une situation comparable à celle de l'enfant adopté ou à celle de l'enfant placé sous le régime de la tutelle. L'exclusion de la possibilité d'assimiler la *kafala* à l'adoption²⁴¹⁴ permet ainsi de comprendre que la situation de l'enfant recueilli par ce procédé n'est pas assimilable à celle de l'enfant adopté, alors qu'elle sera comparable à la situation de l'enfant placé sous tutelle²⁴¹⁵. La différence de traitement entre l'enfant recueilli par *kafala* et l'enfant adopté est, pour cette raison, légitime.

1182. La raison de ce lien entre les catégories de droit international privé du for et le travail de sélection des exigences substantielles d'égalité pertinentes tient au fait que les contenus de l'égalité sont définis en fonction des destinataires de chaque prérogative consacrée en droit interne²⁴¹⁶. Elles peuvent donc être classées dans les catégories de droit interne. Néanmoins, les catégories de droit international privé sont le reflet des catégories de droit interne qui, elles, renvoient aux contenus définis relativement aux prérogatives qui y sont classées. Chaque catégorie de droit international privé du for est ainsi indirectement reliée à une série d'exigences substantielles d'égalité. Il s'agit notamment des exigences définies pour chaque droit consacré en droit interne et qui est classé dans cette même catégorie de droit international privé du for.

1183. **La qualification, une opération agrégative de situations.** - Or, toute opération de qualification impose d'opérer un choix à la fois discriminant et agrégatif. Une catégorie est un ensemble dans lequel l'ordre juridique du for englobe certaines situations et en exclut d'autres. À travers la qualification d'une situation inconnue, cette situation est insérée dans une catégorie de droit international privé du for. Un rapprochement a ainsi lieu entre la situation inconnue et les situations connues que l'ordre juridique du for classe dans cette même catégorie. Telle est la raison pour laquelle les exigences substantielles d'égalité pertinentes pour répondre aux questions d'égalité relatives à des prérogatives inconnues en droit national dépendent de la qualification, et plus exactement de la qualification opérée selon les catégories de droit international privé du for. *Les droits inconnus seront notamment implicitement confrontés aux exigences substantielles d'égalité que le for définit relativement aux situations connues et*

international privé : besoin de qualification », in « Dossier - La réception des institutions algériennes par le droit français : la *kafala* », *Dr. fam.*, n° 1, 2009, dossier 7 ; P. MURAT, « Le refus de transformation en adoption », in « Dossier - La réception des institutions algériennes par le droit français : la *kafala* », *op. cit.*, dossier 10 ; J.-M. PLAZY, « La recherche d'équivalent : la tutelle », in « Dossier - La réception des institutions algériennes par le droit français : la *kafala* », *op. cit.*, dossier 10.

²⁴¹⁴ Cass. fr., Civ. 1^{re}, 10 octobre 2006, n° 06-15265, Civ. 1^{re}, *RDSS*, 2006, p. 1098, n. C. Neirinck, *D.*, 2007, pan. 460, obs. F. Granet ; *D.*, 2007, chron. 816, H. Fulchiron, *JCP*, 2007.II.10072, n. M. Farge ; *ibid.*, I.170, n° 13, obs. J. Rubellin-Devichi, *AJ fam.*, 2007, p. 32, obs. A. Boiché.

²⁴¹⁵ CEDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, req. n° 43631/09, § 51, et le commentaire de P. HAMMJE, « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *D.*, n° 43, 2012, pp. 2947-2951.

²⁴¹⁶ V. *supra*, § 182 et s.

classées dans la catégorie de droit interne, dont la catégorie de droit international privé sélectionnée par les juges constitue le reflet.



1184. L'élément clef dans la sélection de ces exigences est donc constitué par une opération de qualification spécifique au contrôle d'égalité, laquelle a lieu selon les catégories de droit international privé du for. En effet, les contenus de l'égalité sont définis au niveau du droit national. Comme les catégories de droit international privé du for sont le reflet des catégories de droit interne, une fois la catégorie de droit international privé pertinente trouvée, il sera possible de cerner le groupe d'exigences substantielles d'égalité insérées dans la ou les catégories de droit interne correspondant à la catégorie de droit international privé.

Cette opération de qualification spécifique au contrôle d'égalité est déterminante en termes de garantie de la continuité des situations, notamment lorsque les juges sont confrontés à des situations familiales inconnues.

II) Une qualification influençant la solution du contrôle d'égalité

1185. L'influence qu'exerce l'opération de qualification propre au droit international privé sur la solution du contrôle d'égalité est notamment visible dans les litiges impliquant des situations familiales inconnues du droit national. Cette analyse sera notamment menée relativement à la qualification du mariage polygamique **(A)** et du mariage conclu entre personnes de même sexe **(B)** lorsque les juges d'ordres juridiques qui ne consacrent pas ces prérogatives y sont confrontés.

A) Le mariage polygamique

1186. L'union polygamique a été qualifiée de mariage aussi bien par les juges français²⁴¹⁷ qu'italiens²⁴¹⁸ confrontés notamment aux demandes de reconnaissance des effets de ces unions. Qualifier ces unions de mariages implique de ne pas considérer la monogamie comme l'essence du mariage et de mettre en revanche l'accent sur le caractère de stabilité de l'union. Or, nous

²⁴¹⁷ J.-M. BISCHOFF, « Le mariage polygamique en droit international privé », *TCFDIP*, 1980-1981, t. 2, p. 91 ; B. ANCEL, « Le statut de la femme du polygame », in LERADP, *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, Paris, 1993, p. 105.

²⁴¹⁸ V. Cass.it., Civ. 1^e, 2 mars 1999, n° 1739, préc., *Foro it.*, n° 5, 1999, p. 1458, *Fam. dir.*, 1999, p. 327, n. V. Zambrano, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 1999, p. 613, *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2695, n. L. Di Gaetano, *Gazzetta giur.*, 1999, fasc. 13, p. 60. Il s'agit du seul cas où la question de la validité d'un mariage polygamique s'est posée, et uniquement de manière indirecte. V. les détails qui en sont donnés *infra* en note n° 2382.

avons déjà eu l'occasion de comprendre que la reconnaissance de la validité de l'union polygamique, en tant que mariage, est la condition *sine qua non* pour garantir, à certaines conditions, des droits découlant du statut d'épouse aux femmes polygames²⁴¹⁹.

1187. Si en revanche la monogamie avait été considérée comme l'élément central dans l'institution du mariage, il ne serait *a fortiori* pas aisé d'insérer cette institution au sein des autres catégories de droit international privé correspondant aux formes familiales consacrées par le droit français et italien.

En France, la monogamie demeure l'une des conditions de la conclusion des partenariats enregistrés.

En Italie, la requalification en union civile ne serait pas envisageable. Non seulement cette union suppose la monogamie, mais elle est, de plus, réservée aux couples du même sexe²⁴²⁰.

En ce qui concerne enfin le concubinage, la définition qu'en donne aussi bien le droit français que le droit italien limite cette forme de vie commune, tout comme les autres, à deux personnes²⁴²¹.

1188. Ainsi, si la qualification était opérée en considérant la monogamie comme l'élément essentiel du mariage, la femme polygame risquerait de manière plus générale de ne pas être considérée comme se trouvant dans une situation analogue à celle du membre d'un couple. Toute attribution d'un statut familial à la femme polygame serait ainsi exclue, ce qui écarterait d'emblée la possibilité d'en faire découler des droits. Leur garantie à la seconde épouse ne serait donc pas dictée par des exigences substantielles d'égalité du for.

1189. Or, la doctrine a pu proposer la création d'une catégorie distincte, spécifique au mariage polygamique, dans le but de prendre en compte les spécificités de ces unions²⁴²². Il convient cependant de souligner que cela ne pourrait pas influencer le résultat d'un éventuel contrôle d'égalité des épouses. Le fait que la catégorie de droit international privé soit relative à une situation inconnue en droit national ne modifie pas les contenus de l'égalité. La création d'une catégorie *ad hoc* pour le mariage polygamique n'aurait notamment pas d'emprise sur la définition de ces contenus, cette opération étant nécessairement effectuée, en matière familiale, relativement aux prérogatives consacrées en droit interne.

²⁴¹⁹ V. *supra*, § 948 et s.

²⁴²⁰ Art. 1^{er} al. 1 et 2 de la loi it. du 20 mai 2016, n° 76, préc.

²⁴²¹ Art. 515-8 Cod. civ. fr. ; art. 1^{er}, al. 36 loi it. 20 mai 2016 n° 76.

²⁴²² B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, Éd. G.L.N. Joly, 1993, p. 72 et s.



1190. Qualifier la polygamie de mariage est donc la condition *sine qua non* pour que la question de la garantie de droits à la femme polygame au nom de l'égalité se pose dans les ordres juridiques dont la conception du mariage est monogamique. En effet, à défaut, et en raison de la centralité du principe de monogamie dans la définition de tout statut conjugal en droit de la famille interne français et italien, il existe le risque que l'épouse ne soit pas apparentée des membres d'un couple, même autre que le couple marié.

La qualification a, de la même manière, une importance centrale en matière de mariage entre personnes de même sexe en Italie, où le droit interne interdit ces unions.

B) Le mariage entre personnes de même sexe

1191. Avant que la France n'ouvre le mariage aux couples de même sexe²⁴²³, la doctrine proposait deux possibles qualifications relatives aux unions célébrées à l'étranger dont la reconnaissance aurait été demandée en France²⁴²⁴. Le choix portait notamment entre la qualification de l'union en tant que mariage ou sa requalification en partenariat enregistré²⁴²⁵. Il est possible de montrer comment le choix de l'une ou de l'autre de ces qualifications par les juges aurait affecté la sélection des exigences substantielles d'égalité auxquelles confronter la situation créée à l'étranger.

1192. Si le mariage entre personnes de même sexe avait été qualifié de mariage, les contenus de l'égalité pertinents auraient été ceux que le droit interne définissait pour cette institution avant l'adoption de la loi de 2013. Le mariage était encore considéré comme l'union d'un homme et d'une femme. L'ordre juridique français posait ainsi, à l'égard du droit au mariage, une exigence de différence de traitement des couples homosexuels et des couples hétérosexuels. La reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe aurait ainsi impliqué de traiter, en France, le couple de même sexe en question de manière identique par rapport aux couples de sexe opposé. La reconnaissance du mariage célébré à l'étranger entre deux personnes de même sexe aurait donc été contraire à l'exigence de différence de traitement que l'ordre juridique français imposait à l'époque et qui, rappelons-le, devait être considérée

²⁴²³ Loi fr. du 17 mai 2013, n° 2013-404, préc.

²⁴²⁴ G. KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, LGDJ, 2004 ; G. ESCUDEY, *Le couple en droit international privé*, Université de Bordeaux, 2016.

²⁴²⁵ H. FULCHIRON, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.*, n° 19, 2006, pp. 1253-1258 ; A. PANET, « Dossier "Conventions bilatérales" : mariage et conventions bilatérales », *AJ fam.*, n° 4, 2014, pp. 346-348.

comme fondamentale²⁴²⁶. Seule l'admission d'une dérogation à cette exigence de différence de traitement aurait donc permis de reconnaître l'union²⁴²⁷. C'est l'une des options que la doctrine a pu envisager, lorsqu'elle proposait notamment de faire jouer l'effet atténué de l'ordre public pour reconnaître la validité de l'union. Cette admission revenait en effet à considérer que la prééminence devait être donnée au souci de garantir une continuité à ces situations créées à l'étranger.

1193. Cette qualification est d'ailleurs celle que les juges italiens retenaient avant l'adoption de la loi sur les unions civiles²⁴²⁸. Confrontés à des demandes de reconnaissance de mariages prononcés à l'étranger entre personnes de même sexe, les juges ont cheminé entre le refus d'admettre l'existence de ces mariages²⁴²⁹ et le refus de laisser produire des effets à ces mariages en Italie²⁴³⁰. Finalement, une distinction a été introduite concernant les effets que ces unions peuvent produire, selon que l'union concerne ou non un ressortissant italien²⁴³¹. Il convient d'ailleurs de préciser que cette dernière solution implique l'admission d'une dérogation à l'exigence de différence de traitement définie en droit national. Cette solution s'imposait néanmoins à la suite de la condamnation de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'homme²⁴³². Elle n'a pas été dictée par le respect d'une exigence substantielle d'égalité définie par les juges de Strasbourg, mais du droit à la vie privée et familiale de ces couples.

1194. Si en revanche le mariage entre personnes de même sexe conclu à l'étranger avait été

²⁴²⁶ Il a précédemment été montré que toute exigence substantielle d'égalité doit, à notre avis, être considérée comme étant fondamentale. V. *supra*, § 277 et s. De cet avis également, relativement à la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 656, § 781 ; S. BOLLÉE, B. HAFTEL, in D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *op. cit.*, pp. 400-412 ; P. HAMMJE, in D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *op. cit.*, pp. 400-412 ; P. PUIG, « La loi d'ordre public international », *op. cit.*, pp. 91-96, spéc. §§ 20-21 ; P. CALLÉ, « Mariage homosexuel et adoption de l'enfant du conjoint né par procréation médicalement assistée à l'étranger », *op. cit.*, p. 884.

²⁴²⁷ Sur les conditions d'admission d'une dérogation aux exigences substantielles d'égalité du for v. *supra*, § 332 et s.

²⁴²⁸ Loi it. du 20 mai 2016, n° 76, préc.

²⁴²⁹ Trib. Latina, 31 mai 2005, *Nuova giur. civ. e comm.*, 2006, I, 86, n. F. Bilotta; *Dir. e giust.*, 2005, p. 30, n. G. Dosi, *Dir. fam.*, 2005, 1268, n. P. Cavana, *ibid.*, 2006, I, 606, n. M. Casini e M. L. Di Pietro ; CA Rome, 13 juillet 2006, *Guida al dir.*, 2006, p. 59, n. F. Bilotta; Cass. it., 14 février 1975, n° 569, *Giust. Civ.*, 1965, I, 993 ; 20 mai 1976, n° 1808, *Giur. it.*, 1977, I, 1378 ; 22 février 1990, n° 1304, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 726. ; 9 juin 2000, n° 7877, *Giust. civ.*, 2000, I, 2897, n. L. Lacroce.

²⁴³⁰ Cass. it., Civ. 1^e, 15 mars 2012, n. 4148, préc.

²⁴³¹ Cass. it., Civ. 1^e, 14 mai 2018, n° 11696, *Foro It.*, 2018, I, 1948, *Dir. Comp.*, 2018, n. V. Miri, *Famiglia*, 2019, p. 473, n. M. Ramuschi.

²⁴³² CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc., *AJ fam.*, 2018, p. 128, obs. F. Berdeaux, *RTD civ.*, 2018, p. 81, obs. A.-M. Leroyer, *D.*, 2018, p. 446, n. H. Fulchiron.

requalifié en partenariat enregistré²⁴³³, exclusion faite des dérogations éventuellement admissibles, le respect des contenus de l'égalité français n'aurait pas exigé de refuser de reconnaître la situation. Si en effet le juge du for avait regardé l'union comme un partenariat, les contenus pertinents n'auraient plus été ceux relatifs au mariage, mais ceux que le droit national définissait à propos du pacte civil de solidarité²⁴³⁴. Tel est le choix qu'a fait le législateur italien en 2016. L'article 32 bis de la loi italienne n° 219/1995, introduit par la loi règlementant notamment les unions civiles et les cohabitations²⁴³⁵, gouverne les effets du mariage conclu à l'étranger entre personnes de même sexe dont l'une au moins est italienne. Il est porteur d'une règle matérielle disposant que le mariage entre deux personnes de même sexe célébré à l'étranger par au moins un italien²⁴³⁶ produit les effets de l'union civile. Cette disposition opère ainsi une qualification *lege fori* de l'institution inconnue en droit national. Cette analyse permet de comprendre que les exigences substantielles d'égalité auxquelles le juge italien confronterait les mariages conclus à l'étranger oscilleraient entre le mariage et l'union civile. Néanmoins, puisque l'article 32 bis lui-même dispose que les effets d'une telle union sont ceux de l'union civile, il est possible d'en déduire que les exigences substantielles d'égalité pertinentes sont celles que l'ordre juridique italien définit relativement à cette forme de conjugalité. Soulignons toutefois qu'aucune exigence d'identité de traitement des couples de même sexe et de sexe opposé n'est attachée à la catégorie de droit international privé italien de l'union civile. Le droit de conclure ce type d'union a en effet été réservé aux premiers. En France, en revanche, depuis l'adoption de la loi sur le pacte civil de solidarité²⁴³⁷, l'ordre juridique français définit des exigences substantielles d'identité de traitement des couples de même sexe et de sexe opposé relativement au droit de conclure un partenariat enregistré. Le Pacs est en effet indistinctement ouvert aux couples indépendamment du sexe et de l'orientation sexuelle de ses membres. La protection de l'exigence substantielle d'égalité française ainsi sélectionnée n'aurait donc pas fait obstacle à la reconnaissance d'une union entre personnes de même sexe qualifiée de partenariat enregistré.

²⁴³³ Selon Messieurs AUDIT et D'AVOUT cette requalification aurait eu lieu face à une demande de reconnaître, non pas la validité de l'union en tant que telle, mais ses effets patrimoniaux. V. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 656, § 781.

²⁴³⁴ Régi par les articles 515-1 à 515-7-1 du Code civil français.

²⁴³⁵ Loi it. 20 mai 2016, n° 76, *regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, préc.

²⁴³⁶ La Cour de cassation italienne a précisé que la référence faite par cet article au mariage conclu « da cittadini italiani » (par des citoyens italiens) doit s'entendre comme étant faite aussi bien aux mariages conclus entre italiens qu'aux mariages mixtes (Cass. it., Civ. 1^{er}, 14 mai 2018, n° 11696, préc.).

²⁴³⁷ Loi fr. n° 99-944 du 15 novembre 1999 *relative au pacte civil de solidarité*, préc.



1195. Les pages qui précèdent nous ont conduite à comprendre comment les juges déterminent à quelles exigences substantielles d'égalité les normes étrangères doivent être confrontées lorsqu'une question d'égalité se pose. Ces dernières étant définies relativement aux prérogatives consacrées en droit national, la question se posait de savoir quelles exigences substantielles d'égalité doivent être respectées lorsque le juge est confronté à une situation inconnue en droit national. Il en est ressorti que la sélection des exigences substantielles d'égalité pertinentes est toujours liée aux catégories de droit international privé du for. En effet, ces dernières sont le miroir des catégories de droit interne et les exigences substantielles d'égalité sont définies à ce niveau en matière familiale. Les contenus de l'égalité d'un ordre juridique peuvent donc être classés selon les catégories de droit interne et, *a fortiori*, selon les catégories de droit international privé. Ainsi, même lorsque le juge qualifie la situation juridique selon une catégorie issue, par exemple, d'une convention internationale et qui est inconnue en droit international privé du for, le juge devra raisonner par analogie et rechercher la catégorie de droit international privé du for dans laquelle la situation inconnue pourrait être classée.

Cette analyse a conduit à saisir l'impact que la qualification d'égalité a sur la sélection des exigences substantielles d'égalité pertinentes et, par là, sur le résultat du contrôle d'égalité. Ainsi, la qualification de mariage de l'union entre personnes de même sexe dans un pays qui n'admet pas ces unions amène à une réaction des exigences substantielles d'égalité du for qui ne pourra être tempérée qu'à travers l'admission de dérogations. En revanche, la qualification du mariage polygamique dans la catégorie du droit for du mariage est essentielle pour que des droits puissent être garantis sur le fondement de l'égalité à la deuxième épouse.

1196. Une dernière question pourrait cependant venir tempérer ces conclusions. Les cas dans lesquels un contrôle d'égalité conduit en principe à la discontinuité des situations pourraient être limités par le respect des exigences substantielles d'égalité européennes. Tel serait notamment le cas s'il apparaissait que le respect de ces dernières commande la reconnaissance de situations créées à l'étranger de la même manière que le respect du droit à la vie privée et familiale ou le droit à la libre circulation dans l'espace européen l'ont fait.

Section 2) La faible influence des exigences substantielles d'égalité européennes

1197. Les analyses qui précèdent montrent que, dans le cadre du contrôle d'égalité, la continuité est dictée par la tolérance dont la conception de la famille peut faire preuve. Elle dépend également de l'aspect du droit de la famille employé en tant que référentiel pour opérer le contrôle d'égalité, et notamment pour sélectionner les exigences substantielles d'égalité pertinentes. Un dernier élément pourrait néanmoins nuancer ces conclusions. Nous avons en effet souligné que les exigences substantielles d'égalité du for sont définies selon ce que dicte la conception de la famille. Cette définition se fait cependant à la lumière des exigences substantielles d'égalité supranationales et notamment européennes.

1198. Or, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice exigent que la résolution des litiges privés internationaux soit opérée par les autorités des pays membres, respectivement, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, conformément aux droits fondamentaux qu'elles protègent²⁴³⁸. Dans l'affaire *Soering*²⁴³⁹, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet considéré que les États ne doivent pas donner application aux normes étrangères qui contribueraient à la violation de la CESDH²⁴⁴⁰. La Cour de justice, quant à elle, a considéré dans l'arrêt *Krombach*²⁴⁴¹ que « s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion », sachant que « les droits fondamentaux font partie intégrante du droit dont la Cour assure le respect ». Les États européens doivent, en ce sens, opérer un contrôle de la proportionnalité visant à mettre en balance leur ordre public international et le respect des droits fondamentaux²⁴⁴².

²⁴³⁸ V. à ce sujet v. T. MARZAL, « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé (de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et de loi de police) », *Archives de philosophie du droit*, n° 58, 2015, p. 267 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 65 ; C. CAMPIGLIO, « Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato », *op. cit.*, p. 1029 ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 120-146 ; S. VRELLIS, « Quelques réflexions sur l'influence des droits fondamentaux en droit international privé », *RIDC*, n° 1, 2017, pp. 47-64 ; L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp. 165-182 ; L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 223 et s. ; « À propos de l'absolutisme des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 265-284 ; « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen », *op. cit.*, pp. 101-116 ; « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *op. cit.*, pp. 205-241 ; E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999 ; J. FOYER, « Droits internationaux de l'homme et ordre public international

1199. La protection des droits fondamentaux a parfois conduit les juridictions européennes, et notamment la Cour européenne des droits de l'homme²⁴⁴³, à exiger que les ordres juridiques nationaux refusent de reconnaître des situations créées à l'étranger, comme le rappelle l'arrêt *Pellegrini*²⁴⁴⁴. Le principe d'égalité est susceptible de compter parmi ces droits fondamentaux. Rappelons en effet que la Cour de cassation française fonde, depuis 2004²⁴⁴⁵, le refus de reconnaître les jugements de répudiation étrangers sur une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt de radiation de rôle *D. D. c. France*, a affirmé que cette solution ne pose pas de questions de conformité aux droits garantis dans la Convention²⁴⁴⁶. Cela laisse entendre que la solution française serait considérée comme conforme au principe d'égalité des époux garanti à l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH.

», in *Mélanges Raymond Goy. Du droit interne au droit international*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1998, p. 333-348 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1997 p. 1-31 ; *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, op. cit. ; P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 249-265 ; P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », op. cit., p. 651-665 ; D. COHEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », op. cit., p. 451 et s. ; B. GOLDMAN, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », in René Cassin. *Amicorum discipulorumque liber*, t. 1, Pédone, Paris, 1969, p. 449 et s. ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », op. cit., 1950, p. 255 et s. Concernant la construction d'un ordre public européen, v. F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39 ; J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », op. cit., p. 55-74 ; S. CORNELOUP, « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *JEDH*, n° 3, 2013, pp. 381-402 ; v. également l'analyse proposée par D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse dactyl., op. cit., pp. 276-469.

²⁴³⁹ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88, *RTDH.*, 1990, pp. 5, n. W. J. Ganshof Van Der Meersch, *GACEDH*, n° 16, obs. F. Sudre.

²⁴⁴⁰ V. déjà Comm. EDH, 11 avril 1996, *Gill et Malon c. Pays-Bas et Royaume-Uni*, req. n° 24001/94.

²⁴⁴¹ CJCE, 28 mars 2000, *Dieter Krombach contre André Bamberski*, C-7/98, *RTD civ.*, 2000, p. 944, obs. J. Raynard, *JCP*, 2001.II.10607, n. C. Nourissat, *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 481, n. H. Muir Watt, *JDI*, 2001, p. 691, n. A. Huet, *Gaz. Pal.*, 2000, doct. 1731, chron. M.-L. Niboyet, *JCP G*, 2011.II.10607, n. C. Nourissat, *Rev. Europe*, 2000, comm. 157, n. L. Idot.

²⁴⁴² D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., p. 550, § 465.

²⁴⁴³ En revanche, concernant l'exigence de refuser la reconnaissance d'une décision rendue par un État membre de l'Union européenne au nom d'un droit fondamental, l'avocate générale J. KOKOTT dans le cadre de l'affaire *Gambazzi* (affaire C-394/07, conclusions présentées le 18 décembre 2008) soulignait que « [l]a question de savoir si les juridictions ont non seulement le droit, mais aussi l'obligation de refuser l'exécution d'un jugement étranger qui viole manifestement des droits fondamentaux communautaires, n'a pas encore été tranchée de manière définitive. Le fait que, selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux lient les juridictions nationales lorsque la situation nationale en cause dans l'affaire à titre principal relève du champ d'application du droit communautaire milite en ce sens ».

²⁴⁴⁴ CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, req. n° 30882/96, L. SINOPOLI, « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome (A propos de l'arrêt Pellegrini contre Italie du 20 juillet 2001) », *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, pp. 2-12.

²⁴⁴⁵ V. e.a., les arrêts cités en note n° 2080.

²⁴⁴⁶ CEDH, 8 novembre 2005, *D.D. c. France*, req. n° 3/02, arrêt de radiation de rôle, § 29, *Procédures*, n° 5, 2006, comm. 105, n. C. Nourissat.

1200. Le respect des droits fondamentaux semble cependant tendre à exiger de plus en plus la reconnaissance de situations créées à l'étranger là où les juges nationaux l'avaient refusée. Monsieur MARCHADIER en relevait les premières manifestations et anticipait que « le mouvement de libéralisation pourrait [...] s'amplifier et s'affermir davantage au contact avec la CEDH, tant les finalités poursuivies ici par le droit international privé recoupent les préoccupations des droits fondamentaux »²⁴⁴⁷. Cela a conduit même des auteurs à associer l'exigence de respect des droits fondamentaux à l'exigence de reconnaître les situations créées à l'étranger²⁴⁴⁸. Comme nous allons le voir dans les développements qui vont suivre, tel a notamment été le cas, en ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, au nom du droit à la vie privée et familiale²⁴⁴⁹ et, en ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne, au nom du droit à la libre circulation des personnes²⁴⁵⁰. Ce phénomène a d'ailleurs participé à la définition, par Monsieur FULLI-LEMAIRE, d'un « impératif de la reconnaissance », accompagnant les autres intérêts coexistant en droit international privé²⁴⁵¹.

1201. Or, la doctrine a analysé le principe d'égalité à l'instar du droit à la vie privée et familiale ou du droit à la libre circulation²⁴⁵². Des auteurs ont notamment considéré que les juridictions européennes ont exigé la reconnaissance de situations créées à l'étranger au nom des dispositions d'égalité formelle. Cette analyse repose notamment sur la lecture de l'arrêt *Wagner*²⁴⁵³ et de l'arrêt *Négréponti-Giannisi*²⁴⁵⁴. Dès lors, il convient de déterminer la mesure dans laquelle les juridictions européennes sont susceptibles d'exiger que les ordres juridiques

²⁴⁴⁷ F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, op. cit., p. 348, § 255.

²⁴⁴⁸ V. notamment P. KINSCH, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », op. cit., pp. 43-55.

²⁴⁴⁹ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01, D., 2007, p. 2700, n. F. Marchadier, *JDI*, n° 1, 2008, comm. 5, spéc. p. 198, *AJDA*, 2007, p. 1918, chron. J.-F. Flauss, D., 2008, p. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807, n. P. Kinsch, *RTD civ.*, 2007, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, *JDI*, 2008, p. 183, n. L. d'Avout, *JCP G*, 2007.I.182, n. F. Sudre ; CEDH, 3 mai 2011, *Négréponti-Giannisi c. Grèce*, req. n° 56759/08, préc. ; CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* req. n° 65192/11, préc. ; CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12 préc.

²⁴⁵⁰ CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, préc. ; CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-637/16, préc. ; CJCE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorf*, aff. C-438/14, préc. ; CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, aff. C-541/15, préc.

²⁴⁵¹ S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., spéc. p. 180, § 171.

²⁴⁵² Ainsi, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., p. 49 soulignent qu'« au plan du conflit de lois, la protection contre la discrimination ou celle de la vie privée et familiale pèsent lourdement sur le régime international des situations acquises ». Ils ajoutent également à la liste les « valeurs consacrées par le traité de Lisbonne – notamment le droit à l'égalité de traitement et à la mobilité sans entrave » (*idem*).

²⁴⁵³ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01, préc.

²⁴⁵⁴ CEDH, 3 mai 2011, *Négréponti-Giannisi c. Grèce*, req. n° 56759/08, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 817, étude P. Kinsch, D. 2012, p. 1239, obs. F. Jault-Seseke, *JCP G*, 2011, I, 839, n° 7, obs. A. Gouttenoire, *JDI*, 2012, p. 213, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *Dr. fam.*, 2011, alerte 48, obs. M. Bruggeman.

nationaux reconnaissent des situations créées à l'étranger au nom du principe d'égalité et donc de savoir si cela constitue un facteur susceptible de favoriser la continuité des situations là où les pays européens considéreraient le refus de reconnaissance comme conforme aux exigences substantielles d'égalité qu'ils définissent.

1202. Il convient toutefois de montrer que les arrêts mentionnés ne concernaient pas l'obligation de respecter une exigence substantielle d'égalité, mais simplement l'interdiction des traitements arbitraires. Il convient ainsi de considérer que, pour l'heure, les juridictions européennes n'ont jamais imposé à un État européen la reconnaissance de situations créées à l'étranger au nom des exigences substantielles d'égalité (§1). Une explication peut d'ailleurs être avancée concernant cette absence. Les cas où le respect du principe d'égalité implique de reconnaître des situations créées à l'étranger sont en effet limités (§2).

§1) L'absence de continuité au nom d'une exigence substantielle d'égalité européenne

1203. Dans deux affaires la reconnaissance dans un ordre juridique d'une situation créée à l'étranger a été exigée au nom d'une disposition d'égalité par la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agissait notamment de l'arrêt *Wagner*²⁴⁵⁵ (I) et de l'arrêt *Négrépontis-Giannisis*²⁴⁵⁶ (II). Dans un cas comme dans l'autre, il ne s'agissait cependant pas de reconnaissances commandées par le respect d'exigences substantielles d'égalité, définies en raison de la comparabilité de situations. Ces deux affaires posaient en revanche uniquement des questions liées à l'interdiction de traitements arbitraires. Celle-ci ne passe pas par l'analyse comparative des situations. Elle exige en revanche uniquement le traitement identique d'individus appartenant à une seule et unique catégorie juridique.

I) L'arrêt *Wagner*

1204. Les faits caractérisant l'affaire *Wagner* sont connus. Il suffira de rappeler que l'espèce portait sur une adoption plénière prononcée au Pérou entre un enfant et une femme célibataire luxembourgeoise, dont l'exequatur avait été refusé au Luxembourg. Les juges de ce pays

²⁴⁵⁵ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01, D., 2007, p. 2700, n. F. Marchadier, *JDI*, n° 1, 2008, comm. 5, spéc. p. 198, *AJDA*, 2007, p. 1918, chron. J.-F. Flauss, D., 2008, p. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807, n. P. Kinsch, *RTD civ.*, 2007, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, *JDI*, 2008, p. 183, n. L. d'Avout, *JCP G*, 2007.I.182, n. F. Sudre.

²⁴⁵⁶ CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, req. n° 56759/08, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 817, étude P. Kinsch, D. 2012, p. 1239, obs. F. Jault-Seseke, *JCP G*, 2011, I, 839, n° 7, obs. A. Gouttenoire, *JDI*, 2012, p. 213, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *Dr. fam.*, 2011, alerte 48, obs. M. Bruggeman.

avaient en effet considéré que la loi luxembourgeoise interdisait l'adoption plénière au profit de personnes célibataires. La reconnaissance du jugement péruvien avait ainsi été refusée en raison de sa contrariété à l'ordre public international luxembourgeois.

1205. **L'absence d'analyse de la comparabilité des situations.** - La Cour de Strasbourg, en plus de constater la violation de l'article 8, a conclu dans le sens de la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. La reconnaissance de la décision péruvienne au Luxembourg a ainsi été exigée au nom d'une disposition d'égalité. L'objet de l'analyse que la Cour développe à cet égard présente cependant une particularité qui impose de distinguer cette affaire de la majorité des cas où la violation de l'article 14 est alléguée. Pour le comprendre, il convient en premier lieu de souligner que, lors de l'analyse du respect de l'article 8, la Cour a relevé l'existence d'une pratique au Luxembourg consistant à reconnaître les adoptions prononcées au Pérou au profit d'adoptants luxembourgeois célibataires²⁴⁵⁷. La Cour prend soin de préciser aussi bien la bonne foi avec laquelle l'adoptante a entrepris la démarche d'adoption que le caractère « subit » de l'abrogation de cette pratique²⁴⁵⁸. La Cour souligne également qu'une chambre d'une Cour d'appel luxembourgeoise avait, peu de temps auparavant, reconnu ce type d'adoption prononcée au Pérou dans un cas légèrement différent. Elle relève à ce propos que la Cour d'appel avait considéré que la reconnaissance de cette adoption n'était pas contraire à l'ordre public international luxembourgeois²⁴⁵⁹.

1206. Lorsque la Cour s'interroge ensuite sur la conformité du refus de reconnaissance de l'adoption à l'article 14 de la CESDH elle fonde son analyse précisément sur cet élément. La Cour compare en effet la décision adoptée en l'espèce aux autres décisions rendues dans le même pays dans des circonstances analogues. Les juges de Strasbourg précisent, en premier lieu, que l'enfant impliqué dans l'affaire se trouvait dans une situation analogue à celle d'autres enfants ayant « bénéficié au Pérou d'un jugement d'adoption plénière entraînant la rupture des liens avec sa famille d'origine et dont l'adoptant a demandé l'exequatur sous l'angle du droit luxembourgeois »²⁴⁶⁰. En second lieu, la Cour relève que la situation de l'adoptante de l'espèce était analogue à celle de « toute autre personne sollicitant la reconnaissance au Luxembourg d'un jugement d'adoption plénière rendu en sa faveur au Pérou »²⁴⁶¹.

Or, il est important de souligner qu'il n'a pas été nécessaire que la Cour s'interroge sur la

²⁴⁵⁷ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01, préc., § 130.

²⁴⁵⁸ *Idem*.

²⁴⁵⁹ *Ibid*, § 134.

²⁴⁶⁰ *Ibid.*, § 151.

²⁴⁶¹ *Idem*.

comparabilité respective de ces cas puisqu'il était uniquement question du traitement de situations analogues.

1207. **L'interdiction de traitements arbitraires de situations analogues.** - La Cour s'intéresse en revanche à la question de savoir si, d'un côté, l'enfant de l'espèce a été traité de manière différente par rapport à d'autres enfants se trouvant dans des situations analogues. Elle s'intéresse, d'un autre côté, à la question de savoir si l'adoptante a été traitée de manière différente par rapport à d'autres adoptants se trouvant dans des situations analogues. Or, lorsqu'aucun élément, si ce n'est la simple altérité des individus impliqués, ne vient distinguer les espèces, il n'est plus question de savoir si les exigences substantielles de l'égalité sont respectées. Autrement dit, il n'est pas question de s'assurer du traitement identique de situations après que celles-ci aient été jugées comme étant comparables par la juridiction européenne.

1208. Comme cela a été relevé par la Cour, les juges de ce pays avaient accepté, et continuaient d'accepter, de reconnaître des adoptions prononcées au Pérou au profit de femmes célibataires. *La contrariété à l'article 14 du refus à la reconnaissance opposée par les juges luxembourgeois ne dérive ainsi pas d'un traitement différent de situations comparables, mais d'un traitement différent de situations analogues, autrement dit, d'un traitement arbitraire.* La question qui se posait dans l'arrêt *Wagner* concernant le respect de l'article 14 de la CESDH était alors de savoir si la décision rendue par la juridiction luxembourgeoise était arbitraire. Rappelons qu'il s'agit là de l'exigence minimale impliquée par la consécration de toute disposition d'égalité. Il a en effet été exposé que son respect s'impose même par la seule consécration du principe d'égalité devant la loi pris dans son acception restrictive. L'interdiction de traitements arbitraires n'exige pas de s'intéresser à la comparabilité des situations, ce qu'implique en revanche le respect de la règle de l'égalité de traitement²⁴⁶². Elle impose uniquement le respect d'un devoir de cohérence.



1209. Dans l'affaire *Wagner* il n'était donc pas question du respect d'une exigence substantielle d'égalité. En effet, il ne s'agissait pas de savoir si des situations comparables avaient fait l'objet d'un traitement identique. Plus exactement, la question de la comparabilité ne se posait pas. Cela dépendait du fait que la Cour relève qu'il s'agissait de situations analogues. Leur traitement différent relevait ainsi de l'arbitraire. Il en allait de même dans l'affaire *Négrépontis-*

²⁴⁶² V. *supra*, § 64.

II) L'arrêt *Négrépontis-Gannisis*

1210. Dans l'affaire *Négrépontis-Gannisis*²⁴⁶³ la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation aussi bien de l'article 8 que de la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle était confrontée à une affaire concernant l'adoption par un moine de son neveu majeur prononcée aux États-Unis. La Grèce avait refusé de reconnaître le jugement américain en relevant sa contrariété à l'ordre public.

1211. Dans le cadre de l'analyse du respect de l'article 8, et notamment de la proportionnalité de l'ingérence dans la vie familiale de l'adopté, la Cour affirme qu'il convient d'attacher « beaucoup d'importance à la nature des règles sur lesquelles s'est fondée la formation plénière de la Cour de cassation »²⁴⁶⁴ pour parvenir à ce résultat et souligne que « ces règles sont toutes de nature ecclésiastique et datent des septième et neuvième siècles »²⁴⁶⁵. Elle insiste sur le fait que « [l]a formation plénière de la Cour de cassation a fait application de ces règles, alors que l'article 3 de la loi 1250/1982 abrogeant l'article 1364 de l'ancien Code civil grec qui interdisait aux moines de se marier, autorise désormais de manière expresse leur droit au mariage »²⁴⁶⁶.

1212. Ces considérations sont reprises par la Cour dans le cadre de l'analyse de la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 du même texte. Cette violation a été alléguée par l'adopté en considérant que les juges grecs avaient caractérisé une différence de traitement entre l'enfant adoptif et l'enfant biologique d'un membre du clergé. Il considère ainsi que s'il avait été l'enfant biologique de l'adoptant, son statut d'enfant aurait été reconnu par les autorités grecques. Il considère également que l'exigence substantielle d'identité de traitement de l'enfant adoptif et l'enfant biologique a été posée par la Cour elle-même dans l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre*²⁴⁶⁷, ce que la Cour confirme²⁴⁶⁸. La comparabilité de ces deux situations est donc bien relevée par la Cour. Cela laisse ainsi penser qu'en l'espèce le problème avait trait au respect d'un contenu de l'égalité, celle du traitement identique de l'enfant adoptif et de

²⁴⁶³ CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, req. n° 56759/08, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 817, étude P. Kinsch, *D.* 2012, p. 1239, obs. F. Jault-Seseke, *JCP G*, 2011, I, 839, n° 7, obs. A. Gouttenoire, *JDI*, 2012, p. 213, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *Dr. fam.*, 2011, alerte 48, obs. M. Bruggeman.

²⁴⁶⁴ *Ibid.*, § 71.

²⁴⁶⁵ *Ibid.*, § 72.

²⁴⁶⁶ *Ibid.*, § 72.

²⁴⁶⁷ CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, req. n° 69498/01, *AJDA*, 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss, *RTD civ.*, 2004, p. 804, n. J.-P. Marguénaud.

²⁴⁶⁸ CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, req. n° 56759/08, préc., § 82.

l'enfant biologique. Cette exigence était cependant effectivement respectée en droit grec. Le Code civil de ce pays ne prévoyait pas une différence de traitement entre les enfants adoptifs et les enfants biologiques. La contrariété aux articles 8 et 14 de la CESDH n'était donc pas caractérisée en raison du non-respect de cette exigence substantielle d'égalité.

1213. En revanche, lors de l'analyse du caractère raisonnable et proportionnel de la différence de traitement, la Cour rappelle que la législation grecque précitée avait abrogé l'interdiction faite aux moines de se marier et de fonder une famille. Ce faisant, la Cour laisse comprendre que ce qui était caractérisé en l'espèce était un traitement arbitraire. La possibilité d'établir un lien de filiation entre un enfant et un moine était admise par le droit grec lui-même. Dès lors, le fait que ce droit ait été refusé au requérant en application de dispositions du droit ecclésiastique, et donc des normes autres que celles issues de la législation grecque, constituait un *traitement arbitraire*.

C'est donc sur ce fondement que la différence de traitement par rapport à un enfant biologique est caractérisée par la Cour. Ce que les juges de Strasbourg n'explicitent pas, mais qui se déduit de la référence faite aux dispositions du Code civil grec, est alors que si le requérant n'avait pas fait l'objet d'un traitement arbitraire par rapport aux autres enfants souhaitant établir leur lien de filiation avec un moine, les autorités grecques elles-mêmes auraient reconnu son lien de filiation et les droits qui en découlent. Les autorités grecques auraient en effet dû vérifier la conformité du jugement étranger à la lumière, non pas du droit ecclésiastique, mais du droit étatique.

Or, il a déjà été expliqué que l'exigence de respecter l'interdiction de traitements arbitraires n'équivaut pas à imposer le respect d'une exigence substantielle d'égalité. Les considérations formulées relativement à l'arrêt *Wagner* s'appliquent ainsi de manière identique à l'arrêt *Négrépontis-Giannisis* et nous conduisent à retenir que le fondement de ce dernier arrêt n'était pas le respect d'une exigence substantielle d'égalité.



1214. À la lumière de ces développements, il apparaît que les affaires *Wagner* et *Négrépontis-Giannisis* n'apportent pas d'éléments permettant de savoir à quelles conditions le respect des exigences substantielles d'égalité est susceptible d'amener à la continuité des situations. Plus généralement, dans la jurisprudence européenne, le respect des exigences substantielles d'égalité définies par la Cour européenne n'a, pour l'heure, pas amené à exiger la reconnaissance de situations créées à l'étranger.

Il est possible de proposer une explication à cette absence. Le principe d'égalité se distingue en effet des autres droits fondamentaux dont la protection a exigé jusqu'aujourd'hui la reconnaissance de situations créées à l'étranger. Cette spécificité conduit notamment à limiter les cas dans lesquels une juridiction supranationale pourrait trouver opportun d'exiger la reconnaissance d'une situation au nom du respect du principe d'égalité.

§2) Une exigence relative de continuité des situations dans le cadre du contrôle d'égalité

1215. L'exigence de respect des droits fondamentaux dans la résolution des conflits privés internationaux de la part des juridictions européennes au cours des dernières années a souvent conduit ces dernières à assurer aux situations juridiques une continuité *a priori*²⁴⁶⁹ ou *a posteriori*. Le droit à la vie privée et familiale et le droit à la libre circulation des citoyens européens ont notamment amené, respectivement, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice à exiger la reconnaissance dans les ordres juridiques européens de situations créées et des jugements rendus à l'étranger. La doctrine classe souvent ces exigences de reconnaissance au nom des droits fondamentaux parmi les exemples d'application de la méthode de la reconnaissance. Il convient toutefois de rappeler que nous n'avons pas retenu la définition de la méthode de la reconnaissance comme consistant en l'exigence de reconnaître une situation là où « la non-reconnaissance serait une entrave [...] aux grandes libertés »²⁴⁷⁰. Cette définition de la méthode de la reconnaissance a en effet conduit à considérer que la protection des droits fondamentaux s'accompagne de l'exigence de reconnaissance. Ainsi, il est possible de lire que « le droit à la reconnaissance des situations [est] étroitement lié à un raisonnement en termes de droits fondamentaux »²⁴⁷¹. Certains auteurs considèrent que la protection du principe d'égalité pourrait également conduire les juridictions européennes, et *a*

²⁴⁶⁹ Madame FRANQ a en effet mis en exergue que dans les affaires *Garcia Avello* (CJCE, 2 octobre 2003, aff. C-148/02, préc.), *Sayn-Wittgeinstein* (CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, préc.) et *Runevič-Vardyn et Wardyn* (CJUE, 12 mai 2011, aff. C-391/09) il était question de l'attribution du nom de famille à des enfants qui, à la différence de l'affaire *Grunkin et Paul* (CJCE, 14 octobre 2008, aff. C-353/06, préc.), n'avaient pas déjà été enregistrés sous un autre nom de famille dans un autre État membre (S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », *op. cit.*, pp. 111-130, spéc. pp. 118-120). Madame FRANCO considère ainsi qu'il ne s'agissait pas tant dans ces affaires d'« assurer la circulation des situations acquises antérieurement » (*ibid.*, p. 112), mais de protéger « le droit à l'identité de l'individu » (*idem.*), droit qui permet aux citoyens de circuler librement. En ce sens, les juridictions se sont soucies des chances que la situation, telle que l'ordre juridique d'origine l'avait créée, avait des chances d'être reconnue dans l'ordre juridique où elle a vocation à circuler.

²⁴⁷⁰ M. FARGE, « Détermination du droit applicable », *op. cit.*, p. 1677, § 512.64.

²⁴⁷¹ S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, p. 215 § 206. V. également P. KINSCH, v. « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 43-55.

fortiori les juridictions nationales, à exiger de reconnaître des situations créées à l'étranger au nom du respect du principe d'égalité. Cette possibilité mérite cependant d'être encadrée. Le respect de certains droits fondamentaux, dont le principe d'égalité, ne va pas systématiquement de pair avec l'exigence de reconnaissance. Il est en effet également susceptible d'exiger que la reconnaissance des situations créées à l'étranger soit refusée.

1216. L'analyse montre en effet que, à ce qu'exige le respect du droit à la vie privée et familiale et aux libertés de circulation, la continuité des situations créées à l'étranger n'est pas une condition même du respect des exigences substantielles d'égalité. La protection de ces exigences peut amener à exiger de reconnaître une situation ou à en exiger la création dans le for. La protection des exigences substantielles d'égalité peut cependant également conduire à refuser de reconnaître une situation, ou à en refuser la création **(I)**. Les conditions auxquelles une juridiction européenne pourrait imposer à un État de reconnaître une situation créée dans un autre ordre juridique au nom du principe d'égalité mériteront ainsi d'être définies **(II)**.

I) La distinction entre l'égalité et d'autres droits fondamentaux

1217. La protection du droit à la vie privée et familiale, ainsi que des libertés de circulation, conduit nécessairement la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice, à imposer aux ordres juridiques nationaux de reconnaître des situations familiales créées à l'étranger là où ces derniers l'avaient refusé. La reconnaissance est en effet une condition même du respect de ces droits **(A)**. Elle ne doit cependant pas être généralisée à l'ensemble des droits fondamentaux. La protection de certains d'entre eux, et notamment du principe d'égalité, peut en effet exiger aussi bien la reconnaissance que le refus de reconnaissance dans un État des situations créées à l'étranger **(B)**.

A) La continuité des situations, condition du respect de la vie privée et familiale et des libertés de circulation

1218. Lorsqu'une situation a été créée dans un autre ordre juridique que le for, le respect du droit à la vie privée et familiale et du droit à la libre circulation du citoyen européen présente la particularité de pouvoir exiger uniquement la reconnaissance et jamais de la refuser²⁴⁷². Ainsi, le refus de reconnaître la situation est susceptible de caractériser une violation du premier de

²⁴⁷² D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, pp. 687-688, § 576 ; P. MEYER, « La fondamentalisation du droit international privé portant sur les personnes et les relations familiales », *op. cit.*, §§ 4-30.

ces droits fondamentaux. Alternativement, le refus de reconnaître une situation créée à l'étranger peut, au plus, ne pas contrarier ce même droit, comme cela a été le cas dans l'affaire *Green et Farath*²⁴⁷³ relativement à la reconnaissance d'une union bigame. Son respect n'exigera en revanche jamais de refuser la reconnaissance. Cela dépend du fait que la Cour européenne des droits de l'homme peut considérer que la situation caractérise une vie familiale du fait même qu'elle a été créée dans un ordre juridique. De ce fait, il sera nécessaire d'en assurer la continuité dans les autres ordres juridiques. Elle considère en effet que le refus de reconnaître la situation dans un autre ordre juridique lèse le droit au respect de la vie familiale ainsi caractérisée à l'étranger. Par exemple, dans l'affaire *Shalk et Kopf*²⁴⁷⁴ et dans l'affaire *Oliari*²⁴⁷⁵, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la possibilité pour un couple homosexuel de se marier n'est pas nécessaire pour que leur droit à la vie familiale soit respecté. En revanche, dans l'affaire *Orlandi*²⁴⁷⁶ la Cour a précisé que, dès lors que cette situation a été créée à l'étranger, une vie familiale est susceptible d'avoir été caractérisée. La même exigence de reconnaissance au nom de l'article 8 a également été posée, par exemple, dans les arrêts *Wagner*²⁴⁷⁷ et *Négrépontis-Giannisis*²⁴⁷⁸, *Mennesson*²⁴⁷⁹ et *Labassée*²⁴⁸⁰.

1219. Il s'ensuit qu'un ordre juridique qui refuserait de reconnaître le mariage célébré à l'étranger léserait le droit au respect de la vie familiale du couple. Cela permet de montrer que dans les cas où une situation privée ou familiale a été créée dans un ordre juridique la continuité des situations est la condition même du respect de ce droit.

1220. Il en va de même pour la protection du droit à la libre circulation. La consécration de ce droit a en effet précisément pour but de garantir que la situation créée dans un État membre puisse être reconnue dans un autre. En effet, le refus de reconnaître une situation créée dans un autre État membre est susceptible d'entraver la libre circulation des personnes²⁴⁸¹. Cela a conduit la Cour de justice à exiger des États membres la reconnaissance de situations créées

²⁴⁷³ CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat c. Malte* (déc.), req. n° 38797/07, préc.

²⁴⁷⁴ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

²⁴⁷⁵ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11, préc.

²⁴⁷⁶ CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12 préc.

²⁴⁷⁷ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01.

²⁴⁷⁸ CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, req. n° 56759/08, préc.

²⁴⁷⁹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* req. n° 65192/11, préc.

²⁴⁸⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, req. n° 65941/11, *D.*, 2014, p. 1806, n. L. D'Avout, *ibid.*, 2014, p. 1797, n. F. Chénédé.

²⁴⁸¹ V. la présentation de la jurisprudence de la Cour relative au principe de reconnaissance mutuelle de Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2013, pp. 65-66, § 61.

dans un autre État membre dans les arrêts *Grunkin Paul*²⁴⁸², *Hadadi*²⁴⁸³, et, plus récemment, dans l'arrêt *Coman*²⁴⁸⁴. Ainsi, l'exigence de reconnaître des situations créées à l'étranger est consubstantielle à la protection du droit à la libre circulation²⁴⁸⁵, tout comme à la protection du droit à la vie privée et familiale.



1221. L'exigence de respecter ces droits fondamentaux constitue ainsi un élément favorisant la continuité des situations. Cette analyse ne peut cependant pas être généralisée. Si la protection de ces droits fondamentaux exige de garantir la continuité des situations, le respect d'autres droits fondamentaux, et notamment le principe d'égalité, peut pousser les juridictions européennes à exiger que l'État refuse de reconnaître une situation créée à l'étranger, ou à laisser les États libres de considérer que le refus ne constitue pas une violation du principe d'égalité.

B) Le principe d'égalité au service de la continuité comme de la discontinuité des situations

1222. Malgré l'omniprésence dans le débat doctrinal actuel des analyses concernant les hypothèses de correspondance entre protection des droits fondamentaux et continuité des situations, il ne faut pas oublier que cette correspondance n'est pas univoque. La protection de certains droits fondamentaux peut en effet exiger le refus de reconnaissance des situations créées à l'étranger, comme le célèbre arrêt *Pellegrini*²⁴⁸⁶ en atteste. Il suffira de rappeler à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme a sanctionné l'Italie pour avoir reconnu une décision rendue dans un État non lié par la Convention, à savoir l'État du Vatican, décision rendue en violation des droits de la défense garantis par l'article 6 de la CESDH. L'arrêt *Pellegrini* a permis de comprendre que la reconnaissance d'une décision non conforme aux

²⁴⁸² CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, préc.

²⁴⁸³ CJCE, 16 juillet 2009, *Hadadi*, C-168/08, préc.

²⁴⁸⁴ CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-637/16, D., 2018, p. 1674, n. Fulchiron et A. Panet, *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 816, n. P. Hammje, *AJ fam.*, 2018, p. 404, obs. G. Kessler, *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. Usunier, *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. E. Pataut.

²⁴⁸⁵ Spécifiquement au sujet de l'influence du contrôle de proportionnalité opéré dans le cadre du contrôle du respect de la libre circulation v. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, op. cit.

²⁴⁸⁶ CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, req. n° 30882/96, préc.

droits fondamentaux caractérisait elle-même une violation du droit en cause²⁴⁸⁷. Le principe d'égalité est un autre droit fondamental susceptible d'exiger que la reconnaissance de situations créées à l'étranger soit refusée.

1223. Nous avons déjà eu l'occasion de définir les conditions du respect des exigences substantielles d'égalité du for. Pour mémoire, il est nécessaire que les lois étrangères appliquées ou applicables n'introduisent pas des différences de traitement là où l'ordre juridique du for exige un traitement identique des situations en cause et que ces lois soient compatibles avec la finalité poursuivie par le for à travers la prévision d'une différence de traitement, à moins que des dérogations ne soient admises. Or, le respect de ces exigences peut aussi bien impliquer de reconnaître que de refuser de reconnaître une situation.

1224. Le refus de reconnaissance sera nécessaire dans deux cas, à moins qu'une dérogation ne soit admise.

Premièrement, tel est le cas lorsque l'autorité étrangère a reconnu une prérogative à une catégorie à laquelle l'ordre juridique du for exige qu'elle ne soit pas reconnue. Il a déjà été exposé que les juges n'ont pas fondé leur décision sur une exigence substantielle d'égalité du for, un exemple en ce sens était fourni par la jurisprudence française, lorsqu'elle empêchait

²⁴⁸⁷ Au sujet de l'exigence de conformité des solutions de droit international privé aux exigences européennes, C. CAMPIGLIO, « Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato », *op. cit.*, p. 1029 ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, pp. 120-146 ; S. VRELLIS, « Quelques réflexions sur l'influence des droits fondamentaux en droit international privé », *RIDC*, n° 1, 2017, pp. 47-64 ; L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp. 165-182 ; L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 223 et s. ; « À propos de l'absolutisme des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 265-284 ; « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen », *op. cit.*, pp. 101-116 ; « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *op. cit.*, pp. 205-241 ; E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999 ; J. FOYER, « Droits internationaux de l'homme et ordre public international », in *Mélanges Raymond Goy. Du droit interne au droit international*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1998, p. 333-348 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1997 p. 1-31 ; *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, *op. cit.* ; P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 249-265 ; P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *op. cit.*, p. 651-665 ; D. COHEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *op. cit.*, p. 451 et s. ; B. GOLDMAN, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », in René Cassin, *Amicorum discipulorumque liber*, t. 1, Pedone, Paris, 1969, p. 449 et s. ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », *op. cit.*, 1950, p. 255 et s. ; T. MARZAL, « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé (de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et de loi de police) », *Archives de philosophie du droit*, n° 58, 2015, p. 267 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 65.

l'enfant né d'une convention de gestation pour autrui d'établir son double lien de filiation²⁴⁸⁸. Tel était également le cas en Italie avant l'arrêt *Orlandi*, lorsque les autorités italiennes ont été confrontées à une demande de reconnaissance d'un mariage entre deux personnes de même sexe²⁴⁸⁹.

En second lieu, la reconnaissance doit en principe être refusée lorsque l'ordre juridique du for exige qu'une prérogative soit reconnue de manière identique à deux catégories, là où la loi étrangère introduit une différence de traitement. Rappelons que tel est le cas, par exemple, lorsque les juges français sont confrontés à des demandes de reconnaissance de répudiations prononcées à l'étranger²⁴⁹⁰.

1225. La reconnaissance est en revanche nécessaire au nom du principe d'égalité uniquement lorsque l'ordre juridique du for exige que deux catégories se voient garantir une même prérogative et que celle-ci a été attribuée à l'une de ces catégories par un ordre juridique étranger. Dans ce cas, en effet, si l'ordre juridique du for refusait la reconnaissance, elle priverait la catégorie en cause de la prérogative, ce qui caractériserait une différence de traitement par rapport à la seconde catégorie considérée comme comparable. Ce cas de figure mérite que l'on s'y attarde, ce que nous nous apprêtons à faire.



1226. Le respect des exigences substantielles d'égalité, et à la différence du droit à la vie privée et familiale garanti par la CESDH ou au droit à la libre circulation dans l'Union européenne, peut commander aussi bien de reconnaître que de refuser de reconnaître des situations créées à l'étranger. Il convient cependant de montrer que les hypothèses dans lesquelles la reconnaissance est nécessaire sont limitées. Cela exclut notamment l'existence d'une large convergence entre les solutions commandées par la protection des exigences substantielles d'égalité et la garantie de la continuité des situations.

II) La condition de la reconnaissance au nom de l'égalité : la création de la même situation en droit national

1227. Il vient d'être exposé que le respect des exigences substantielles d'égalité peut demander que des situations créées dans un ordre juridique soient reconnues dans un autre. Une lourde

²⁴⁸⁸ Cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, n^{os} 14-21323 et 15-50002, *JCP G*, 2015.965, n. A. Gouttenoire, *D.*, 2015, p. 1438, obs. I. Gallmeister.

²⁴⁸⁹ V. *supra*, § 897.

²⁴⁹⁰ V. *supra*, §§ 999-1012.

condition doit cependant être remplie pour que cela soit le cas. Il est en effet nécessaire que la juridiction appelée à se prononcer considère que la même situation doit être créée au nom de la même exigence d'égalité. Cela explique que les juridictions européennes n'aient pas exigé, pour l'heure, la reconnaissance d'une situation au nom d'une disposition d'égalité et que les chances pour que cela soit le cas à l'avenir soient faibles **(A)**. L'analyse des arrêts *Orlandi* et *Coman* permet également de montrer les conséquences qu'auraient entraînées ces arrêts si la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice avaient fondé l'exigence de reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe sur une disposition d'égalité **(B)**.

A) Une exigence élevée

1228. La protection du droit au respect de la vie privée et familiale et des libertés de circulation a amené les juridictions européennes à imposer la reconnaissance de situations créées à l'étranger aux ordres juridiques nationaux là où ces derniers l'avaient refusée. Certains auteurs ont considéré qu'il pourrait en aller de même au nom du principe d'égalité. Madame PFEIFF a fourni un exemple tiré de l'analyse de l'affaire *X et autres c. Autriche*²⁴⁹¹ rendu par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette affaire portait sur une demande d'adoption d'un enfant par un couple homosexuel en droit interne. À cette époque, le droit autrichien autorisait les adoptions, y compris internationales, uniquement par les célibataires ou par les couples hétérosexuels. À cet égard, la Cour a considéré que le refus de prononcer l'adoption était contraire à l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle, et plus précisément, aux articles 8 et 14 combinés. Madame PFEIFF a souligné que si cette affaire avait concerné une demande de reconnaissance d'une adoption par un couple homosexuel prononcée à l'étranger, le refus de reconnaître cette décision aurait caractérisé une violation du droit à la non-discrimination des couples homosexuels relativement à leur droit au respect de la vie privée et familiale²⁴⁹².

1229. Or, le principe d'égalité peut effectivement exiger qu'une situation créée à l'étranger soit reconnue dans le for. Un autre exemple d'exigence de reconnaissance d'une situation créée à l'étranger au nom du principe d'égalité a d'ailleurs déjà été présenté au cours de cette étude. Il

²⁴⁹¹ CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07, *RTD civ.*, 2013, p. 329, obs. J-P. Marguénaud, *D.*, 2013, p. 502, obs. I. Gallmeister, *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2013, p. 227, obs. F. Chénéde, *Dr. fam.*, 2013, comm. 53, n. C. Neirinck.

²⁴⁹² S. PFEIFF, « Reconnaissance et théorie générale du droit international privé », communication orale, exposée lors du colloque organisé sur le thème « La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé » par L'université Lyon III – Jean Moulin le 11 et 12 octobre 2018, sous la direction de Monsieur Hugues FULCHIRON.

s'agit de l'exigence de reconnaître en France un mariage conclu entre personnes de même sexe à l'étranger à la suite de l'adoption de la loi du 17 mai 2013²⁴⁹³. Il a été montré qu'en France le refus pur et simple de reconnaître un mariage entre deux personnes de même sexe constituerait une violation de la conception de l'égalité du for. Rappelons, en effet, qu'exception faite des éventuelles dérogations admises au nom de la continuité des situations, la conception française de l'égalité exige de traiter les couples homosexuels et hétérosexuels de manière identique en ce qui concerne le droit de se marier. Le refus de reconnaître un mariage conclu entre personnes de même sexe caractériserait ainsi une différence de traitement.

1230. Une analyse *a contrario* permet de mettre en évidence une condition nécessaire pour que le respect du principe d'égalité exige de reconnaître une situation créée à l'étranger.

Cette condition avait été esquissée par Monsieur MARCHADIER. En réfléchissant à l'impact que la Convention européenne des droits de l'homme pourrait avoir au stade de la création des situations, l'auteur mettait en avant la place que l'article 14 était susceptible d'occuper. Il mettait ainsi en lumière le risque que le principe général de non-discrimination que l'article contient oblige « à traiter de manière identique situations internes et internationales »²⁴⁹⁴. L'auteur s'est concentré sur les hypothèses dans lesquelles cette exigence est susceptible de ne pas être imposée au nom de la coordination des ordres juridiques²⁴⁹⁵. Inversement, notre analyse se concentrera sur la définition des cas où des solutions identiques en droit international privé et en droit interne seront nécessaires au nom des dispositions d'égalité contenues dans la CESDH. Le point de départ de cette analyse repose sur l'analyse offerte par ce même auteur. Monsieur MARCHADIER a pu démontrer que la comparabilité des situations internes et internationales et, par-là, une exigence de principe de traitement identique, se déduit nécessairement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que de la Commission homonyme²⁴⁹⁶.

Les conclusions empiriques de l'auteur rejoignent celles auxquelles notre analyse théorique conduit. Rappelons à cet égard que le refus de reconnaissance est susceptible de caractériser une différence de traitement. Tel est notamment le cas là où l'ordre juridique du for exige que deux situations soient traitées de manière identique. Lorsqu'une telle exigence d'égalité est définie, cela signifie qu'en droit interne un même traitement est effectivement prévu pour ces

²⁴⁹³ Loi fr. du 17 mai 2013, n° 2013-404, préc.

²⁴⁹⁴ F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, op. cit., p. 269, § 188.

²⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 272 et s., § 189 et s.

²⁴⁹⁶ *Ibid.*, pp. 274-293, §§ 190-209.

dernières. Il s'ensuit que, lorsqu'en droit interne la création d'une situation constitue une expression d'une exigence substantielle d'égalité, la reconnaissance sera également nécessaire au nom de la même exigence. Inversement, si la situation a été créée à l'étranger, le refus de la reconnaître caractériserait une différence de traitement. Autrement dit, le respect du principe d'égalité exigera de reconnaître uniquement les situations qui, en droit interne, constituent une expression de la conception de l'égalité du for. Il s'agit notamment des situations purement internes dont le refus de création par une autorité nationale constituerait une violation du principe d'égalité, tel qu'interprété par l'ordre juridique du for.

Dès lors, si une juridiction européenne sanctionne, sur le fondement d'une disposition d'égalité, le refus d'un État de reconnaître une situation créée à l'étranger, cela signifie que la juridiction européenne exige un traitement identique de ces situations. Or si tel est le cas, un traitement identique devra également être prévu pour les situations purement internes. Rappelons en effet que la définition des exigences substantielles d'égalité n'est pas affectée par les spécificités internationales de la situation²⁴⁹⁷. Cela permet de comprendre que, si un traitement identique est exigé dans un ordre juridique relativement à une situation privée internationale, la même exigence s'impose nécessairement dans son droit interne.

1231. Il découle alors de ce qui précède que *la reconnaissance sera exigée par une juridiction européenne au nom d'une disposition d'égalité à la condition qu'elle considère également que la même situation doit être créée dans l'ordre juridique de destination au nom de la même exigence d'égalité.*

1232. La différence entre le principe d'égalité, d'une part, et le droit à la vie privée et familiale et le droit à la libre circulation, d'autre part. - L'identité des exigences substantielles d'égalité indépendamment du caractère interne ou international de la situation implique également, *a fortiori*, que les exigences substantielles d'égalité dont le respect s'impose ne varient pas selon qu'il s'agit d'une demande de création ou de reconnaissance d'une situation familiale. Tel est l'élément qui différencie le principe d'égalité du droit à la vie privée et familiale et du droit à la libre circulation. Les conditions du respect du droit à la vie privée et familiale varient en effet selon que l'on demande la création d'une situation dans le for ou la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger. La Cour peut notamment estimer que la création d'une situation n'est pas nécessaire afin que le droit à la vie privée et familiale soit respecté. Si elle considère, au contraire, qu'une vie familiale existe, du fait de la création

²⁴⁹⁷ V. *supra*, § 892 et s.

d'une situation familiale dans un autre ordre juridique, sa reconnaissance sera nécessaire au nom du droit au respect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

1233. En revanche, les exigences substantielles d'égalité ne varient pas selon que la situation familiale internationale existe déjà ou non. En effet, si une juridiction européenne exigeait qu'une situation créée dans un État soit reconnue dans un autre au nom du principe d'égalité, elle devrait également exiger que la même situation soit créée dans l'ordre juridique de destination au nom du même principe. Ainsi, pour qu'une situation puisse être reconnue au nom du principe d'égalité, la juridiction européenne doit en effet exiger la modification non seulement des solutions de droit international privé, mais également de son droit interne.

1234. Ainsi, nous concordons avec l'analyse proposée par Madame PFEIFF relativement à la possibilité que la Cour européenne des droits de l'homme exige la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger au nom d'une disposition d'égalité. Tel est notamment le cas lorsque la même situation doit également être créée dans l'ordre juridique de destination au nom de la même disposition.

D'ailleurs, cela était effectivement le cas dans l'hypothèse avancée par l'auteure. La reconnaissance de l'adoption internationale par le couple du même sexe aurait été nécessaire précisément en raison du fait que dans l'arrêt *X et autres c. Autriche*²⁴⁹⁸ la Cour européenne des droits de l'homme a exigé que cette adoption soit autorisée en droit interne en Autriche. L'opportunité de procéder de la sorte est en revanche plus discutable en raison des répercussions qui pourraient en découler. Cela permet d'expliquer que la Cour européenne des droits de l'homme n'ait pas exigé, pour l'heure, la reconnaissance dans un ordre juridique d'une situation créée dans un autre ordre juridique au nom du principe d'égalité. La Cour est en effet susceptible d'exiger la reconnaissance au nom d'une disposition d'égalité formelle uniquement là où elle considérerait que l'impossibilité de créer la même situation dans l'ordre juridique de destination est contraire à cette même disposition d'égalité.

1235. Cela signifie également que si la Cour de Strasbourg exigeait la reconnaissance d'une situation au nom d'une disposition d'égalité garantie par la Convention européenne, dès que l'occasion se présenterait, elle devrait nécessairement considérer que le refus d'un ordre juridique de créer la même situation en droit interne caractérise une violation de la disposition d'égalité en cause.

²⁴⁹⁸ CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07, préc.



1236. En conclusion, le respect d'une disposition d'égalité peut impliquer de reconnaître une situation à condition que la création de la même situation soit également nécessaire en droit interne au nom de la même disposition d'égalité. L'analyse des arrêts *Orlandi* et *Coman* permet de l'illustrer. Cela permet notamment d'expliquer pourquoi, en l'état actuel, la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe ne pouvait pas trouver comme fondement une disposition d'égalité garantie par la Convention.

B) L'hypothèse d'une reconnaissance fondée sur une disposition d'égalité : l'exemple des arrêts *Orlandi* et *Coman*

1237. **Une exigence de reconnaissance non fondée sur une disposition d'égalité consacrée par la Convention.** - Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner l'arrêt *Orlandi*²⁴⁹⁹ rendu par la Cour européenne des droits de l'homme et l'arrêt *Coman*²⁵⁰⁰ rendu par la Cour de justice. Rappelons que dans les deux cas un État européen avait refusé de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu à l'étranger. Les Cours ont sanctionné ces refus. Le fondement retenu par les deux juridictions n'était cependant pas une disposition d'égalité.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a en effet pas estimé nécessaire d'analyser la conformité à la combinaison des articles 8 et 14 de la CESDH. Elle ne s'est pas fondée non plus sur l'article 12²⁵⁰¹. Les juges de Strasbourg se sont en revanche fondés sur l'article 8 en considérant que le refus de reconnaître ce mariage violait le droit à la vie privée et familiale des intéressés. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*²⁵⁰², la même Cour avait déjà considéré que la Convention européenne des droits de l'homme n'oblige pas les États, du moins pour l'heure, à traiter de manière comparable les couples homosexuels et hétérosexuels relativement au droit au mariage. Ainsi, le refus de célébrer un mariage entre deux personnes de même sexe n'a pas été considéré comme contraire aux dispositions d'égalité consacrées dans la Convention.

1238. La Cour de justice, quant à elle, ne fonde pas l'exigence de reconnaissance sur une disposition d'égalité dans l'arrêt *Coman*. La reconnaissance a été exigée uniquement dans le

²⁴⁹⁹ CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n^{os} 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc.

²⁵⁰⁰ CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-637/16, préc.

²⁵⁰¹ La Cour a en effet eu l'occasion de déclarer que l'analyse des articles 8 et 14 n'est pas pertinente afin d'analyser la conformité de l'interdiction du droit au mariage pour les couples de même sexe (CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n^{os} 18766/11 et 36030/11, préc., § 193)

²⁵⁰² CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n^o 30141/04, préc.

but de garantir au conjoint le droit au séjour dans l'État membre de l'Union européenne dans le but de rendre effectif le droit à la libre circulation d'un citoyen européen.

1239. Hypothèse des conséquences du fondement de l'arrêt *Orlandi et Coman* sur une règle d'égalité. - Les analyses qui précèdent laissent comprendre que si les juridictions européennes s'étaient fondées sur une disposition d'égalité dans les arrêts *Orlandi* et *Coman*, cela aurait eu des répercussions allant au-delà de ces seules décisions. Cela aurait impliqué un changement de la part de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice, dans l'analyse de la conformité aux dispositions d'égalité de l'interdiction de mariage du couple de même sexe dans le droit interne des États parties au Conseil de l'Europe et à l'Union européenne. À l'occasion d'une nouvelle question de la conformité aux articles 8 et 14 ou de l'article 12 de la CESDH ou aux articles 9, 20 ou 21 de la CDFUE de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe portée à l'attention de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice, celles-ci auraient donc nécessairement conclu dans le sens d'une violation de l'une de ces dispositions. Pour les raisons qui ont été exposées, il serait contradictoire de considérer que le refus de reconnaissance du mariage célébré à l'étranger entre personnes de même sexe contrarie une disposition d'égalité, sans considérer que l'impossibilité de célébrer cette union dans un État partie au Conseil de l'Europe viole également cette disposition. Ainsi, si les juridictions européennes imposaient à un État la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe au nom d'une disposition d'égalité, elle ne tarderait nécessairement pas à exiger des États parties au Conseil de l'Europe qu'ils ouvrent ce droit au nom de cette même disposition d'égalité.

1240. En conclusion, si le refus de la part d'une juridiction nationale de reconnaître une situation créée à l'étranger était considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme contraire aux règles supranationales d'égalité, cela impliquerait forcément que le refus de créer cette même situation dans le for serait, lui aussi, considéré comme contraire au principe d'égalité.

Il s'ensuit que la condition pour qu'une juridiction européenne impose à un État de reconnaître une situation au nom de l'égalité a des répercussions plus importantes par rapport à une reconnaissance au nom du droit à la vie privée et familiale ou au droit à la libre circulation. Cette exigence de reconnaissance ne pourrait en effet être séparée de l'exigence de créer la même situation en droit interne et donc, d'imposer aux États européens une éventuelle modification de celui-ci. Les occasions dans lesquelles la sanction d'un refus de reconnaissance au nom de l'égalité sera considérée comme opportune sont ainsi limitées.



1241. Les conséquences qu'engendrerait la caractérisation de la violation d'une disposition d'égalité par une juridiction européenne en raison du refus d'un État de reconnaître une situation créée à l'étranger seraient lourdes. La création de la même situation en droit interne serait en effet également exigée dès que l'occasion se présenterait. La nécessité de reconnaître une situation au nom du principe d'égalité ne peut en effet pas être dissociée de celle de créer la même situation en droit interne. Cela distingue le principe d'égalité du droit au respect de la vie privée et familiale et du droit à la libre circulation.

Une juridiction européenne sera ainsi plus aisément susceptible de sanctionner le refus de reconnaissance au nom de ces droits fondamentaux plutôt que sur le fondement d'une disposition d'égalité formelle.

Cela est d'autant plus vrai que les cas dans lesquels la reconnaissance est susceptible d'être exigée au nom d'une disposition d'égalité sont davantage limités par la possibilité que la juridiction européenne admette une dérogation au respect de l'exigence substantielle d'égalité qu'elle définit. Rappelons en effet que des considérations d'équité ou le respect d'autres droits fondamentaux ou principes essentiels sont susceptibles d'exiger le refus de reconnaissance²⁵⁰³.

1242. Les chances qu'une juridiction européenne impose aux États de reconnaître une situation au nom d'une disposition d'égalité sont ainsi faibles. L'équilibre entre la garantie de la continuité des situations et la protection du principe d'égalité ne peut donc pas être trouvé dans la possibilité que les juridictions européennes imposent aux États de reconnaître des situations au nom d'une disposition d'égalité, là où ces derniers ont considéré que le refus de reconnaissance était conforme aux exigences substantielles d'égalité qu'ils définissent.

²⁵⁰³ V. *supra*, § 332.

Conclusion du deuxième chapitre

1243. Les développements qui précèdent nous ont permis de comprendre quelle est la condition à respecter pour qu'un contrôle d'égalité amène à la continuité des situations, là où le strict respect d'une exigence substantielle d'égalité commanderait la discontinuité. Il s'agit, encore une fois, de la conception de la famille du for. Cette condition a notamment pu être établie à partir de l'étude de la jurisprudence relative à respect des exigences de différence de traitement. L'analyse du droit français et italien a fait ressortir qu'il est nécessaire de vérifier la compatibilité de la norme étrangère avec la finalité de la différence de traitement, définie en fonction de ce que dicte la conception de la famille du for. Encore faut-il savoir à quel volet de la matière familiale il convient de confronter les situations et les prérogatives inconnues dans le droit du for. À cet égard, nous avons mis en lumière que, dans le cadre de tout contrôle d'égalité, les juges opèrent implicitement mais nécessairement une qualification des situations dans le but de sélectionner les exigences substantielles d'égalité pertinentes. La solution à laquelle conduit le contrôle d'égalité s'est révélée être grandement tributaire de cette opération. Cela est d'autant plus vrai que la mesure dans laquelle la continuité des situations peut être garantie, notamment là où le respect d'une exigence substantielle d'égalité conduirait à la discontinuité des situations, dépend toujours de la tolérance de l'ordre juridique du for à des formes familiales ou à des prérogatives inconnues en droit national. Or, la qualification détermine à quel volet de la famille de droit national doit être rapprochée la situation inconnue et, par conséquent, à quelles exigences substantielles d'égalité la norme étrangère sera confrontée.

1244. Rappelons, par ailleurs, que la mise en balance avec d'autres droits fondamentaux que l'égalité peut conduire les juges à admettre une dérogation aux exigences substantielles de différence de traitement du for. Il en est allé ainsi dans l'arrêt *Orlandi*²⁵⁰⁴, qui a exigé de reconnaître des mariages entre personnes de même sexe en Italie. La primauté donnée, non pas aux exigences substantielles d'égalité du for, mais à d'autres droits fondamentaux, tels que la vie privée et familiale garantie par la CESDH ou la liberté de circulation dans l'Union européenne, peut ainsi également conduire à reconnaître une situation là où le respect de la conception interne de la famille aurait conduit à la refuser. Plus généralement, les juridictions européennes ont exigé la reconnaissance de situations créées à l'étranger au nom des droits

²⁵⁰⁴ CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n^{os} 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc.

fondamentaux là où les États européens l'avaient refusée. Il est possible de lire à cet égard que le principe d'égalité est susceptible de constituer l'un de ces droits²⁵⁰⁵. La question se posait ainsi de savoir dans quelle mesure le respect des exigences substantielles d'égalité européennes est susceptible d'imposer aux États la reconnaissance de situations étrangères.

1245. Or, la protection des dispositions d'égalité peut exiger aussi bien la reconnaissance que le refus de reconnaissance de ces situations. Lorsque la situation créée à l'étranger caractérise une différence de traitement que le for considère comme illégitime, la protection de ce droit fondamental exige que la reconnaissance soit refusée. La confrontation des répudiations aux exigences substantielles d'égalité des ordres juridiques qui exigent que les hommes et les femmes soient traités à égalité en avait déjà offert un exemple.

Il n'en reste pas moins que la protection d'exigences substantielles d'égalité peut également exiger la reconnaissance de situations créées à l'étranger. Rappelons, par exemple, que la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger est nécessaire au nom des exigences substantielles d'égalité des ordres juridiques nationaux qui ouvrent ce droit au mariage en droit interne²⁵⁰⁶.

1246. Il est cependant apparu que les juridictions européennes n'ont jamais exigé la reconnaissance de situations étrangères au nom d'une exigence substantielle d'égalité définie au niveau supranational. La doctrine a considéré que la reconnaissance avait déjà été exigée sur le fondement d'une disposition d'égalité par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Wagner*²⁵⁰⁷ et dans l'arrêt *Négrépontis-Giannisis*²⁵⁰⁸. Néanmoins, ces affaires ne posaient pas des questions relatives à l'exigence substantielle d'identité de traitement de situations comparables qui fait la spécificité du principe d'égalité. Elles concernaient en revanche la simple interdiction de traitements arbitraires, c'est-à-dire la différence de traitement de situations analogues, différenciées uniquement par leur altérité. Les juridictions européennes n'ont ainsi jamais imposé, pour l'heure, la reconnaissance de situations créées à l'étranger au nom du respect d'une exigence substantielle d'égalité.

1247. Une explication a pu en être proposée. Il a été possible de montrer que la reconnaissance au nom d'une exigence substantielle d'égalité est subordonnée au respect d'une condition. En

²⁵⁰⁵ V. notamment S. PFEIFF, « Reconnaissance et théorie générale du droit international privé », in H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexis Nexis, Paris, 2019, pp. 171 à 184.

²⁵⁰⁶ V. *supra*, § 277 et s.

²⁵⁰⁷ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01, préc.

²⁵⁰⁸ CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, req. n° 56759/08, préc.

effet, puisque les contenus de l'égalité sont définis au niveau du droit national, pour qu'une juridiction européenne exige la reconnaissance au nom du principe d'égalité, elle doit également considérer que ce même principe est violé si la même situation ne peut pas être créée en droit interne. Cela a ainsi permis d'expliquer pourquoi, par exemple, dans les arrêts *Orlandi*²⁵⁰⁹ et *Coman*²⁵¹⁰, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice n'auraient pas pu, en l'état actuel de la jurisprudence, fonder l'exigence de reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe sur l'une des dispositions d'égalité consacrées par la Convention. En effet, cela aurait été possible uniquement si elles avaient considéré que le refus de célébrer cette union dans un État partie au Conseil de l'Europe ou membre de l'Union européenne était contraire à la même disposition d'égalité.

La reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger ne sera ainsi pas imposée par une juridiction européenne au nom d'une disposition d'égalité tant que cette dernière ne considérera pas que le refus d'ouvrir ce droit au mariage au niveau national est contraire à cette même disposition d'égalité.

Dès lors, il n'est pas possible de considérer que ce second facteur favorise véritablement la circulation des situations dans le cadre d'un contrôle d'égalité.

La condition à respecter pour que le principe d'égalité commande la reconnaissance est lourde de conséquences, la rendant rarement opportune. Ainsi le respect du principe d'égalité, pris en tant que droit fondamental dont les juridictions européennes assurent le respect, ne favorise pas la reconnaissance des situations créées à l'étranger de la même manière que l'exigence de respect du droit à la vie privée et familiale ou du droit à la libre circulation a pu le faire dans la jurisprudence des Cours européennes.

1248. En définitive, il ressort de ces analyses que la continuité des situations dans le cadre du contrôle d'égalité est conditionnée par la qualification spécifique au contrôle d'égalité. Cette opération vise à sélectionner les exigences substantielles d'égalité pertinentes. La continuité des situations dépend également de la tolérance à des situations familiales inconnues en droit national dont la conception de la famille du for peut faire preuve. Les exceptions dictées par le respect d'exigences supranationales d'égalité seront probablement rares et ne seront pas suffisantes pour affecter de manière sensible la mise en balance entre continuité et égalité dont la conception de la famille du for constitue la tare.

²⁵⁰⁹ CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n^{os} 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc.

²⁵¹⁰ CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-637/16, préc.

Conclusion de la troisième partie

1249. La relativité des exigences substantielles d'égalité découle de leur caractère non international joint à leur caractère particulariste. Les ordres juridiques sont susceptibles d'adopter des solutions inconciliables au nom du même principe, et ce, indépendamment de leur appartenance ou non à une même communauté de valeurs. L'équilibre entre la garantie de la continuité des situations et la protection du principe d'égalité qui semblait pouvoir reposer sur l'internationalité et l'universalisme attribué à ce principe a dû être remis en cause. Il était donc nécessaire de rechercher un autre éventuel fondement pouvant amener à leur conciliation. La question était plus précisément de savoir si la prise en compte d'autres facteurs était susceptible de réduire le risque que la protection des exigences substantielles d'égalité du for conduise à la discontinuité des situations, et de permettre ainsi de combiner ces passions coexistantes en droit international privé de la famille.

1250. À ce titre, il a été nécessaire de remarquer que le choix de la méthode de résolution du litige privé international affecte habituellement les chances qu'une situation créée à l'étranger soit reconnue dans le for et les chances qu'une situation créée dans le for soit reconnue à l'étranger. Il convenait ainsi de déterminer si cette influence perdure lorsqu'il est nécessaire d'opérer un contrôle d'égalité. La réponse a cependant été négative.

1251. Il a été démontré que certaines techniques sont interchangeables. Par exemple, lorsqu'un contrôle d'égalité doit être opéré, l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité ou leur protection par le biais de l'ordre public international sont susceptibles d'amener au même résultat. Il en va de même pour le choix d'appliquer la méthode conflictuelle ou la méthode de la reconnaissance relativement à des situations créées à l'étranger. La raison tient à des spécificités du contrôle d'égalité.

En ce qui concerne la méthode de la reconnaissance et la méthode conflictuelle, l'indifférence du choix entre ces méthodes concernant les chances de reconnaître une situation créée à l'étranger tient, d'une part, au fait que la solution que commandent en principe les exigences substantielles d'égalité n'est pas affectée par les spécificités internationales des situations, et notamment par le fait que la situation ait déjà été créée à l'étranger ou qu'on en demande la création devant le juge du for. Cet élément affecte uniquement la décision relative à l'admissibilité des dérogations aux contenus de l'égalité.

Cela tient, d'autre part, à l'unicité de l'objet du contrôle d'égalité. Il a notamment été possible

de comprendre que la norme étrangère que le juge doit analyser lorsqu'une question d'égalité se pose est toujours une loi étrangère. Il peut s'agir soit de la loi dont l'application est désignée par les règles de conflit du for, soit de la loi qui a été appliquée par l'autorité étrangère ayant créé la situation. Nous avons d'ailleurs rappelé à cet égard que le contrôle d'égalité spécifique au droit international privé ne porte que sur les lois étrangères. Lorsqu'il est question de la conformité à l'égalité de dispositions issues du droit du for, fussent-elles des règles matérielles ou des règles de conflit de lois, il sera nécessaire d'opérer un contrôle de la conventionnalité ou de la constitutionnalité des lois. Il ne s'agit donc pas d'un contrôle spécifique à la matière privée internationale. Dans ce cas en effet, les dispositions du for sont confrontées aux dispositions d'égalité garanties et à la règle de l'égalité de traitement que ces dernières sous-entendent. Ce contrôle correspond à celui qui a été décrit dans la première partie de cette étude, relativement à la définition des exigences substantielles d'égalité. L'analyse de la conformité du droit du for aux dispositions d'égalité se distingue donc nécessairement du contrôle consistant à confronter les normes étrangères à ces dernières.

L'autre exemple que nous avons détaillé est celui de l'équivalence de la protection des exigences substantielles d'égalité à travers l'ordre public international ou par leur application directe. Ici, c'est l'admissibilité de dérogations à la solution que le strict respect des exigences substantielles d'égalité commanderait qui rend indifférent le choix en termes de continuité des situations. Les dérogations permettent en effet de moduler le résultat du contrôle d'égalité en mettant en balance des intérêts coexistant en droit international privé, de la même manière que le recours à l'ordre public international le permet.

1252. En revanche, le choix de certaines techniques de droit international privé influence positivement ou négativement les chances d'aboutir à la continuité des situations, y compris lorsqu'un contrôle d'égalité doit être opéré. Tel est le cas des méthodes de désignation du droit applicable aux demandes de création de situations, et en ce qui concerne les demandes de reconnaissance de situations créées à l'étranger, du choix entre la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto* ou *in abstracto*, et encore du choix de dissocier ou non le contrôle de la validité et des effets d'une situation créée à l'étranger.

Néanmoins, force a été de constater que la méthode de résolution du litige est toujours choisie en fonction de l'importance donnée par l'ordre juridique du for à l'exigence substantielle d'égalité en cause, et plus exactement de la volonté de tolérer ou non des normes étrangères non conformes aux exigences substantielles d'égalité du for.

Le choix de la méthode de résolution du litige privé international ne s'est donc pas révélé être

un facteur permettant de réintroduire une part de continuité là où le contrôle d'égalité conduit à la discontinuité des situations.

1253. Cela nous a amenée à conclure que, si équilibre entre la protection des exigences substantielles d'égalité et la continuité des situations il y a, il est uniquement dicté par le premier de ces termes, en fonction notamment de la tolérance dont l'ordre juridique du for peut faire montre lorsque la norme étrangère n'est pas conforme au contenu de l'égalité en cause. Il a ainsi été nécessaire de déterminer l'élément qui dicte si l'ordre juridique pourra faire preuve de tolérance. Cet élément s'est révélé être celui qui guide la définition des exigences substantielles d'égalité, et donc, en matière familiale, la conception de la famille du for, telle qu'influencée par les exigences substantielles d'égalité de source supranationale. Il en est ressorti qu'une norme étrangère est conforme aux exigences substantielles d'égalité dès lors qu'elle est compatible avec la conception de la famille du for. En cas de contrariété de principe entre la norme étrangère et l'exigence substantielle d'égalité en cause, la réponse à la question de savoir si la continuité des situations pourra être garantie dépend de l'ouverture de l'ordre juridique à des situations familiales éloignées de la conception de la famille du for. Cela a d'ailleurs permis d'expliquer pourquoi, parfois, le contrôle d'égalité n'est pas opéré en dépit de sa pertinence. Tel est notamment le cas lorsque la solution a déjà été considérée par les juges comme compatible avec la conception de la famille du for. Ce constat rend en effet superflue la mise en œuvre du contrôle d'égalité. Le résultat auquel ce dernier conduirait serait nécessairement identique à celui de la confrontation directe de la norme étrangère à la conception de la famille du for.

1254. Il restait ainsi uniquement à savoir si l'influence supranationale, et notamment européenne, qui s'exerce sur la définition des conceptions nationales de la famille, était apte à accroître la part faite à la continuité des situations. Cette question se posait notamment en raison du fait qu'au cours de ces dernières années les juridictions européennes ont exigé la reconnaissance de situations créées à l'étranger au nom des droits fondamentaux. Il convenait ainsi de savoir s'il peut en aller de même, spécifiquement, au nom des exigences substantielles d'égalité européennes. En effet, si le respect des dispositions d'égalité pouvait conduire à la continuité des situations de la même manière que cela a été le cas au nom du droit à la vie privée et familiale ou de la libre circulation, un équilibre aurait pu être envisagé entre égalité et continuité. Dans cette hypothèse, les cas de discontinuité auraient en effet été limités par les exigences européennes.

Cependant, le respect de certains droits fondamentaux est susceptible d'exiger aussi bien la

reconnaissance que le refus de reconnaissance, et le principe d'égalité en fait partie. De plus, les cas dans lesquels le respect de ce principe est susceptible d'exiger la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger sont limités. Il a en effet été expliqué que la reconnaissance est nécessaire au nom du principe d'égalité uniquement lorsque le respect d'une exigence substantielle d'égalité du for, ou définie au niveau supranational, commande que la même situation soit créée en droit interne.

1255. Il s'ensuit que le choix de la méthode de résolution du litige privé international ne peut pas figurer parmi les critères qui influencent les chances qu'un contrôle d'égalité conduise à assurer la continuité des situations. Il en va de même pour l'exigence de reconnaissance des situations créées à l'étranger au nom des droits fondamentaux, et notamment des dispositions d'égalité consacrées au niveau européen : la continuité ne sera que très exceptionnellement exigée par les juridictions européennes au nom des exigences substantielles d'égalité qu'elles définissent. Ces critères sont en revanche la tolérance dont la conception de la famille peut faire preuve lorsque le juge est confronté à une prérogative ou à une forme familiale inconnue en droit national et, en amont, l'opération de qualification spécifique au contrôle d'égalité, destinée à sélectionner les exigences substantielles d'égalité pertinentes.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1256. L'étude qui a été présentée permet de porter un regard nouveau sur le principe d'égalité en droit international privé, un regard qui ne se limite pas à appréhender ce dernier en tant que principe internationalement reconnu ou principe ayant une vocation universelle.

Cette étude avait en effet pour objectif de mettre en lumière un autre aspect du principe d'égalité, souvent délaissé ou relégué à une analyse exclusivement théorique du droit. Il s'agit du caractère purement méthodologique des exigences que le principe d'égalité pose.

1257. L'internationalité de ce principe amène la doctrine à considérer que sa protection en droit international privé de la famille n'est pas un vecteur d'éloignement des ordres juridiques. Puisque la plupart des ordres juridiques garantissent le principe d'égalité, sa protection n'est pas censée amener ces derniers à adopter des solutions inconciliables. Le risque de discontinuité des situations au nom du principe d'égalité semble ainsi relégué aux affaires confrontant un ordre juridique qui le garantit aux normes issues d'ordres juridiques qui ne le garantissent pas. L'harmonie internationale des solutions s'accommoderait alors d'autant plus de ces rares cas de discontinuité qu'il s'agit d'un principe considéré comme fondamental dans la plupart des ordres juridiques.

1258. La question de la garantie de la continuité des situations dans le cadre de la protection du principe d'égalité semblait ainsi pouvoir être ramenée à la dichotomie opposant classiquement les ordres juridiques appartenant à une même communauté de valeurs et les autres.

1259. La prise en compte du caractère purement méthodologique du principe d'égalité a néanmoins conduit à comprendre que les dispositions d'égalité sont interprétées et appliquées de sorte à aboutir au résultat souhaité. Contrairement à l'impression qui se dégage au sein de la doctrine, le principe d'égalité n'a pas un contenu qui lui est propre. Plus exactement, les exigences substantielles d'égalités définies par un ordre juridique, c'est-à-dire l'ensemble des exigences de garantir des prérogatives données à certaines catégories, et de les refuser à d'autres, ne découlent pas des dispositions d'égalité consacrées. Il a en effet été indiqué que le principe d'égalité exige que les situations comparables soient traitées de manière identique et que les situations dissemblables soient traitées de manière différente, à moins que des dérogations ne soient admises dans le but de protéger certains intérêts. Les dispositions d'égalité qui sous-entendent la règle de l'égalité de traitement sont notamment le principe d'égalité des

droits, le principe d'égalité devant la loi pris dans son acception extensive et les interdictions générales de la discrimination. La règle de l'égalité de traitement, et *a fortiori* ces dispositions d'égalité, ne fournissent cependant pas d'éléments permettant de déterminer quelles situations sont comparables et lesquelles sont différentes. Les exigences substantielles d'égalité ne sont pas définies sur la seule base de ces dispositions d'égalité. Un jugement de valeur est nécessaire. Les dispositions consacrant des interdictions des discriminations fondées sur des critères énumérés permettent, quant à elles, de savoir quelles catégories doivent être considérées comme comparables les unes aux autres. Ces dernières cependant, comme toute autre disposition d'égalité, ne sont pas susceptibles d'exclure qu'un ordre juridique admette une dérogation à la règle de l'égalité de traitement. D'ailleurs, en droit de la famille, cette possibilité n'est concrètement jamais exclue par le droit des ordres juridiques français et italien que nous avons analysé au cours de cette étude.

1260. Ainsi, force a été de déduire que les exigences substantielles d'égalité dont le respect sera susceptible de s'imposer en droit international privé de la famille sont définies par chaque autorité nationale et supranationale compétente à cet égard. Pour ce faire, ces dernières doivent opérer l'analyse de la comparabilité des situations, exception faite des cas couverts par des interdictions de discriminations, et déterminer si un traitement différent de situations comparables ou bien un traitement identique de situations dissemblables se justifie au nom de la protection d'un intérêt considéré comme légitime. Il est d'ailleurs apparu qu'en matière familiale, ce travail est opéré par les ordres juridiques nationaux au niveau du droit interne. Les autorités nationales prendront en compte, dans ce cadre, des exigences substantielles d'égalité éventuellement définies au niveau supranational.

L'internationalité des exigences substantielles d'égalité n'a donc pas pu être vérifiée dans la mesure où ces dernières ne découlent pas des dispositions d'égalité consacrées au niveau national et supranational dans le monde.

1261. S'est ainsi posée la question de connaître le facteur en fonction duquel ces exigences d'égalité sont définies. Il n'était en effet pas exclu que les ordres juridiques appartenant à la même communauté de valeurs définissent des contenus de l'égalité similaires. Cela aurait d'ailleurs pu justifier de conférer une vocation universelle à ces derniers puisque des exigences similaires auraient pu être trouvées dans de nombreux autres pays.

1262. L'analyse a cependant permis de montrer que les ordres juridiques nationaux définissent les exigences substantielles d'égalité en fonction de leur conception de la famille. Or,

l'existence d'une communauté de valeurs entre ordres juridiques n'implique pas l'identité des statuts familiaux juridiquement reconnus, ni la similarité des droits attachés aux différents statuts familiaux. L'étude du droit de la famille français et italien a permis de le démontrer. La conception de la famille est, certes, définie en fonction de valeurs générales. Elle se concrétise cependant par de nombreux choix, relatifs notamment aux prérogatives qu'il convient de consacrer, des catégories qui doivent en bénéficier et, encore davantage, des catégories qui doivent en être exclues. Le caractère particulariste des exigences substantielles d'égalité conduit ainsi à nuancer la portée de l'appartenance de ces derniers à une même communauté de valeurs.

1263. La question s'est alors posée de savoir si la définition des exigences substantielles, notamment par les institutions européennes, est effectuée en fonction de critères objectivables, permettant de restituer une vocation universelle, ou *a minima*, européenne, aux exigences substantielles d'égalité dont le respect est imposé par la Cour européenne des droits de l'homme et par le droit de l'Union européenne. La réponse à cette question s'est cependant révélée être négative.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il a en effet été possible de mettre en lumière une conception familiale évolutive dessinée par les juges de Strasbourg et guidant les décisions relatives à la conformité des solutions nationales aux dispositions d'égalité consacrées dans la Convention. La preuve en a été donnée par le fait que le standard de contrôle appliqué par les juges de Strasbourg, ainsi que la définition retenue des droits consacrés par la Convention, a parfois été orienté par le résultat recherché, lequel était tourné vers la protection d'une conception de la famille donnée.

En revanche, en ce qui concerne le droit de l'Union européenne, il a été possible de montrer que le contrôle de la conformité des solutions nationales aux exigences substantielles d'égalité définies à ce niveau, notamment par la Cour de justice, est orienté vers le respect des conceptions de la famille des États membres, à moins que la poursuite des objectifs propres de l'Union ne commande un résultat différent.

1264. La vocation universelle des exigences substantielles d'égalité a donc dû être discutée puisqu'elle repose uniquement sur l'importance que les ordres juridiques attribuent unilatéralement à chacune des exigences substantielles d'égalité qu'ils définissent. Pour la même raison, la pertinence de la distinction entre les États appartenant ou non à une même communauté de valeurs a également dû être discutée. Cette dichotomie ne s'est notamment pas révélée être opportune pour répondre à la question de savoir si les solutions commandées par les exigences substantielles d'égalité et par l'objectif de la continuité des situations convergent :

à l'aune du caractère méthodologique du principe d'égalité et de la relativité des exigences substantielles d'égalité, l'internationalité et la vocation universelle de ces dernières ont dû être réfutées. Cela a alors eu pour conséquence de contester la possibilité de trouver un équilibre entre égalité et continuité des situations sur le fondement de ces attributs du principe d'égalité. Il n'est en effet pas possible d'exclure qu'une situation créée dans un ordre juridique conformément au principe d'égalité ne soit pas reconnue dans un autre ordre juridique au nom du même principe. L'appartenance des ordres juridiques en cause à une même communauté de valeurs n'affecte pas ce constat. Les solutions auxquelles peut conduire un contrôle d'égalité sont en effet multiples. Deux situations peuvent être considérées comme étant comparables ou différentes. L'entorse éventuelle à la règle de l'égalité de traitement peut ou non être légitimée par la poursuite d'une pluralité d'intérêts, et ce, à condition de considérer que ces derniers sont dignes de protection et que l'atteinte à l'exigence d'égalité est proportionnée. Dès lors, le traitement différent de deux situations peut être considéré comme légitime aussi bien par un ordre juridique qui ne garantit pas le principe d'égalité que par un ordre juridique qui le garantit. La discontinuité des situations au nom du principe d'égalité est donc susceptible de résulter d'une simple divergence dans les exigences substantielles d'égalité définies par les ordres juridiques. Néanmoins, en raison de la subordination de ces définitions à la conception de la famille de l'ordre juridique national, leur divergence reflète finalement une dissension dans la définition des statuts familiaux et des droits qui en découlent.

1265. Puisque l'équilibre entre la continuité des situations et le principe d'égalité ne peut reposer ni sur le caractère international ni sur l'universalisme des exigences substantielles d'égalité, la question qui se posait était alors de savoir s'il était possible de tempérer les cas où le contrôle d'égalité conduit à la discontinuité des situations. L'hypothèse qu'il convenait de mettre à l'épreuve tenait notamment à l'influence du choix de la méthode de résolution du litige privé international sur le résultat d'un contrôle d'égalité.

Force a été de constater que cette influence est parfois inhibée lorsque ce contrôle doit être opéré. Cette indifférence pour le choix de la méthode découle de plusieurs spécificités du contrôle d'égalité. Cela a trait au fait que l'objet de l'examen est toujours une loi étrangère, indépendamment du fait que le juge doive se prononcer sur l'application de celle-ci ou sur la reconnaissance d'une décision étrangère. L'indifférence tient également au fait que la solution que commande en principe le respect des exigences substantielles d'égalité ne varie pas selon que le juge est confronté à une demande de création d'une situation, ou à une demande de reconnaissance d'une situation créée à l'étranger. L'équivalence des résultats obtenus dépend

enfin du fait que la méthodologie même du principe d'égalité exige de s'interroger sur l'admissibilité de dérogations aux exigences substantielles d'égalité. À travers l'analyse de ces éléments, il a notamment été possible de montrer pourquoi le choix entre la méthode de la reconnaissance et la méthode conflictuelle est indifférent, et pourquoi il en va de même pour le choix de protéger les exigences substantielles d'égalité à travers leur application immédiate ou par le biais de l'ordre public international.

1266. Le choix d'autres techniques influence en revanche le résultat du contrôle d'égalité en termes de continuité des situations. Tel est par exemple le cas de la décision de ne pas dissocier le contrôle de la validité et des effets de la situation créée à l'étranger. Il en va de même pour la préférence pour la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto* plutôt qu'*in abstracto*. Tel est encore le cas de l'application de la méthode de la prise en considération dans le cadre de demande de reconnaissance de situations créées à l'étranger. Il en est, enfin, ainsi relativement à plusieurs techniques de désignation de la loi applicable à des demandes de création de situations. L'effet du choix de la méthode de résolution du litige privé international sur la continuité des situations a cependant dû être relativisé. La sélection de la méthode de résolution du litige privé international est en effet guidée par le résultat souhaité, notamment dans l'optique de s'assurer que les exigences substantielles d'égalité du for font l'objet de la protection jugée nécessaire. C'est la force avec laquelle l'ordre juridique exige le respect de chaque contenu de l'égalité qui influence le choix de la méthode, et non le contraire.

Il en est ressorti que le choix de la technique de résolution du litige de droit international privé de la famille n'est pas apte à influencer le résultat de ce contrôle. Au contraire, la technique à appliquer est choisie en fonction du niveau de protection souhaité de l'exigence substantielle d'égalité en cause.

1267. La réponse à la question de savoir si un contrôle d'égalité peut conduire à la continuité des situations lorsqu'en principe la norme étrangère contraste avec la solution commandée par l'exigence substantielle d'égalité du for, dépend ainsi uniquement de l'importance que l'ordre juridique donne à cette dernière. Or, cette décision dépend du facteur même qui guide la définition des exigences substantielles d'égalité. Au cours de cette étude, nous avons compris qu'il s'agit de la conception de la famille du for, telle qu'elle résulte des mœurs du pays et de l'influence qui s'exerce au niveau supranational. Plus exactement, concernant les demandes de reconnaissance de situations créées à l'étranger, c'est l'ouverture aux situations familiales inconnues du droit national qui dicte dans quelle mesure des dérogations aux exigences substantielles d'égalité pourront être admises et qui détermine, par conséquent, si la continuité

des situations sera garantie. Face aux demandes de création de situations dans le for, c'est en fonction de l'importance donnée à la forme familiale que les autorités du for décideront s'il convient de faire droit à ces demandes en dépit du fait que la situation risque de ne pas pouvoir circuler.

1268. Cela nous conduit à conclure que l'élément dictant le résultat du contrôle d'égalité est l'importance que l'ordre juridique du for attribue aux différents volets de sa conception de la famille, c'est-à-dire à la création ou reconnaissance de situations familiales et à l'attribution des droits qui découlent des différents statuts familiaux. Un autre élément s'est révélé influencer ce résultat. Il s'agit de l'opération de qualification spécifique au contrôle d'égalité. Celle-ci permet de sélectionner les exigences substantielles d'égalité pertinentes dans les affaires où un contrôle d'égalité est nécessaire. Il s'agit d'une opération qui est toujours opérée de manière implicite mais nécessaire par les juges et elle se confond parfois, mais pas toujours, avec la qualification conduisant à déterminer la règle de conflit pertinente.

La nécessaire conformité des solutions nationales aux exigences substantielles d'égalité européennes ne change pas le résultat de ces analyses de manière substantielle. Le respect des exigences substantielles d'égalité peut en effet commander aussi bien la reconnaissance que la non-reconnaissance des situations créées à l'étranger. De plus, la condition pour que la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger soit imposée par une juridiction européenne au nom d'une exigence substantielle d'égalité est lourde de conséquences. En effet, tel est le cas uniquement lorsque la création de la même situation est jugée nécessaire au nom du principe d'égalité. Ainsi, ni la Cour européenne des droits de l'homme, ni la Cour de justice ne sauraient fonder l'exigence de reconnaître un mariage célébré à l'étranger sur une disposition d'égalité, à moins de considérer que le refus de célébrer la même union en droit interne dans l'État concerné est nécessaire au nom de la même disposition d'égalité. Les cas où une juridiction européenne serait susceptible d'imposer à un État de reconnaître une situation créée à l'étranger au nom d'une disposition d'égalité seront, par conséquent, surement limités.

1269. Les hypothèses de tempérament des cas où le contrôle de la conformité des normes étrangères aux exigences substantielles d'égalité du for conduit à la discontinuité des situations n'ont donc pas pu être confirmées. Lorsque le respect d'une exigence substantielle d'égalité commande en principe la discontinuité actuelle ou potentielle des situations, un résultat inverse pourra ou ne pourra pas être garanti selon l'importance que l'ordre juridique du for accorde à cette exigence d'égalité. Or, l'importance de cette dernière est corrélée à l'ouverture de la conception de la famille du for aux situations inconnues du droit national.

1270. En définitive, lorsque la contrariété d'une norme étrangère à une exigence substantielle d'égalité du for est relevée, un choix s'impose. La conception du for du principe d'égalité peut être protégée au détriment de la continuité des situations, en acceptant que la solution soit guidée par un souci de protection de la conception de la famille du for. Alternativement, l'importance accordée aux exigences substantielles d'égalité peut être diminuée. Cela amènerait à privilégier davantage les méthodes de résolution du litige favorisant la continuité et, dans le cadre de la mise en balance d'autres intérêts avec la conception du for du principe d'égalité, de laisser une place plus importante à ceux qui commandent de reconnaître des situations créées à l'étranger et de limiter les cas de création de situations susceptibles de ne pas être reconnues à l'étranger.

1271. Une solution existerait pour que le droit international privé n'ait plus à renoncer à garantir la continuité des situations au nom de la protection d'exigences substantielles d'égalité relatives, empreintes de particularismes nationaux. Pour que la protection des contenus de l'égalité d'un ordre juridique n'exige pas de refuser de reconnaître des situations créées à l'étranger, il serait nécessaire d'agir sur la source de la divergence des exigences substantielles d'égalité entre les ordres juridiques, c'est-à-dire sur la définition de la conception de la famille. Indépendamment du jugement positif ou négatif que chacun porterait sur l'opportunité d'y procéder, l'unification des droits internes de la famille serait la condition *sine qua non* pour que l'aspiration pour la continuité des situations puisse être satisfaite²⁵¹¹, sans renoncer à protéger les exigences substantielles définies par chaque ordre juridique qui garantit le principe d'égalité²⁵¹².

Une mise en garde s'impose cependant à l'adresse des partisans d'une telle évolution du droit. Madame LOCHAK rappelle que la définition de normes communes, et notamment – ajouterions-nous – d'exigences substantielles d'égalité internationales et interétatiques, serait effectivement le « signe de leur universalité »²⁵¹³ uniquement si cela résultait « d'une adhésion partagée et non de l'imposition à l'ensemble du monde d'une conception qui serait en réalité

²⁵¹¹ Plus généralement, concernant l'uniformisation du droit comme moyen de résoudre le conflit de lois v. Ch.-P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, vol. 330, 2007, pp. 15-446 ; V. ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Paris, 2010.

²⁵¹² Sur les obstacles parsemés sur ce parcours en relation aux droits de la famille des seuls États membres de l'Union européenne v. L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, *op. cit.*, p. 275 et s. et spéc. pp. 385-393. Concernant les perspectives d'évolution permettant d'aboutir à une communauté de valeurs là où aujourd'hui existe un conflit de cultures v. L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, pp. 233-489, spéc. pp. 255-479.

²⁵¹³ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 168.

purement occidentale »²⁵¹⁴. Certes, encore faudrait-il qu'une conception occidentale unitaire puisse être définie en matière familiale, ce qui n'est actuellement pas le cas. Toutefois, l'avertissement de l'auteure retrouve tout son sens dans l'hypothèse d'une unification des droits de la famille par étapes, qui passerait, par exemple, par la définition d'un droit de la famille européen. Elle rappelle que la mondialisation du droit pourrait résulter « d'un mimétisme apparemment spontané, mais en réalité contraint qui pousse les États à se rallier au modèle juridique des pays les plus puissants ou les plus influents »²⁵¹⁵. Dans ce cas, la conciliation entre le souci de garantir la continuité des situations et le principe d'égalité ne résulterait pas de concessions réciproques, ou d'évolutions parallèles allant dans une même direction, mais de l'adhésion progressive à un seul et unique point de vue. Si ce travail devait être entrepris, il conviendrait ainsi de se garder du risque d'étouffer les différences culturelles et la richesse intellectuelle qui en découle, et notamment la diversité des conceptions de la famille des ordres juridiques²⁵¹⁶.

²⁵¹⁴ *Idem*. Dans le même sens v. N. ROULAND, « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTD Civ.*, n° 2, 1994, pp. 287-320 : « Car les droits de l'homme ne peuvent être que le fruit de réinterprétations mutuelles de traditions culturelles spécifiques. » (§8) ; « Le pari universaliste n'en est pas pour le moins perdu. Mais l'universalisme ne se décrète pas, il se construit » (§ 67).

²⁵¹⁵ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, pp. 57-58. Pour une analyse de l'influence de liens de dépendance entre pays sur la mondialisation v. J. CHEVALLIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in C.-A. MORAND (dir.), *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 42.

²⁵¹⁶ V. en ce sens D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 35 qui soulignent que « la tâche de l'internationaliste [est de veiller] à ce que l'emprise de la volonté ne se fasse pas au prix d'une dévaluation du bien commun, que la recherche de l'uniformité ne porte pas atteinte à la diversité culturelle et que les intérêts étatiques ne conduisent pas au sacrifice des intérêts traditionnellement pris en charge par le droit privé. Vaste programme... ».

ANNEXE :

LISTE DES ARRÊTS DE LA CEDH CONCERNANT L'ÉGALITÉ

DE TRAITEMENT EN MATIÈRE FAMILIALE

Recherche clôturée le 14 septembre 2018. V. l'explication de la recherche *supra*, §§ 632-636.

Non-caractérisation de la vie familiale

- Comm. EDH, 3 mai 1983, *X. et Y. c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 9369/81
- Comm. EDH., 19 mai 1992, *Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas* (déc.), req. n° 15666/89
- CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne* (déc.), req. n° 56501/00
- CEDH, 13 janvier 2004, *Haas c. Pays-Bas*, req. n° 36983/97
- CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04
- CEDH, 22 juillet 2010, *P.B. et J.S. c. Autriche*, req. n° 18984/02

Égalité des enfants nés dans et hors mariage

- CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74
- CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, req. n° 8695/79
- CEDH, 1er février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97
- CEDH, 3 octobre 2000, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, req. n° 28369/95
- CEDH, 11 octobre 2001, *Hoffmann c. Allemagne*, req. n° 34045/96
- CEDH, 22 décembre 2004, *Merger et Cros c. France*, req. n° 68864/01
- CEDH, 28 mai 2009, *Brauer c. Allemagne*, req. n° 3545/04
- CEDH, 9 février 2017, *Mitzinger c. Allemagne*, req. n° 29762/10

Égalité femme-homme

- CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79
- CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° 9214/80
- CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, req. n° 14518/89
- CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90
- CEDH, 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, req. n° 20060/927
- CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n° 20458/92
- CEDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, req. n° 36042/97
- CEDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, req. n° 29865/96
- CEDH, 8 novembre 2005, *D.D. c. France*, req. n° 3/02
- CEDH, 10 mai 2007, *Runkee et White c. Royaume-Uni*, req. n° 42949/98
- CEDH, 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, req. n° 44399/05
- CEDH, 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, req. n° 664/06
- CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n° 30078/06
- CEDH, 2 octobre 2012, *Hulea c. Roumanie*, req. n° 33411/05
- CEDH, 28 mai 2013, *Leventoglu Abdulkadiroglu c. Turquie*, req. n° 7971/07
- CEDH, 3 septembre 2013, *Tuncer Güneş c. Turquie*, req. n° 26268/08
- CEDH, 10 décembre 2013, *Tanbay Tüten c. Turquie*, req. n° 38249/09
- CEDH, 7 janvier 2014, *Cusan et Fazzo c. Italie*, req. n° 77/07

Droit à l'égalité de traitement des individus transsexuels

- CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81
CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84
CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, req. n° 13343/87
CEDH, 22 avril 1997, *X, Y ET Z c. Royaume-Uni*, req. n° 21830/93
CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n°s 22985/93 et 23390/94
CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95
CEDH, 11 septembre 2007, *L. c. Lituanie*, req. n° 27527/03
CEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n° 37359/09

Non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle

- CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96
CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne* (déc.), req. n° 56501/00
CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97
CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98
CEDH, 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n° 43546/02
CEDH, 2 mars 2010, *Kozak c. Pologne*, req. n° 13102/02
CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04
CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07
CEDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09
CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11
CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, req. n° 40183/07
CEDH, 14 juin 2016, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, req. n° 35214/09
CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, req. n° 51362/09.
CEDH, 26 octobre 2017, *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, req. n° 28475/12
CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12

Égalité de traitement du couple endogame et exogame

- CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, req. n° 36536/02

Égalité de traitement selon que le couple soit marié ou non

Effets de l'union

- Comm. EDH, 11 novembre 1986, *Lindsay c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 11089/84
CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston c. Irlande*, req. n° 9697/82
CEDH, 27 avril 2000, *Shackell c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 45851/99
CEDH, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05
CEDH, 4 novembre 2008, *Courten c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 4479/06
CEDH, 10 février 2011, *Korosidou c. Grèce*, req. n° 9957/08

Effets relatifs aux enfants

- CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, req. n° 18535/91
CEDH, 3 décembre 2009, *Zaunegger c. Allemagne*, req. n° 22028/04
CEDH, 3 février 2011, *Sporer c. Autriche*, req. n° 35637/03
CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07
CEDH, 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07

Comparaison entre partenariat enregistré et mariage

CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04

CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, req. n° 40183/07

Comparaison entre mariage religieux et mariage civil

CEDH, 2 novembre 2010, *Şerife Yiğit c. Turquie*, req. n° 3976/05

Comparaison entre mère biologique et mère adoptive

CEDH, 14 novembre 2013, *Topčić-Rosenberg c. Croatie*, req. n° 19391/11

Comparaison entre enfants né hors mariage dont les parents ne se marient pas après la naissance de l'enfant et dont les parents se marient après la naissance

CEDH, 3 avril 2014, *Konstantinidis c. Grèce*, req. n° 58809/09

Modes de contestation et de recherche de la paternité

CEDH, 24 novembre 2005, *Shofman c. Russie*, req. n° 74826/01

CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, req. n° 26111/02

CEDH, 10 octobre 2006, *Paulik c. Slovaquie*, req. n° 10699/05

CEDH, 9 novembre 2006, *Tavli c. Turquie*, req. n° 11449/02

CEDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, req. n° 23890/02

CEDH, 7 avril 2009, *Turnali c. Turquie*, req. n° 4914/03

CEDH, 6 juillet 2010, *Backlund c. Finlande*, req. n° 36498/05

CEDH, 21 décembre 2010, *Chavdarov c. Bulgarie*, req. n° 3465/03

CEDH, 6 décembre 2011, *İyilik c. Turquie*, req. n° 2899/05

CEDH, 22 mars 2012, *Kautzor c. Allemagne*, req. n° 23338/09

CEDH, 22 mars 2012, *Ahrens c. Allemagne*, req. n° 45071/09

CEDH, 29 janvier 2013, *Roman c. Finlande*, req. n° 13072/05

CEDH, 12 février 2013, *Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie*, req. n° 48494/06

CEDH, 18 février 2014, *A.L. c. Pologne*, req. n° 28609/08

CEDH, 9 octobre 2014, *Marinis c. Grèce*, req. n° 3004/10

CEDH, 14 janvier 2016, *Mandet c. France*, req. n° 30955/12

CEDH, 8 décembre 2016, *L.D. ET P.K.c. Bulgarie*, req. n° 7949/11

CEDH, 7 mars 2017, *R.L. et autres c. Danemark*, req. n° 52629/11

CEDH, 3 octobre 2017, *Silva and Mondim Correia c. Portugal*, req. n°s 72105/14 et 20415/15

CEDH, 5 avril 2018, *Doktorov c. Bulgarie*, req. n° 15074/08

CEDH, 31 mai 2018, *Bagniewski c. Pologne*, req. n° 28475/14

CEDH, 7 juin 2018, *Novotný c. République Tchèque*, req. n° 16314/13

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, traités et manuels

ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, Paris, 2006.

ANCESCHI A., *Il diritto comunitario ed internazionale della famiglia*, Giuffrè, Milan, 2015.

ARMELLINI S., BAREL B., GIACOMELLI U., *La famiglia nel diritto internazionale – Giudice competente, diritti e tutele*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milan, 2019.

AUDIT B., AVOUT (D') L., *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso éditions, 8^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, 2018.

AULETTA T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Turin, 5^e éd., 2020.

AUTORINO STANZIONE G., *Manuale di diritto di famiglia*, Giappichelli, Turin, 3^e éd., 2016.

BALLARINO T., *Manuale breve di diritto internazionale privato*, CEDAM, Padoue, 3^e éd., 2008.

BALLARINO T., MILAN D., *Corso di diritto internazionale privato*, CEDAM, Padoue, 3^e éd., 2008.

BALLARINO T., BALLARINO E., PRETELLI I., *Diritto internazionale privato italiano*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago et CEDAM, Padoue, 8^e éd., 2016.

BAREL B., ARMELLINI S., *Manuale breve - Diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milan, 15^e éd., 2020.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologne, 1984.

BARTIN É., *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq, Paris, 1899.

BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, Paris, 8^e éd., 1993.

BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, t. II, LGDJ, Paris, 7^e éd., 1983.

BENABENT A., *Droit de la famille*, LGDJ, éditions Lextenso, Paris, 4^e éd., 2018.

BERNARD-XÉMARD C., *Cours de droit des personnes et de la famille*, Paris, Gualino, éditions Lextenso, 2020.

BLUMANN L., DUBUIS L., *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, éditions Lextenso, Paris, 9^e éd., 2019.

BONILINI G., *Manuale di diritto di famiglia*, UTET, Turin et Wolter Kluwer, Milan, 9^e éd., 2020.

BONNET D., *Droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 7^e éd., 2018.

BUGORGUE-LARSEN L., *La Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 3^e éd., 2019.

BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé*, PUF, Paris, 4^e éd., 2017, t. I & II.

CABRILLAC R. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 26^e éd., 2020.

CACHARD O., *Droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 7^e éd., 2018.

CARBONE S. M. et al., *Istituzioni di diritto internazionale*, 5^e éd., Giappichelli, Turin, 2016.

CARBONNIER J., *Droit civil. La famille*, t. 2, 14^e éd., PUF, Paris, 1991, p. 559.

CESARI (DE) P., *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Turin, 2011.

CIAN G., TRABUCCHI A., *Commentario breve al Codice civile*, CEDAM, Padoue, 2020.

CLAVEL S., *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2016.

COACCIOLI A., *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 1, Giuffrè Ed., Milan, 2011.

COURBE P., GOUTTENNOIRE A., *Droit de la famille*, Sirey, Dalloz, Paris, 7^e éd., 2017.

CRESP M. (coord.), HAUSER J., HO-DAC M. (coord.), SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Droit de la famille – Droits français, européen, international et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2018.

DOUCHY-LOUDOT M., MAGNIER V., GUINCHARD S. et al., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2019.

ÉGÉA V., *Droit de la famille*, LexisNexis, Paris, 3^e éd., 2020.

FASANO A., FIGONE A. (dir.), *Famiglia*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milan, 2019, vol. I, II, III, IV.

FENOUILLET D., *Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2019.

FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologne, 4^e éd., 2020.

GAÏA P., GHEVONTIAN R., MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., ROUX A., OLIVA É., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2018.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. I, 3^e éd. CEDAM, Wolters Kluwer, Padoue, 2014.

GARRIGUE J., *Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2018.

GAUTHIER C., PLATON S., SZYMCZAK D., *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, Dalloz, Paris, 2017.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, L. Larose et Forcel, Paris, 6^e éd., 1907.

HENNION-MOREAU S., LE BARBIER-LE BRIS M., DEL SOL M., LHERNOULD J.-P., *Droit social européen et international*, PUF, Paris, 3^e éd., 2017.

JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2018.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE P., *Précis de droit international privé*, Dalloz, Paris, 1928.

LOUSSUARN Y., BOUREL P., VAREILLES-SOMMIÈRES (DE) P., *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2013.

MALAUZIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, LGDJ, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2018.

MARTUCCI F., *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 1^e éd., 2017.

MAYER P., HEUZÉ V., REMY B., *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 12^e éd., 2019.

MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, UTET Giuridica, Vicence, 2019, 8^e éd., vol. I.

- MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale. Statuto personale e diritti reali*, UTET Giuridica, Vicence, 5^e éd., 2019, vol. II.
- MURAT P., *Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 8^e éd., 2019.
- NIBOYET J.-P., *Cours de droit international privé français*, Sirey, Paris, 1946.
- NIBOYET M.-L., GEOUFFRE DE LA PRADELLE (DE) G., *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 7^e éd., 2020.
- OMARJEE I., *Droit européen de la protection sociale*, Bruylant, Bruxelles, 2017.
- PARISI A. G., *Manuale di diritto di famiglia*, Giappichelli, Turin, 2020.
- PÉROZ H., FONGARO É., *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, Paris, 2^e éd., 2017.
- RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, éditions Lextenso, Paris, 8^e éd., 2019.
- REVEL J., *Les régimes matrimoniaux*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2020.
- REVILLARD M., LAGARDE P., *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2018.
- RIGAUX F., FALLON M., *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 3^e éd., 2005.
- RODIÈRE P., *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2^e éd., 2014.
- ROY O., *Droit de la famille*, Archétype82, Paris, 4^e éd., 2017.
- RUSCELLO F., *Diritto di famiglia*, Pacini Giuridica, Ospedalino Pisa, 2^e éd., 2020.
- SAVIGNY (VON) F. C., *Traité de droit romain*, t. 8, (éd. originale, 1860, Librairie de Firmin Didot frères, fils et c., Paris, 1860), réed. Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002.
- SESTA M., *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, Padoue et Wolter-Kluwer, Milan, 8^e éd., 2019.
- SUDRE F., MILANO L., SURREL H., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 14^e éd., 2019.
- TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil : la famille*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2018.
- VACCARI P., *Corso di storia del diritto italiano. Parte speciale – Il diritto di famiglia nei codici italiani del XIX secolo*, Giuffrè, Milan, 1975.
- VIGNAL T., *Droit international privé*, Sirey, éditions Dalloz, Paris, 5^e éd., 2020.
- VITTA E., *Diritto internazionale privato*, UTET, Turin, 1973, vol. I, II, III.
- WACHSMANN P., *Les droits de l'homme*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2018.
- ZACCARIA A. (dir.), *Commentario breve al diritto di famiglia*, CEDAM, Padoue et Wolter Kluwer, Milan, 4^e éd., 2020.
- ZATTI P. (dir.), *Trattato di diritto di famiglia : le riforme 2012-2018*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milan 2019, t. I, II, III.

Ouvrages spéciaux, thèses, cours, monographies, ouvrages collectifs

- ALBANESE A. (dir.), *Le nuove famiglie : unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite: costituzione, diritti e doveri, rapporti personali e patrimoniali, filiazione, responsabilità, crisi della coppia e scioglimento, successione mortis causa, convenzioni e formule contrattuali*, Pacini Giuridica, Pise, 2019.
- ALEXANDRE D., *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, LGDJ, Paris, 1970.
- ANGELI (D') F., *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milan, 1989.
- ARENDT H., *Condition de l'homme moderne*, Pocket, Paris, 2000.
- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Traduction J. Tricot, Éditions Les Échos du Marquis, 2014 [en ligne].
- ARISTOTE, *La Politique*, Bréal, Rosny, 2016.
- ARMELLINI S., BAREL B., GIACOMELLI U., *La famiglia nel diritto internazionale : giudice competente, diritti e tutele*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milan, 2019.
- ATTAL-GALY Y., *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Paris, 2003.
- AUBY J.-B., J.-M. AUBY, J.-J BIENVENU (dir.), *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996.
- AZZI T., BOSKOVIC O. (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, Bruxelles, 2015.
- BALLARANI G., *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, Edizioni scientifiche italiane, Naples, 2018.
- BARATTA R., « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, t. 348, 2011.
- BAREL B., BENINI G., CAMPIONE R. et a., BIANCA C. M (dir.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milan, 2014.
- BAROLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e la salvaguardia delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padoue, 2001.
- BARTIN E., « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des conflits de lois », *RCADI*, 1930, vol. 31, pp. 561-622.
- BATIFFOL H., « Principes de droit international privé », *RCADI*, vol. 97, 1959, pp. 435-593.
- BATIFFOL H., *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, Paris, 1976
- BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Rééd., Paris, Dalloz, 2002.
- BAUDELAIRE Ch., *Mon cœur mis à nu*, éd. orig. 1909, éd. Ebook libres et gratuits, disponible à l'adresse http://elg0001.free.fr/pub/pdf/ baudelaire_mon_coeur_mis_a_nu.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- BEAUVOIR (DE) S., *La femme rompue ; l'âge de discrétion ; monologue*, Gallimard, Paris, 1968.
- BECHILLON (DE) D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, Paris, 1996.
- BEIGNIER B., DEUMIER P., FULCHIRON H., LARRIBAU-TERNEYRE V. (dir.), BRUGGEMAN M. (coord.), *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, Paris, 2015.

- BENALCAZAR (DE) S., *Pacs, mariage et filiation, étude de la politique familiale*, Defrénois, Paris, 2007.
- BENJAMIN W. (dir.), *Œuvres I*, Gallimard Pléiade, Paris, 2000.
- BENLOLO-CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U., CUJO E. (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Pedone, Paris, 2013.
- BIANCA C. M. (dir.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milan, 2014.
- BIHANNIC K., *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, dactyl., Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 2017.
- BIN R., *Diritti e argomenti : il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milan, 1992.
- BIOY X. (dir.), *L'identité de droit public*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Éditions, Toulouse, 2011.
- BLANC-FILY Ch., *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, dactyl., Université Montpellier 1, a.a. 2013-2014.
- BLOCH P., DUVERT C., SAUPHANOR-BROUILLAUD N. (dir.), *Différenciation et indifférenciation dans le Code civil*, Economica, Paris, 2006.
- BOCCHINI, *Gli stati familiari : conflitti, patti e tutele*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milan, 2020.
- BODEN D., *L'ordre public, limite et condition de la tolérance*, dactyl., Univ. Paris 1 Panthéon - Sorbonne, 2002.
- BOLLÉE S., PATAUT É. (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, IRJS éditions, Paris, 2016.
- BONOMI A. (dir.), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Giappichelli, Turin, 2009.
- BORRILLO D. (dir.), *Homosexualité et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, PUF, Paris, 1998.
- BORTOLU T., *Dalla famiglia alle famiglie : note di diritto comparato*, Edizioni scientifiche italiane, Naples, 2019.
- BOSCHIERO N., *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Giappichelli, Turin, 1996.
- BOURDELOIS B., *Mariage polygamique et droit positif français*, Éd. G.L.N. Joly, Paris, 1993.
- BOUSSAHMAIN R., *Le divorce pour discorde en droit marocain sous le nouveau Code de la famille*, dactyl., Université Nice Sophia Antipolis, 2014, disponible à l'adresse <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02275775/document> [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- BRAIBANT G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Le Seuil, Paris, 2001.
- BRAQUE G., *Le Jour et la Nuit, cahiers Georges Braque 1917-1952*, Gallimard, Paris, 1952.

- BRILLAT M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire Varenne, Paris, 2015.
- BRUNO P., *Le controversie familiari nell'Unione europea : regole, fattispecie, risposte*, Giuffrè, Milan, 2018.
- BUCHER A., « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, t. 239.
- BUCHER A., *L'enfant en droit international privé*, Helbing & Lichtenhan, Bâle et LGDJ, Paris, 2003.
- BUCHER A., « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009.
- BUI-XUAN O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Éd. Economica, Paris, 2004.
- BURGORGUE L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union, commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICAUD F. (dir.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- CADET F., *L'ordre public en droit international de la famille – Étude comparée France/Espagne*, L'Harmattan, Paris, 2005.
- CAGNAZZO A., PREITE F. (dir.), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Giuffrè, Milan, 2017.
- CALLE P., *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004.
- CANESTRARI S. (dir.), *Laicità e diritto*, Bononia University press, Bologne, 2007.
- CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (dir.), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. II, Giuffrè, Milan, 2011.
- CARBONNIER J., HALPÉRIN J.-L., COMMAILLE J., EWALD F. (dir.), *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Lexisnexis, Paris, 2004.
- CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 10^e éd., 2014.
- CARCASSONNE G., *La Constitution*, Éditions du Seuil, Paris, 7^e éd., 2005.
- CARDIA C., *La riforma del Concordato : dal confessionismo alla laicità dello Stato*, G. Einaudi, Turin, 1980.
- CARELLA G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Giappichelli Editore, Turin, 2009.
- CARLIER Y. (dir.), *Trente ans de libre circulation en Europe*, OPOCE, Luxembourg, 2000.
- CARLIER J.-Y. et GUILD E. (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- CARPANETO L., PESCE F., QUEIROLO I., *La famiglia in movimento nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Giappichelli, Turin, 2019.
- CARTARIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milan, 1995.

CASSANO G., *Le nuove frontiere del diritto di famiglia : il diritto a nascere sani, la maternità surrogata, la fecondazione artificiale eterologa, la fecondazione artificiale post mortem*, Giuffrè, Milan, 2000.

CASSANO G. (Dir), *La famiglia dopo le riforme*, Giuffrè, Milan, 2015.

CATTO M.-X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limites de l'usage économique du corps*, LGDJ, Paris, 2018.

Centre culturel Calouste Gulbenkian, *Droit international et droit communautaire. Actes du Colloque de Paris des 5-6 avril 1990*, Fondation Calouste Gulbenkian, Paris, 1991.

CHAMPEIL-DESPLATS V., *Précision et droits de l'homme*, Institut Universitaire Varenne, Paris, 2017.

CHÉLINI-PONT B. (dir.), *Annuaire Droit et Religions*, vol. 3, 2008-2009, PUAM, Aix-en-Provence, 2008.

CHEVALLIER J.-Y., *Filiation naturelle et filiation alimentaire en droit international privé français*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967.

COHEN C., *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*, dactyl., Université Paris 1 – Panthéon Assas, 2015.

COHEN- JONATHAN G., *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 3^e éd, 2002.

COLOMBET C., FOYER J., HUET-WEILLER D., LABROUSSE-RIOU C., *La filiation légitime et naturelle – Étude de la Loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Dalloz, Paris, 2^e éd. refondue, 1977.

CONAC G., H. MAISL, J. VAUDIAUX (dir.), *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, Paris, 1982.

Conseil constitutionnel, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989.

Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, rapport public n° 48, 1996, EDCE, La documentation française, Paris, 1998.

CORAGGIO C., *Le declinazioni del giudizio di ragionevolezza dinanzi alla Corte costituzionale*, dactyl., Université Roma Tre, a.a. 2010/2011.

CORTESE B. (dir.), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2014.

DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, Paris, 2002.

DECAUX E., IMBERT P. ET PETTITI L. E. (dir.), *La CEDH article par article*, Economica, Paris, 2^e éd., 1999.

DÉCHAUX J.-H., *Sociologie de la famille*, La Découverte, Paris, 2010.

Défenseur des droits (dir.), *10 ans de droit de la non-discrimination*, colloque, 5 octobre 2015, disponible à l'adresse <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/colloque-10ans-droits-discri.pdf> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, Paris, 1996.

- DELMAS-MARTY M., LUCAS DE LEYSSAC C. (dir.), *Liberté et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996.
- DEVERS A., *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2004.
- DIOP Ch. A., *L'unité culturelle de l'Afrique noire. Domaine du patriarcat et du matriarcat dans l'antiquité classique*, 2^e éd., Présence Africaine, Dalloz, Dakar, Paris, 1982.
- DOLSO G.P., *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, Naples, 2013.
- DORD O., *La laïcité dans tous ses états*, Montchrestien, Paris, 2011.
- DOSSETTI M., MORETTI M., MORETTI C. (dir.), *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Zanichelli, Bologna, 2013.
- DROOGHENBROECK (VAN) S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant et Publications de Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001.
- DUBOUT E., TOUZÉ S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010.
- DUBOUT E., *L'article 13 TCE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Bruxelles, 2016.
- DUPUY P.-M. (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Panthéon-Assas, Paris, 2001.
- DURAND PRINBORGNE C., *La laïcité*, Dalloz, Paris, 2004.
- EDEL F., *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 22, 2010, disponible à l'adresse https://www.echr.coe.int/Documents/Pub_coe_HFfiles_2010_22_FRA.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- ELGEDDAWY K., *Relations entre systèmes confessionnels et laïques en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1971.
- EL-HUSSEINI BEGDACHE R., *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, Paris, 2002.
- ESCUDEY G., *Le couple en droit international privé*, dactyl., Université de Bordeaux, 2016.
- ESPINASSOUS V., *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Paris, 2010.
- ESPOSITO C., *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padoue, 1954.
- FABRE-MAGNAN M. (dir.), *Écrits de bioéthique*, PUF, Paris, 2007.
- FADLALLAH I., *La famille légitime en droit international privé (le domaine de la loi applicable aux effets du mariage)*, Dalloz, Paris, 1977.
- FARGE M., *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L'Harmattan, Paris, 2003.
- FAUVARQUE-COSSON B., PATAUT E., ROCHFELD J., *La citoyenneté européenne*, vol. 3, Société de législation comparée, Paris, 2011.
- FAVREAU B. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de*

Lisbonne, Bruylant, Bruxelles, 2010.

FERRAGAMO P., *Il principio di eguaglianza nell'etica contemporanea*, Giappichelli Editore, Turin, 2002.

FERRANDO G., QUERCI A., *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Ipsoa, Milan, 2007.

FIGONE A., *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli Editore, Turin, 2001.

FLORENCE J. et a. (dir.), *Dialogues en sciences humaines*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1975.

FOHRER-DEDEURWAERDER E., *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

FOHRER-DEDEURWAERDER E., *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, Paris, 2008.

FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, dactyl., Université Paris Nanterre, 2018.

FOYER J., « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *RCADI*, 1985, vol. 193.

FRANESKAKIS Ph., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958.

FRANGI M., *Constitution et droit privé. Les droits individuels et les droits économiques*, Economica, PUAM, Paris, Aix-en-Provence, 1992.

FUCHS A., MUIR WATT H., PATAUT E (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004.

FULCHIRON H. (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexis Nexis, Paris, 2019.

FULCHIRON H., SOSSON J. (dir.), *Parenté, filiation, origines - Le droit de l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014.

FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, dactyl., Université Paris 2 - Panthéon Assas, 2017.

GANNAGÉ L., *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, Paris, 2001.

GANNAGÉ L., « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI*, vol. 357, 2013.

GAUDEMET-TALLON H., « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, I, vol. 226, 1991.

GAUDEMET-TALLON H., « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, vol. 312, 2005.

GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, STH, Paris, 1988.

GHERRA F., *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padoue, 2003.

GHERRA S., *Rapporti tra Stato e Chiesa in tema di matrimonio concordatario*, CEDAM, Padoue, 1983.

GOGOS-GINTRAND A., *Les statuts des personnes – Étude de la différenciation des personnes en droit*, IRJS Éditions, Paris, 2011.

GUILLAUMÉ J., *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, LGDJ, Paris, 2011.

HAARSCHER G., *La laïcité*, PUF, Paris, 2017.

HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Paris.

HAMMJE P., *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, dactyl. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 1994.

HART H. L. A., *Le concept de droit*, Faculté universitaire de Saint-Louis, Bruxelles, 1976.

HECKE (VAN) G., « Principes et méthodes du droit international privé », *RCADI*, 1969, vol. 126.

HENNETTE-VAUCHEZ S., SOREL J.M. (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruylant, Bruxelles, 2011.

HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Éditions, Paris, 2014.

HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D., *Genre et droit. Ressources pédagogiques*, Dalloz, Paris, 2016.

HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2003.

HUET-WEILLER D., LABROUSSE C., CAMELBEKE (VAN) M., *La filiation*, Librairies techniques (Litec), Paris, 1981.

HUNTER-HENIN M., *Pour une redéfinition du statut personnel*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004.

ICARD P., OLIVIER LEPRINCE J. (dir.), *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2015.

ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination : éléments du statut de citoyen de l'UE*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

INGBER L., PERELMAN Ch. (dir.), *Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles L'Égalité*, vol. VIII, Bruylant, Bruxelles, 1982.

JAYME E., « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, vol. 251, 1995.

JOBARD-BACHELLIER M.-N., *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1984.

JOUBERT N., *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, Paris, 2007.

JULLIEN F., *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Fayard, Paris, 2008.

KASSIR W. J., « Le renvoi en droit international privé – technique de dialogue entre les cultures juridiques », *RCADI*, vol. 377, 2015.

- KASTANAS E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996.
- KEGEL G., « The crisis of conflict of laws », *RCADI*, vol. 122, 1964.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1962.
- KELSEN H., *Qu'est-ce que la justice ?*, Éditions Markus Haller, Genève, 2012.
- KESSLER G., *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2004.
- KINSCH P., *Le fait du prince étranger*, LGDJ, Paris, 1993.
- KINSCH P., « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 318.
- KOUBI G., GUGLIELMI G. (dir.), *L'égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, Paris, 2000.
- KRENC F., PUÉCHAVY M. (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque organisé le 4 mai 2007 par l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris*, Bruylant, Némésis, Bruxelles, 2008.
- KRYNEN J. (dir.), *Le droit saisi par la morale*, PU Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2005.
- LAGARDE P., « Recherches sur l'ordre public en droit international privé », LGDJ, Paris, 1959.
- LAGARDE P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986.
- LAGARDE P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013.
- LAGARDE P., « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, vol. 371, 2015.
- LAGOUTTE S., *Le droit au respect de la vie familiale dans la jurisprudence conventionnelle européenne*, dactyl., Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, Paris, 2002.
- LAGRANGE E., « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2012.
- LEANZA U. et a. (dir.), *Studi in onore di Giuseppe Tesauro*, Editoriale Scientifica, Naples, 2014.
- LECLERC S., REDOR M.-J. ET. AKANDJI-KOMBÉ J. FR (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 1999.
- LECLÈRE A., *L'homosexualité et la constitution de la famille : situations française et européenne*, dactyl., Université de Bourgogne, 2016.
- LÉCUYER Y., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Hachette, Paris, 2^e éd., 2017.
- LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996.
- LEGENDRE R., *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, dactyl., Université Paris 2 Panthéon - Assas, 2018.
- LEMOULAND J.-J., LUBY M., (dir.), *Le droit à une vie familiale : actes du colloque du 30 juin 2006 à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*, Dalloz, Paris, 2007.

- LEQUETTE Y., « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, vol. 246, 1994-II.
- LEQUETTE Y., « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, vol. 387, 2016.
- LERADP, *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, Paris, 1993.
- LEVINET M. (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- LÉVI-STRAUSS C., *Les structures élémentaires de la parenté*, PUF, Paris, 1949.
- LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, Paris, 2010.
- LOSANA M., *Il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento dell'Unione europea: modelli di riconoscimento, tecniche di realizzazione, strumenti di garanzia*, Jovene Editore, Naples, 2010.
- LOTTI P., *L'ordine pubblico internazionale : la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milan, 2005.
- MAILLARD S., *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, PUAM, Aix-en-Provence, 2008.
- MALLET-BRICOUT B., FAVARIO T. (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015.
- MANCINI S. (dir.), *Il nuovo titolo V della Parte II della Costituzione*, Giuffrè editore, Milan, 2002.
- MANCINI S., *Il potere dei simboli, i simboli del potere: laicità e religione alla sfida del pluralismo*, CEDAM, Bologne, 2008, p. 7 et s.
- MANCUSO A. S., *La rilevanza civile del matrimonio degli acattolici*, Edizioni Nuova Cultura, Rome, 2013.
- MARAIS A. (dir.), *La procréation pour tous ?*, Dalloz, Paris, 2015.
- MARCHADIER F., *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- MARESCA M., *Il controllo della sentenza straniera : lo spazio giudiziario europeo fra esigenze di collaborazione internazionale e tutela dei valori fondamentali del foro*, Giappichelli, Turin, 2004.
- MARESCA M., *Comunità di diritto, leale cooperazione, crescita : materiali ed ipotesi ricostruttive dell'Unione europea*, Giappichelli, Turin, 2016.
- MARGARIA A., *Nuove forme di filiazione e genitorialità : leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Il mulino, Bologne, 2018.
- MARGUÉNAUD J.-P., *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation française, Paris, 2001.
- MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd., Dalloz, Paris, 2016.
- MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, dactyl., Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne, 2013.
- MARZIO (DI) P., *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi con effetti civili*, CEDAM, Padoue, 2008.
- MARZO C., *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, PUAM, Aix-en-Provence, 2011.

- MATHIEU B. (dir.), *1958 - 2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008.
- MAURY J., « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, vol. 57, 1936.
- MAYER P., *La distinction des règles et des décisions en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973.
- MAYER P., « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2003.
- MAZIÈRE P., *Le principe d'égalité en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003.
- MÉCARY C., *Droit et homosexualité*, Dalloz, Paris, 2000.
- MEDARD INGHILTERRA R., *La réalisation du droit de la non-discrimination*, dactyl., Université Paris Nanterre, 2020.
- MEEUSEN J., « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *RCADI*, vol. 353, 2011.
- MELCHIOR G., *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, W. de Gruyter & co., Berlin, Leipzig, 1932.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. Economica, PUAM, Aix-en-Provence, 1997.
- MENDOLA A., *L'unitarietà dello statuto successorio tra favor legitimitatis e verità biologica*, dactyl., Università degli Studi di Salerno, a.a. 2014-2015.
- MEZZETTI L., FERRE MAC-GREGO E., *Diritto processuale costituzionale. Omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i 50 anni di ricercatore di diritto*, Cedam, Padoue, 2010.
- MICHEL A., *Sociologie de la famille et du mariage*, PUF, Paris, 1972.
- MICOLANO B., *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milan, 2009.
- MINOIS M., *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, LGDJ, Paris, 2020.
- MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Paris, 1997.
- MORAND C.-A. (dir.), *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo*, Giuffrè, Milan, 2001.
- MOSCATI E., ZOPPINI A. (dir.), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Turin, 2002.
- MUIR WATT H., *La fonction de la règle de conflit de lois*, dactyl., Université de Paris 2 Panthéon - Assas, 1985.
- MURAT P., *Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 2016.
- NAJM M.-C., *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, Paris, 2005.
- NORD N., *Ordre public et lois de police en droit international privé*, dactyl., Université Robert Schuman Strasbourg III, 2003.
- PIRRONE P. (dir.), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*,

Giappichelli Editore, Turin, 2011.

PALLIER L., *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pedone, Paris, 2017.

PAMBOUKIS Ch.-P., « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, vol. 330, 2007.

PASTORE F., *Pluralismo religioso e laicità dello Stato nel "multilevel constitutionalism"*, CEDAM, Padoue, 2012.

PELLISSIER G., *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, Paris, 1996.

PERELMAN Ch., *Justice et raison*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1963.

PERELMAN Ch., *Éthique et droit*, 2^e éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2012.

PÉROZ H., *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, Paris, 2005.

PICHARD M., *Le droit à. Étude de législation française*, Economica, Paris, 2006.

PICOD F., S. VAN DROOGHENBROECK, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018.

PICONE P., « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, vol. 197, 1986.

PICONE P., « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999.

PICONE P., *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Jovene, Naples, 1971.

PILLET A., « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, vol. 8, 1925.

PIRRONE P. (dir.), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Giappichelli, Turin, 2011.

POTVIN-SOLIS L. (dir.), *Septième journées d'études du pôle Jean Monnet, 27, 28 et 29 novembre 2006. Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

PULJAK M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, dactyl., Université Panthéon-Assas - Paris II, 2002.

PUTTI P.M., *Il ruolo del padre tra principio di uguaglianza e diritto*, Edizioni scientifiche italiane, Naples, 2018.

QUEIROLO I., SCHIANO DI PEPE L., *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Giappichelli, Turin, 4^e éd., 2019.

RAMET S., *Le droit communautaire et la famille*, dactyl., Université Paris 1, 2001.

RASS-MASSON L., *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, dactyl., Université Paris 2 Panthéon - Assas, 2015.

RAWLS J., *Théorie de la justice*, Éditions du Seuil, Paris, 1987.

REMY B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Paris, 2008.

- RENAUT M.-H., *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, Paris, 2012.
- RESCIGNO F. (dir.), *Percorsi di eguaglianza*, Giappichelli, Turin, 2016.
- REVET T., *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Paris, 1996.
- RIDEAU J. (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne – Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- RIGAUX F., « La théorie des qualifications en droit international privé », Larcier, Durand-Auzias, Bruxelles, Paris, 1956.
- RIPERT G., *Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine*, LGDJ, Paris, 1949.
- ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, PUAM, Aix-en-Provence, 1999.
- ROMANO G. P., *Le dilemme du renvoi en droit international privé. La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Schulthess, Ed. Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2014.
- ROSS A., *On law and justice*, Stevens & sons limited, Londres, 1958.
- ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Librio, Paris, 2013, publication originale, Marc-Michel Rey, 1762.
- SALAMÉ G., *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2006.
- SANA-CHAILLE De NERE S. (dir.), *Droit international privé, États membres de l'Union européenne et États tiers*, LexisNexis Litec, Paris, 2017.
- SANTULLI C., *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Pedone, Paris, 2001.
- SÈVE R. (dir.), « L'égalité », *APD*, t. 51, Dalloz, Paris, 2008.
- SCARPONI S. (dir.), *Diritto e genere : temi e questioni*, Editoriale scientifica, Naples, 2020.
- SESTA A. (dir.), *Codice della famiglia*, 3^e éd., Giuffrè, Milan, 2015.
- SIEW-GUILLEMIN A.-S., *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, dactyl., Université Côte d'Azur, 2017.
- SIMON-DEPITRE M., FOYER J., *Le Nouveau droit international privé de la filiation : loi du 3 janvier 1972*, Librairies techniques, Paris, 1973.
- SINDRES D., *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans le conflit de lois*, LGDJ, Paris, 2008.
- STOFFEL W. A., VOLKEN P. (dir.), *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions universitaires, Fribourg, 1990.
- STRUYCKEN A., « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *RCADI*, vol. 232, 1992.
- SUDRE F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen et des droits de l'homme – Université de Montpellier I, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- SUDRE F. (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Les communications individuelles, Actes du colloque de Montpellier des 6 et 7 mars 1995*, IDEDH, Montpellier, 1995.

SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Némésis, Bruxelles, 2002.

SUDRE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Cour européenne des droits de l'homme*, Némésis-Anthémis, Liège, 2014.

SUDRE F., SURREL H.(dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme de l'Université Montpellier I, les 9 et 10 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2008.

SWEENEY M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, dactyl., Université Paris Nanterre, 2010.

TALASSI S., *La convivenza more uxorio*, dactyl, Université de Trento, a.a. 1998-1999.

TAVERNIER P. (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

TAVERNIER P., PETTITI C. (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme : la jurisprudence en 2009 et 2010*, Nemesis, Anthemis, Bruxelles, Limal, 2013.

TEITGEN-COLLY C. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, 60 ans et après ?*, LGDJ, éditions Lextenso, Paris, 2013.

THARAUD D., *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, PUAM, Aix-en-Provence, 2013.

THURILLET-BERSOLLE A., *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, dactyl., Université de Bourgogne, 2011.

TOCQUEVILLE (DE) A., *L'ancien régime et la Révolution*, t. 1, Œuvres complètes, Gallimard, Paris, rééd. 1952.

TONOLO S., *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Giuffrè, Milan, 2011.

TONOLO S., PASCALE G. (dir.), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto contemporaneo*, Giappichelli, Turin, 2020.

TOSCANO M., *Laicità dello Stato e specificità della disciplina pattizia*, CUEM, Milan, 2008.

TOUZÉ S., *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Éd. A. Pedone, Paris, 2016.

Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La discrimination, Journées franco-belges*, t. LI, SLC, Paris, 2001.

Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, Paris, 1965.

Travaux de l'Association Henri Capitant, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées turques)*, t. XXXIX, Dalloz, Paris, 1988.

UBERTAZZI G.-M., « Règles de non-discrimination et droit international privé », *RCADI*, vol. 157, 1977.

UCCELLA F., *Chiesa e diritto*, Edisud, Salerne, 2005.

UCCELLA F., *Il figlio e la responsabilità genitoriale : evoluzione normativa, approccio interordinamentale e "speranze giuridiche"*, EGB, Palerme, 2014.

- VAREILLES-SOMMIÈRES (DE) P., « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, vol. 371, 2015.
- VASSEUR-LAMBRY F., *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2000.
- VENTURINI G., BARIATTI S. (dir.), *Diritti individuali e giustizia internazionale – Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milan, 2009.
- VILLANI U., FABIO (DI) M., SBORDONE F., *Nozioni di diritto internazionale privato – Parte generale e obbligazioni*, Esi, Naples, 2013.
- VOLPE L., *Le unioni civili e le convivenze di fatto dopo i decreti attuativi 19 gennaio 2017, n. 5, 6 e 7*, LaTribuna, Plaisance, 2017.
- XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, LGDJ, Paris, 1995.
- ZAHER K., *Conflit de civilisations et droit international privé*, L'Harmattan, Paris, 2009.
- ZILLER J. (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, Paris, 2003.
- Avancées et confins actuels des droits de l'homme au niveau international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003.
- De code en code : mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009.
- Des concubinages, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, Paris, 2002.
- Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, Paris, 2002.
- Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 10^e éd., Utet Giuridica, Turin, 1993.
- Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960.
- Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille - Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université Lille II*, LGDJ, Paris, 1996.
- L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999.
- L'integrazione europea sessant'anni dopo i trattati di Roma - Relazioni presentate al Convegno tenuto a Roma nel 2016*, Giuffrè, Milan, 2017.
- La Costituzione della Repubblica, illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del segretariato generale della camera dei deputati*, Colombo, Rome, 1948.
- La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015.
- La personne humaine, sujet de droit. Quatrièmes Journées René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993)*, PUF, Paris, 1994.
- La protection des droits fondamentaux : actes du colloque de Varsovie, 9-15 mai 1992*, PUF, Paris, 1993.
- Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, Iprolex, Paris, Madrid, 2018.
- Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, Paris, 1993.

Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Dalloz, Paris, 2012.

Le droit européen des droits de l'homme – Un cycle de conférences du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 2011.

Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, Paris, 2005.

Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001.

Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert, LGDJ, Paris, 1950.

Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, Paris, 2008.

Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, LexisNexis, Paris, 2018.

Les familles sans frontières en Europe, mythe ou réalité ? - 101^{ème} congrès des notaires de France, Nantes 1^{er}-4 mai 2005, ACNF éditions, Paris, 2005.

Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, LGDJ, Paris, 1994.

Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, Paris, 1990.

Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz, Paris, 2008.

Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : Esprit et méthodes, Dalloz, Paris, 2005.

Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales, LGDJ, Paris, 2014.

Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER, LGDJ-Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2015.

Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard, Défrenois, Paris, 2007.

Mélanges en l'honneur de Roger Perrot. Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Dalloz, Paris, 1996.

Mélanges offerts à Jacques Maury. Droit international privé et public, Dalloz, Paris, 1960.

Mélanges Raymond Goy. Du droit interne au droit international, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1998.

Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch, t. I, Bruylant-LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972.

Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1993.

René Cassin Amicorum discipulorumque liber. Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, t. 3, Pedone, Paris, 1971.

Scritti in onore di Franco Modugno, Jovene, Naples, 2011.

Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, Paris, 2008.

Articles, communications, chroniques, entrées de répertoires

« Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique », *AJDA*, n° HS, 1998.

- « Dossier spécial filiation », *Dr. fam.*, n° HS, 2006.
- « Dossier : Après l'avis 2/13 de la Cour de justice », *Revue UE*, n° 600, 2016, pp. 398-447.
- AKANDJI-KOMBE J.-R., « Le développement des droits fondamentaux dans les traités », in LECLERC S., REDOR M.-J. ET. AKANDJI-KOMBÉ J. FR (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 31 et s.
- ALEXANDRE D., « La protection de l'épouse contre la répudiation », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 125-142.
- ALLAND D., « Le juge français et le droit d'origine internationale », in DUPUY P.-M. (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Panthéon-Assas, Paris, 2001, p. 47 et s.
- AMAGLIANI R., « L'unicità dello stato giuridico di figlio », *Riv. dir. civ.*, n° 3, 2015, p. 554 et s.
- AMBROISE C., « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD Civ.*, 1902, pp. 257-284.
- AMRANI-MEKKI S., CHÉNEDÉ F., DROSS W., LOISEAU G., MARGUÉNAUD J.-P., MEKKI M., MOULY J., PIAZZON T., « La fondamentalisation du droit privé » (dossier), *Revue de droit d'Assas*, n° 11, 2015, pp. 32-118.
- ANCEL B., « Le statut de la femme du polygame », in LERADP, *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, Paris, 1993, p. 105 et s.
- ANCEL B., « Le droit international privé français contemporain face aux conjugalités exorbitantes », in Dossier : « Creencias religiosas y derecho », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n° 11, 2008, pp. 9-30.
- ANCEL B., MUIR WATT H., « La désunion européenne : le règlement dit "Bruxelles II" », *Rev. crit. DIP*, 2001, n° 3, p. 403 et s.
- ANCEL B., n. ss. C. Const. it., 26 février 1987, n° 71, *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 563 et s.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La CEDH et la CJCE après le traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation », *Europe*, n° 10, 1998, pp. 3-7.
- ATENA (D') A., « La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea », *Rassegna parlamentare*, vol. 44, n° 4, 2002, pp. 913-939.
- ATTI A., « L'eguaglianza tra i sessi nel diritto di famiglia », in RESCIGNO F. (dir.), *Percorsi di eguaglianza*, Giappichelli, Turin, 2016, p. 34 et s.
- ATTUEL-MENDÈS L., « Nullité du mariage homosexuel », *AJ fam.*, n° 11, 2004, p. 407 et s.
- AUDIT B., « Nullité du mariage pour cause de bigamie et effets du mariage putatif. Régime matrimonial applicable et prestation compensatoire attribuée en cas de nullité du mariage », *D.*, n° 19, 1996, pp. 174-260.
- AVACK (D') L., « La maternità surrogata: un divieto "inefficace" », *Dir. fam. pers.*, n° 1, 2017, p. 139 et s.
- AVOUT (D') L., « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *TCFDIP*, 2014-2016, pp. 215-246.
- AVOUT (D') L., « Les lois de police », in AZZI T., BOSKOVIC O. (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 91- 121.

- AVOUT (D') L., « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in DUBOUT E., TOUZÉ S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp. 159-192.
- AZAVANT M., « Famille », *Rép. dr. eur.*, actualisé en avril 2019.
- BALESTRA L., « Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale : prime riflessioni », *Giur. it.*, 2016, p. 1788 et s.
- BARBA V., « La successione *mortis causa* dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali" », *Fam. pers. succ.*, n° 10, 2012, pp. 645-667.
- BARBOU DES PLACES S., « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in POTVIN-SOLIS L. (dir.), *Septièmes journées d'études du pôle Jean Monnet*, 27, 28 et 29 novembre 2006. *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 65-89.
- BARIATTI S. (dir.), « Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario », (dossier) *Nuove leggi civ.*, 1996, p. 1046 et s.
- BARILE G., « I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i principi di ordine pubblico internazionale », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 5 et s.
- BARRIÈRE BROUSSE I., « Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *JDI*, n° 2, 2017, doct. 6.
- BARRIÈRE BROUSSE I., « Mariage. – Effets », fasc. n° 40, *JCl. Cod. civ.*, actualisé en mai 2016.
- BARRIÈRE-BROUSSE I., « L'improbable européanisation du droit international privé de la famille », *JCP G*, 2014, n° 5, étude n° 120.
- BASEDOW J., « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : Esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 55-74.
- BATIFFOL H., « Significations de l'égalité pour la philosophie du droit », in FLORENCE J. et a. (dir.), *Dialogues en sciences humaines*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1975, disponible à l'adresse <http://books.openedition.org/pusl/10245> [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- BATTEUR A., « L'interdit de l'inceste », *RTD civ.*, n° 4, 2000, p. 759 et s.
- BELLINVIA M., « Disposizioni transitorie », in BIANCA M. (dir.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milan, 2014, p. 321 et s.
- BELLOMO M., « La parentela: l'evoluzione della nozione nel tempo e gli interventi della giurisprudenza », *Dir. fam. pers.*, n° 3, 2020, p. 1181 et s.
- BELLOUBET-FRIER N., « Le principe d'égalité », *AJDA*, n° HS, 1998, p. 153 et s.
- BÉNABENT A., « Un culte de la proportionnalité ... un brin disproportionné ? » *D.*, n° 3, 2016, p. 137 et s.
- BENOÎT-ROHMER F., « L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *RTD eur.*, n° 1, 2011, pp. 145-172.

BERCUSSON B., OMARJEE I., « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne ? », *Rev. Trav.*, n° 2, 2008, pp. 74-79.

BERGÉ J.-S., « Le droit d'une communauté de lois : le front européen », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 113-136.

BERGEL J.-L., « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, pp. 255-272.

BERNARD C., « Les problèmes posés par les demandes d'exequatur des décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », *TCFDIP*, 1978, p. 76 et s.

BERNARD-MAUGIRON N., « La Haute Cour constitutionnelle égyptienne, gardienne des libertés publiques », *Égypte/Monde arabe*, n° 2, 1999, disponible à l'adresse <https://journals.openedition.org/ema/777> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

BESSON S., « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », in TOUZÉ S., *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Éd. A. Pedone, Paris, 2016, p. 57 et s.

BIANCA C. M., « La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono) », *Giur. cost.*, 2002, p. 4058 et s.

BIANCA C. M., « Alcune note preliminari sulla legittimità costituzionale del decreto attuativo », in BIANCA C. M. (dir.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milan, 2014, p. XI et s.

BIANCA M., « L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente L. n. 219 del 2012 », *Giust. civ.*, n°s 5-6, 2013, p. 205 et s.

BIANCA M., « Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico », *Le nuove leggi civili commentate*, n° 3, 2013, p. 507 et s.

BIANCHI P., « La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso », *Giur. it.*, 2011, p. 537 et s.

BIDAUD-GARON C., « Le mariage sans sexe.... », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2013, dossier 18.

BIGNAMI M., « L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali », *Giur. cost.*, 2008, p. 595 et s.

BILOTTA F., « Rapport italien », in Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La discrimination, Journées franco-belges*, t. LI, SLC, Paris, 2001, p. 629.

BILOTTI E., « Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni », n° 3, 2017, p. 870 et s.

BIN M., « Divieto di discriminazione », in BAROLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e la salvaguardia delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padoue, 2001, p. 413 et s.

BIN R., « Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia », in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Jovene, Naples, 2011, pp. 363-383.

BIONDI F., « La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto », *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, disponible à l'adresse

http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0026_nota_170_2014_biondi.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].

- BISCHOFF J.-M., « Le mariage polygamique en droit international privé », *TCFDIP*, 1980-1981, t. 2, pp. 91-116.
- BOBBIO N., « Eguaglianza e egualitarismo », *Riv. int. fil. dir.*, 1976, n° 3, p. 332.
- BODEN D., « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2018, pp. 882-898.
- BODEN D., BOLLÉE S., HAFTEL B., HAMMJE P., VAREILLES-SOMMIÈRES (DE) P., « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2015, pp. 400-412.
- BOELE- WOELKI K., « The road toward a European family law », *Electronic Journal of comparative Law*, n° 1, 1997, p. 2 et s.
- BOICHÉ A., « Aspects de droit international privé », in dossier « Mariage : la réforme ! », *AJ fam.*, n° 6, 2013, p. 362 et s.
- BOICHÉ A., « La séparation (Bilan de Bruxelles II bis, articulation avec Rome III, le règlement Aliments et le Protocole de la Haye) », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, p. 29 et s.
- BOLLÉE S., « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2007, pp. 307-355.
- BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, Pedone, Paris, 2015, pp. 233-248.
- BONILINI G., « Lo status o gli status di filiazione? », *Fam. pers. succ.*, n°s 8-9, 2006, p. 681 et s.
- BONNECHÈRE M., « Quelle garantie des droits fondamentaux en droit européen ? », *Europe*, juillet 2000, p. 4.
- BONNECHÈRE M., « Vers une consolidation jurisprudentielle du droit international des droits de l'Homme », *Dr. ouvrier*, n° 1, 2006, p. 1, disponible sur le site http://www.ledroitouvrier.cgt.fr/IMG/pdf/200601_doctrine_bonnechere.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- BORRÁS A., « Introduction générale. L'évolution du droit de la famille en Europe », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, p. 6 et s.
- BOUET-DEVRIÈRE S., « La protection universelle des droits de la femme : vers une efficacité accrue du droit positif international », *RTDH*, n° 43, 2000, pp. 452-477.
- BOULANGER F., « Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence », *AJ fam.*, n° 5, 2016, pp. 250-252.
- BOUREL P., MUIR WATT H., GALLANT E., « Établissement de la filiation : mise en œuvre de la règle de conflit ; effet de la filiation », *J.-Cl. Int.*, fasc. 548-20.
- BRAIBANT G., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in Conseil constitutionnel, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989, p. 99 et s.
- BRULEY Y., « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La Revue*, n° 2, 2012, pp. 111-126.
- BRUN A.-S., « La légitimation : une institution obsolète ? », *Dr. fam.*, n° 11, 2003, pp. 24-25.
- BUCH H., « La notion d'égalité dans les principes généraux du droit », *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 25, n° 97 (3), *L'égalité*, 1971, p. 365.

BUREAU D., « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, LGDJ, Paris, 2014, pp. 155-184.

CAIRE A.-B., « L'ouverture des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation : vers l'avènement de l'anthropotechnie procréative ? », *RDSS*, n° 2, 2018, pp. 298-310.

CALLÉ P., « Mariage homosexuel et adoption de l'enfant du conjoint né par procréation médicalement assistée à l'étranger », *Defrénois*, n° 17, 2015, p. 884.

CALO E., « L'influence du droit communautaire sur le droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Défrénois, Paris, 2007, pp. 53-76.

CALVÈS G., « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in POTVIN-SOLIS L., *Septièmes journées d'étude du pôle européen Jean Monnet, 27, 28 et 29 novembre 2006, Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre personnes de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 47-53.

CAMPIGLIO C., « Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana », *Riv. dir. int. priv. proc.*, n° 1, 2008, pp. 43-76.

CAMPIGLIO C., « Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato », *RDI*, n° 4, 2011, pp. 1029-1061.

CANESTRARI S., « Procreazione assistita : limiti e sanzioni », *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 411 et s.

CANIVET G., « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français et étranger », *RIDC*, n° 1, 2003, pp. 7-22.

CARBONNIER J., « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, pp. 323-346.

CARLIER J.-Y., « Qui circule ? », in FULCHIRON H. (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexis Nexis, Paris, 2019, p. 23 et s.

CARTABIA M., « Le sentenze "gemelle" : diritti fondamentali, Corti, giudici », *Giur. Cost.*, 2007, p. 3567 et s.

CARTABIA M., « I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana », Conférence trilatérale des Cours constitutionnelles italienne, portugaise et espagnole, Rome, 24-26 octobre 2013, disponible sur le site de la Cour constitutionnelle italienne à l'adresse https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].

CASABURI G., « Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio: profili sostanziali », *Foro it.*, 2013.V, p. 79 et s.

CASABURI G., « Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata », *Foro it.*, 2014, I, p. 3414 et s.

CATTO M.-X., « La mention du sexe à l'état civil », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Éditions, Paris, 2014, pp. 29-47.

CELOTTO A., « Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana », in MEZZETTI L., FERRE MAC-GREGO E., *Diritto processuale costituzionale. Omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i 50 anni di ricercatore di diritto*, Cedam, Padoue, 2010, pp. 125-130.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les influences réciproques de la Convention européenne des droits de l'homme et l'ordre juridique de l'Union européenne », in BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U., CUJO E. (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Pedone, Paris, 2013, p. 747 et s.

CHEKIR H., « Le combat pour les droits des femmes dans le monde arabe », *Fondation Maison des sciences de l'homme*, n° 70, 2014, disponible sur http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/01/00/55/44/PDF/FMSH-WP-2014-70_Chekir.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].

CHÉNEDÉ F., « La Cour de cassation confirme la nullité du mariage homosexuel », *AJ fam.*, n° 5, 2007, p. 227 et s.

CHÉNEDÉ F., « ... Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2013, dossier 27.

CHÉNEDÉ F., « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, n° 14, 2016, pp. 796-806.

CHÉNEDÉ F., DEUMIER P., « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *NCCC*, n° 2, 2013, pp. 5-18.

CHEVALLIER J., « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in MORAND C.-A. (dir.), *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 42 et s.

CHEVALIER P., « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères. L'office du juge de l'exequatur, l'ordre public et le portulan », *Rev. crit. DIP*, n° 1, 2014, pp. 1-42.

CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Homme et femme il les créa », *D.*, n° 18, 2008, pp. 1216-1223.

CHOISEL G., « D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction », *RTD Civ.*, n° 3, 2015, pp. 505-516.

CIANCI A. G., « Matrimonio, elementi di internazionalità ed ordine pubblico », *Dir. Fam.*, n° 2, 2003, pp. 461-482.

CICCONETTI S. M., « Creazione indiretta del diritto e norme interposte », *Giur. Cost.*, 2008, n° 1, p. 565 et s.

CLAVIÈRE-BONNAMOUR (DE) C., « L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 195-199.

CLERICI R., « La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale », *Fam. Dir.*, 2009, II, p. 197 et s.

COHEN D., « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989, pp. 451-483.

COHEN D., « Catégories de personnes, égalité et différenciation », in BLOCH P., DUVERT C., SAUPHANOR-BROUILLAUD N. (dir.), *Différenciation et indifférenciation dans le Code civil*, Economica, Paris, 2006, pp. 91-105.

COLOMBET C., « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.*, 1971, chron. 1.

CONETTI G., « I rapporti familiari nella riforma del diritto internazionale privato », *Fam. e dir.*, 1995, p. 321 et s.

CONTI R., « CEDU e interpretazione del giudice : gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo? », 2010, disponible sur le site <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=15857> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

CORNELOUP S., « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *JEDH*, n° 3, 2013, pp. 381-402.

COSTANTINO M., « Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi) », *Foro it.*, 2010.I.1701.

Cour de cassation, « Mariage franco-marocain entre personnes de même sexe (28.01.15) », communiqué de presse, archives 2015, disponible sur le site https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/archives_6783/2015_8003/marocain_entre_30975.html [dernière consultation le 16 novembre 2020].

COURBE P., « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in TAVERNIER P. (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 249-265.

COURBE P., « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.*, n° 12, 2004, pp. 815-820.

COURBE P., « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, p. 236 et s.

COUSSIRAT-COUSTÈRE V., « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille - Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université Lille II*, LGDJ, Paris, 1996, pp. 44-74.

DAMON J., « L'Europe des politiques familiales : la convergence dans l'hétérogénéité », *RDSS*, n° 4, 2008, pp. 601-618.

DANISI C., « La tutela della vita privata e familiare nella Dichiarazione universale dei diritti umani : standard superati o ancora potenziali ? », in TONOLO S., PASCALE G. (dir.), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 287-319.

DAVÌ A., « Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato », *RDI*, n° 2, 2019, pp. 319-329.

DAVÌ A., ZANOBETTI A., « A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, « Le obbligazioni alimentari tra parti di un'unione civile e tra conviventi nel diritto internazionale privato », *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n° 1, 2017, pp. 196-211.

DECAUX E., « Article II-81 », in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICAUD F. (dir.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 289-297.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD. civ.*, 1995, pp. 249-270.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Droit des personnes et de la famille de 1804 au Pacs (et au-delà...) », *Pouvoirs*, n° 4, 2003, p. 40 et s.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC*, n° 21, 2005, pp. 34-39.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC*, n° 58, 2009, pp. 37-41.

- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC*, n° 98, 2012, p. 55 et s.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. (entretien avec), « Droit de garde des enfants : "La loi actuelle est assez équilibrée" », *Le Monde*, 18 février 2013.
- DEMUNCK C., « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *AJCT*, 2013, pp. 266-271.
- DEVERS A., « Les propositions de règlement Régimes matrimoniaux et Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, p. 19 et s.
- DEVERS A., FARGE M., « Le nouveau droit international privé du divorce - À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP G*, 2012, n° 26, doct. 778.
- DIONISI-PEYRUSSE A., Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005, *D.*, n° 14, 2009, pp. 966-971.
- DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Éditions, Paris, 2014, pp. 485-502.
- DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Éditions, Paris, 2014, pp. 49-66.
- DOGLIOTTI M., « Legittimazione dei figli », in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 10^e éd., Utet Giuridica, Turin, 1993, p. 532 et s.
- DOGLIOTTI M., « La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa », *Fam. dir.*, 2003, p. 119 et s.
- DOLCINI E., « La procreazione medicalmente assistita : profili penalistici », in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (dir.), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, t. II, Giuffrè, Milan, 2011, pp. 1537-1604.
- DOSSETTI M., « La disciplina unitaria dello status di figlio: un adempimento che non può essere rinviato », *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 416 et s.
- DOSSETTI M., « L'abrogazione dell'istituto della legittimazione », in DOSSETTI M., MORETTI M., MORETTI C. (dir.), *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Zanichelli, Bologne, 2013, p. 65 et s.
- DOUJET-THOMAS (LE) F., « Nom de famille et nom d'usage : le système onomastique a-t-il un genre ? », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Éditions, Paris, 2014, pp. 67-84.
- DUBOUT E., « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *J.-Cl. Libertés* 2009, fasc. 500.
- DUPRÉ DE BOULOIS X., « Les notions de droits et libertés fondamentaux en droit privé », *JCP*, n° 49, 2007, doct. 211.
- DURNERIN Ph., SCHINDLER-VIGUIÉ S., « La famille et la foi. La foi dans les rapports entre époux et dans les rapports père-mère-enfant », *LPA*, 1987, n° 97.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union ? », in *Mélanges Jean-Paul Jacqué, Chemins d'Europe*, Dalloz, Paris, 2010, p. 263 et s.

- EDEL F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, n° 1, 2009, pp. 213-242.
- ELHOUEISS J.-L., « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI*, n° 1, 2003, pp. 39-85.
- EMANUELE F., « Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano », *Dir. fam.*, 1996, I, p. 326 et s.
- EMILIOZZI E.A., « L'adozione da parte di partners di unioni civiles », *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n° 2, 2018, p. 799 et s.
- ESCACH-DUBOURG T., « Pas encore d'AMP pour toutes », *AJDA*, n° 9, 2019, p. 533 et s.
- ESPOSITO C., « Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione », in ESPOSITO C., *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padoue, 1954, p. 25 et s.
- FADLALLAH I., « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ? », *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1981, pp. 17-29.
- FADLALLAH I., TEXIDOR C., « Polygamie », *Rép. dr. int.*, actualisé en mars 2013.
- FALLON M., « Variations sur le principe d'origine entre droit communautaire et droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 187 et s.
- FANTETTI F. R., « Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso », *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179 et s.
- FARGE M., « La Cour de cassation et la réception de la répudiation musulmane », *JCP G*, 2001, I, 293, p. 253 et s.
- FARGE M., « Contrariété à l'ordre public d'une répudiation algérienne sur mort mariage », *Dr. fam.* n° 11, 2014, comm. 174.
- FARGE M., « L'universalité des droits de l'homme au prisme du Droit international privé des personnes et de la famille », in dossier « Le droit des libertés en question(s) - Colloque des 5 ans de la RDLF », *RDLF*, 2017, chron. n° 29.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, n° 4, 2000, pp. 797-818.
- FAVARD J., « Le labyrinthe des droits fondamentaux », *Dr. soc.*, n° 3, 1999, pp. 215-220.
- FAVOREU L., « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in CONAC G., MAISL H., VAUDIAUX J. (dir.), *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, Paris, 1982, p. 235 et s.
- FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit », in AUBY J.-B., AUBY J.-M., BIENVENU J.-J. (dir.), *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, p. 25 et s.
- FENOUILLET D., « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, pp. 487-528.
- FERRANDO G., « La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo », *Famiglia*, 2003, p. 845 et s.
- FERRANDO G., « La legge sulla filiazione. Profili sostanziali », *Corr. giur.*, n° 5, 2013, p. 525 et s.

FERRANDO G., « Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli *status filiationis* », *Corr. giur.*, 2017, p. 181 et s.

FIALAIRE J., « Droit et religions, carrefour des mutations sociales ? L'exemple de la France », in CHÉLINI-PONT B. (dir.), *Annuaire Droit et Religions*, vol. 3, 2008-2009, PUAM, Aix-en-Provence, 2008, pp. 329-344.

FILIPPIS (DE) B., « La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura », *Fam. dir.*, n° 3, 2013, p. 291 et s.

FILIPPIS (DE) B., « Legge n. 219 del 10 dicembre 2012 », *LexFamiliae*, 2013.I., p. 3 et s.

FINOCCHIARO M., « Ammessa l'azione giudiziale di paternità anche per i casi di filiazione incestuosa. Superato l'ultimo pregiudizio ancestrale in contrasto con la sensibilità moderna », *Guida dir.*, n° 48, 2002, p. 44 et s.

FINOCCHIARO M., « Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore », *Guida dir.*, n° 28, 2017, p. 54 et s.

FOYER J., « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 1993, pp. 620-631.

FOYER J., « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller LGDJ*, Paris, 1994, pp. 127-140.

FOYER J., « Droits internationaux de l'homme et ordre public international », in *Mélanges Raymond Goy. Du droit interne au droit international*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1998, pp. 333-348.

FOYER J., « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 285-302.

FRANDESCAKIS P., « Droit naturel et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Droit international privé et public*, t. 1, Dalloz, Paris, 1960, p. 151 et s.

FRANDESCAKIS Ph., « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, pp. 1-18.

FRANDESCAKIS Ph., « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP*, 1966-1969, pp. 149-169.

FRANCQ S., « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 111-131.

FULCHIRON H., « La famille face à la mondialisation », LOQUIN É., KESSEDJIAN C. (Dir.), *La Mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000, pp. 479-493.

FULCHIRON H., « Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ? », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, Paris, 2002, pp. 29-52.

FULCHIRON H., « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflit de droits ou conflit de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilité des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 353-386.

- FULCHIRON H., « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois*, 2005, n° 19, p. 1461 et s.
- FULCHIRON H., « "Ne répudiez point..." : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », *RIDC*, n° 1, 2006, pp. 7-26.
- FULCHIRON H., « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.*, n° 19, 2006, pp. 1253-1258.
- FULCHIRON H., « La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe - . - ECHR: no obligation to allow same sex couples to marry », *JCP G*, n° 41, 2010, n° 1013, pp. 1899-1904.
- FULCHIRON H., « Reconnaissance en France de l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe prononcée à l'étranger », *JCP G*, 2010.II.1173, pp. 2216-2218.
- FULCHIRON H., « Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur à la peine... », *JCP G*, n° 49, 2012, doct. 1317, pp. 2215-2222.
- FULCHIRON H., « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *JDI*, n° 4, 2013, doct. 9.
- FULCHIRON H., « Un modèle familial européen ? », in H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 171-185.
- FULCHIRON H., « Le "mariage pour tous" est d'ordre public en matière internationale », *D.*, n° 8, 2015, pp. 464-468.
- FULCHIRON H., « Vers un droit vraiment « européen » de la famille ? À propos de la construction d'un *jus commune familiaris* dans le cadre de l'Union Européenne », in BEIGNIER B., DEUMIER P., FULCHIRON H., LARRIBAU-TERNEYRE V. (dir.), BRUGGEMAN M. (coord.), *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, Paris, 2015, pp. 245-260.
- FULCHIRON H., « Divorce, séparation de corps », *JCl. Dr. int.*, synthèse n° 120, actualisé le 19 juillet 2017.
- FULCHIRON H., « Oui à l'adoption plénière de l'enfant né par GPA », *Dr. fam.*, n° 11, 2018, comm. 260.
- GAJA G., « Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali" : un parametro definito solo parzialmente », *RDI*, 2008, p. 136 et s.
- GALLANT E., « Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples », *Europe*, n° 3, 2017, étude 3.
- GALLMEISTER I., « Le mariage homosexuel est contraire à la loi », *D.*, n° 14, 2007, pp. 935-936.
- GALLMEISTER I., « Adoption par la compagne de la mère biologique : exequatur », *D.*, n° 28, 2010, p. 1787.
- GALLMEISTER I., « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public international », *D.*, n° 8, 2015, p. 464 et s.
- GALLMEISTER I., « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : quelles conséquences sur le droit de la filiation », *D.*, n° 31, 2015, pp. 1777-1782.
- GANDINI F., « Il giudice ordinario e la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: il tramonto della judicial review? », *Foro it.*, 2008, p. 57 et s.

- GANNAGÉ L., « Refus de reconnaître une répudiation marocaine », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2002, pp. 730-745.
- GANNAGÉ L., « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen », *RIDC*, 2006, n° 1, pp. 101-116.
- GANNAGÉ L., « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP*, 2006-2008, pp. 205-241.
- GANNAGÉ L., « À propos de l'absolutisme des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 265- 284.
- GANNAGÉ L., « Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identités culturelles (l'exemple du droit français) », in PIRRONE P. (dir.), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 59 et s.
- GANNAGÉ L., « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *APD*, t. 57, 2014, pp. 229-247.
- GANNAGÉ L., « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP G*, n° 12, 2015, pp. 525-529.
- GARLATTI C., « I diritti dei figli nati fuori del matrimonio non riconoscibili », in BIANCA M. (dir.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milan, 2014, p. 238 et s.
- GATTUSO M., « La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso », *Fam. dir.*, 2010, p. 653.
- GAUDEMÉT-TALLON H., « La famille face au droit communautaire », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, Paris, 1996, p. 85 et s.
- GAUDEMÉT-TALLON H., « De quelques sources internationales du droit international privé : ordre ou désordre ? », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, Paris, 2008, p. 463.
- GAUDEMÉT-TALLON H., « Avant-propos », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 1-4.
- GAUDEMÉT-TALLON H., « Divorce. – Divorce prononcé en France. – Loi applicable. – Effets. – Conversion de la séparation de corps en divorce », *JCl. Dr. int.*, fasc. 547-20, actualisé le 1^{er} mars 2017.
- GAUTIER P.-Y., « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, n° 38, 2015, pp. 2189-2190.
- GERBASI G., « Forme e tecniche di tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano e possibili mutamenti conseguenti alla futura adesione dell'Unione europea al sistema convenzionale », *Civitas Europa*, n° 1, 2013, pp. 69-98.
- GERVASONI S., « Le principe d'égalité et de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », in POTVIN-SOLIS L. (dir.), *Septièmes journées d'études du pôle Jean Monnet, 27, 28 et 29 novembre 2006. Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 96 et s.

- GESU (DI) S., « La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale », *Vita not.*, 2017, p. 131 et s.
- GIANFORMAGGIO L., « Eguaglianza formale e sostanziale : il grande equivoco », *Foro it.*, n° 1, 1996, col. 1961.
- GIUDICE (DEL) A., « La filiazione prima e dopo la riforma », *Dir. fam. pers.*, n° 1, 2014, p. 337 et s.
- GODECHOT-PATRIS S., GUILLAUMÉ J., « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.*, n° 26, 2013, pp. 1756-1764.
- GODECHOT-PATRIS S., « Analyse genrée du droit des successions. Étude de droit interne et de droit international privé », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Éditions, Paris, 2014, pp. 377-392
- GOLDMAN B., « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », in René Cassin. *Amicorum discipulorumque liber*, t. 1, Pédone, Paris, 1969, p. 449 et s.
- GOLDSCHMIDT W., « Système et philosophie du droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1955, pp. 639-667.
- GONZALEZ G., « Le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA*, n° 1, 2002, pp. 113-123.
- GONZALEZ G., « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in SUDRE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Cour européenne des droits de l'homme*, Némésis-Anthémis, Liège, 2014, p. 117.
- GOSSELIN-GORAND A., « Le droit international privé communautaire : émergence et incidences », *LPA*, 2002, n° 248.
- GOTHOT P., « Le renouveau de la tendance unilatéraliste », *Rev. crit. DIP*, 1971, pp. 1-36.
- GOUTTENOIRE A., « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ fam.*, n° 11, 2004, pp. 380-383.
- GRANET-LAMBRECHTS F. et HAUSER J., « Le nouveau droit de la filiation », *D.*, n° 1, 2006, chron. 17, pp. 17-28.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « La présomption de paternité », *Dr. Fam.*, n° 1, 2006, étude 3.
- GRASSO G., « La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di giustizia dell'UE », *Giust. civ.*, n° 2, 2017, pp. 525-544.
- GUARINI C. P., « Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I sezione civile », *Riv. AIC*, n° 2, 2016, disponible à l'adresse https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2016_Guarini.pdf, [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- GUEZ Ph., « Le mariage pour tous ou le changement dans la continuité », *Journal de Droit Comparé du Pacifique*, n° 20, 2014, pp. 87-111.
- GUEZ Ph., « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *RDDH*, n° 8, 2015 disponible à l'adresse <http://journals.openedition.org/revdh/1660> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

- GUEZ P., « L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé », in MARAIS A. (dir.), *La procréation pour tous ?*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 69-85.
- GUILLAUMÉ J., « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix des juges ? », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, p. 295 et s.
- HAFTTEL B., « Reconnaissance des adoptions homoparentales prononcées à l'étranger : valse-hésitation à la Cour de cassation », *AJ Fam.*, n° 7-8, 2012, p. 397 et s.
- HAFTTEL B., « Mariage pour (vraiment) tous et hiérarchie des normes », *AJ fam.*, n° 2, 2015, pp. 71-73
- HAMMJE P., « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1997, pp. 1-32.
- HAMMJE P., « Rejet des répudiations musulmanes », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2004, pp. 423-439
- HAMMJE P., « L'ordre public de rattachement », *TCFDIP*, 2006-2008, éd. Pedone, Paris, 2009, pp. 153-186.
- HAMMJE P., « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2010, pp. 747-760.
- HAMMJE P., « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP*, 2011, n° 2, p. 291 et s.
- HAMMJE P., « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *D.*, n° 43, 2012, pp. 2947-2951.
- HAMMJE P., « "Mariage pour tous" et droit international privé - Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2013, pp. 773-806.
- HAMMJE P., « L'ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers », in SANA-CHAILLE De NERE S. (Dir.), *Droit international privé, États membres de l'Union européenne et États tiers*, LexisNexis Litec, Paris, 2017, pp. 65-80.
- HAMMJE P., « Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, Iprolex, Paris, Madrid, 2018, pp. 867-887.
- HAMMJE P., « Reconnaissance d'une *kafala* au titre d'une vie familiale effective avec un citoyen européen aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2019, pp. 768-786.
- HAMMJE P., « Divorce et séparation de corps – La loi applicable au divorce », *Rép. dr. int.*, actualisé en septembre 2020.
- HAUSER J., « Vers une théorie générale du droit familial », *D.*, n° 8, 1991, p. 56 et s.
- HAUSER J., « L'intégration par le législateur français des normes supra nationales de droit de la famille », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, Paris, 1996, pp. 121-134.
- HAUSER J., « Du divorce sexiste ou de la main droite internationale qui ignore la main gauche », *RTD Civ.*, 1999, n° 1, p. 70 et s.
- HAUSER J., « Des filiation à la filiation », *RJPF*, n° 9, 2005, pp. 6-11.

HAUSER J., « Partage d'autorité parentale et couple homosexuel : un service minimum des relations familiales ? », *RTD civ.*, n° 3, 2010, p. 547 et s.

HAUSER J., « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par prétérition et procrastination », *Dr. fam.*, n° 1, 2013, dossier 7.

HAUSER J., « La croisade du mariage pour tous (suite) », *RTD civ.*, n° 2, 2015, pp. 359-360.

HELLERINGER G., GARCIA K., « Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé », *RIDC*, n° 2, 2014, pp. 283-336.

HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D., « Introduction », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Éditions, Paris, 2014, pp. 1-26.

HONORATI C., « La nuova legge sulla filiazione e il suo impatto sul diritto internazionale privato », in LEANZA U. et a. (dir.), *Studi in onore di Giuseppe Tesaurò*, Editoriale Scientifica, Naples, pp. 2737-2764.

HURPY H., « La judiciarisation par défaut du lien de filiation des enfants nés d'une GPA transfrontière avec la mère d'intention », *Rev. UE*, n° 631, 2019, pp. 486-494.

IADECOLA A. M., « Il principio di unificazione dello status di figlio », *Dir. fam. pers.*, n° 1, 2014, p. 364 et s.

IMBERT P.-H., « L'apparente simplicité des droits de l'homme », *RUDH*, 1989, pp. 19-29.

INGENITO C., « Osservazioni a prima lettura della riforma della filiazione – Legge 10 dicembre 2012, n. 219 », *Vita not.*, 2013, p. 920 et s.

IVALDI P., « L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale », in CARBONE S., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (dir.), *Istituzioni di diritto internazionale*, 3^e ed., Giappichelli, Turin, 2006, p. 126 et s.

JACQUÉ J.-P., « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », in DECAUX E., IMBERT P. ET PETTITI L. E. (dir.), *La CEDH article par article*, Economica, Paris, 2^e éd., 1999, p. 41 et s.

JACQUÉ J.-P., « Les apparences et la réalité », *RTD eur.*, n° 4, 2009, pp. 639-642.

JACQUÉ J.-P., « CJUE-CEDH : 2-0 », *RTD eur.*, 2014, p. 823 et s.

JACQUELOT F., « Les interactions entre monisme et dualisme juridictionnel : réflexions autour de l'imbroglio italien », *Constitutions*, n° 2, 2019, pp. 215-222.

JAULT-SESEKE F., « Droit international privé », *D.*, n° 20, 2011, p. 1374 et s.

JEAMMAUD A., « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc.*, 2004, n° 7-8, p. 694 et s.

JESTAZ Ph., « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, pp. 417-430.

JOBARD-BACHELLIER M.-N., GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., « Ordre public international, conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. Affirmation de valeurs intangibles du for », *JCl. Dr. int.*, fasc. 534-2, n° 23.

JORION B., « Égalité et non-discrimination en droit public français », in KOUBI G., GUGLIELMI G. (dir.), *L'égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, Paris, 2000, pp. 141-165.

JOSELIN-GALL M., « Bioéthique », *Rép. dr. int.*, [actualisé en octobre 2019].

JOUANJAN O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16, 1993, p. 135.

JOUANJAN O., « L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, op. cit., 1998, p. 170.

JOUBERT N., « La citoyenneté européenne », communication orale exposée lors du colloque organisé sur le thème « La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé » par L'université Lyon III – Jean Moulin le 11 et 12 octobre 2018, sous la direction de Monsieur Hugues FULCHIRON.

JOURDAIN-THOMAS F., « 91ème Congrès des Notaires de France ; Tours, 21-24 mai 1995 ; La légitimation », *JCP N*, n° 20, 1995, pp. 769-770.

KARAKAS I., « L'effet *erga omnes* des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (l'exemple de l'arrêt *Salduz*) », in TAVERNIER P., PETTITI C. (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme : la jurisprudence en 2009 et 2010*, Nemesis, Anthemis, Bruxelles, Limal, 2013, p. 85 et s.

KESSLER G., « Le mariage homosexuel en question », *JCP G*, n° 46, 2004.II.10169.

KESSLER G., « La consécration par anticipation de l'établissement automatique de la filiation maternelle », *D.*, n° 15, 2006, p. 1029 et s.

KESSLER G., SALAMÉ G., « Ordre public de proximité et filiation », *D.*, n° 42, 2006, pp. 2890-2893.

KINSCH P., « Principes d'égalité et conflits de lois », *TCFDIP*, 2002-2004, éd. Pedone, Paris, 2005, pp. 117-144.

KINSCH P., « La sauvegarde de certaines politiques législatives, cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 447-458.

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. 43-55.

KINSCH P., « Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes », in CORTESE B. (dir.), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2014, pp. 195-203.

LA RUSSA R., CAMPOLONGO A. A., VIOLA R. V. et a., « Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali », *Resp. civ. e prev.*, n° 2, 2017, p. 0683B et s.

LABAYLE H., « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, n° 7 1998, pp. 75-91.

LABAYLE H., F. SUDRE, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, n° 1, 2015, pp. 3-22.

LABBEE X., « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.*, 28 et 29 novembre 2012, pp. 5-7.

- LABBÉE X., « Faut-il repenser l'émancipation ? », *Gaz. Pal.*, n° 6, 2018, pp. 12-13.
- LABRUSSE C., « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *TCFDIP*, 1975-1977, éd. Pedone, Paris, 1979, pp. 111-143.
- LABRUSSE-RIOU C., « La filiation en mal d'institution », in FABRE-MAGNAN M., *Écrits de bioéthique* (dir.), PUF, Paris, 2007, pp. 325-355.
- LACROIX X., « Un droit à l'enfant ? » in FULCHIRON H. (dir.), *Mariage-Conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz, Paris, 2009, p. 121 et s.
- LAGARDE P., « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit. DIP*, 1960, pp. 459-484.
- LAGARDE P., « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 263-282.
- LAGARDE P., « Ordre public », *Rép. dr. int.*, décembre 1998, actualisé en mai 2020 « Public Policy », *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. III, chap. 7, 1994, n°s 29 et s.
- LAGARDE P., « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille », Rapport, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Cracovie, 2005, vol. 71, II, Pedone, Paris, 2006, p. 290 et s.
- LAGARDE P., « La reconnaissance, mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 479-501.
- LAGARDE P., « Refus d'une pension de réversion opposé à la seconde épouse d'un étranger polygame », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, pp. 339-343.
- LAGARDE P., « Sur la vulnérabilité des situations », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, p. 441 et s.
- LAGARDE P., « Règlement n° 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux – Loi applicable », *Rép. Dr. Int.*, actualisé en janvier 2019.
- LALEURE-LUGREZI J., « Le principe d'égalité dans le jugement incident de constitutionnalité en matière fiscale en France et en Italie », *Revue française de finances publiques*, n° 130, 2015, p. 251 et s.
- LANQUETIN M.-T., « Discrimination », *Rép. trav.*, actualisé en janvier 2019.
- LARDEUX G., « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.*, 2011, n° 27, p. 1835 et s.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui, un tableau impressionniste », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, Paris, p. 83 et s.
- LASSERRE-KIESOW V., « L'égalité », *JCP G*, n° 23, 2010, doct. 643.
- LAZZERINI N., « Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea », *RDI*, n° 3, 2013, pp. 883-912.
- LEBEN Ch., « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *Rev. dr. pub.* n° 2, 1982, p. 295 et s.
- LEBEN Ch., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, pp. 19-39.

LEFEBVRE-TEILLARD A., « *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 69, 1991, pp. 331-341.

LEMOULAND J.-J., « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, n° 18, 1997, pp. 133-137.

LEMOULAND J.-J., « Le tourisme procréatif », *LPA*, n° 62, 2001, pp. 24-33.

LEMOULAND J.-J., « Famille », *Rep. Dr. civ.*, [actualisé en décembre 2019].

LENAERTS K., « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *Cah. Dr. Eur.*, n° 1-2, 1991, p. 7 et s.

LENAERTS K., ARTS D., « La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales », in *La personne humaine, sujet de droit. Quatrième Journées René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993)*, PUF, Paris, 1994, pp. 105 et s.

LENTI L., « Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione », *Nuova giur. civ. comm.*, n° 2, 2016, p. 1707 et s.

LEQUETTE Y., « Rapport français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées turques)*, t. XXXIX, 1988, pp. 467-482.

LEQUETTE Y., « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in CARBONNIER J., HALPÉRIN J.-L., COMMAILLE J., EWALD F. (dir.), *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Lexisnexis, Paris, 2004, p. 171 et s.

LEQUETTE Y., « De la "proximité" au "fait accompli" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 481-518.

LEQUETTE Y., « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in CABRILLAC R. (Dir.), *Droit et libertés fondamentaux*, 26^e éd., Dalloz, Paris, 2020, pp. 120-146.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE P., « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, pp. 255-270.

LEROYER M., « Réforme de la filiation. Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (JO 6 juill. 2005, p. 11159) », *RTD civ.*, n° 4, 2005, pp. 836-843.

LEROYER A. M., « La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.*, n° 25, 2013, pp. 1697-1705.

LEROYER A.-M., « Reconnaissance des unions homosexuelles en Italie », *RTD Civ.*, n° 1, 2018, pp. 81-83.

LHERNOULD J.-Ph., « Le périmètre de la famille en droit social communautaire », *Dr. fam.*, 2005, n° 12, pp. 11-15.

LIBCHABER R., « L'exception d'ordre public en droit international privé », in REVET T., *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, Paris, 1996, p. 65 et s.

LIBCHABER R., « Le complexe de la Castafiore », *D.*, n° 9, 2015, pp. 481-484.

LOCHAK D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.*, n° 11, 1987, pp. 778-790.

LOCHAK D., « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1991, pp. 37-45.

- LOCHAK D., « Égalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », in BORRILLO D., *Homosexualité et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, PUF, Paris, 1998, pp. 39-63.
- LONG J., « Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della convenzione europea dei diritti dell'uomo », *Eur. Dir. priv.*, n° 4, 2016, p. 1059 et s.
- LONGO F., « Le “due madri” e il rapporto biologico », *Fam. dir.*, 2018, p. 5 et s.
- LOPES PEGNA O., « Riforma della filiazione e diritto internazionale privato », *RDI*, n° 2, 2014, pp. 394-418.
- LORENZINI L., « Gestation pour autrui : entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant. – Analyse de droit comparé (droit français et droit italien) au regard de la position de la CEDH », *JDI*, n° 3, Juillet 2017, doct. 10.
- LORENZO (DI) G., « La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso », *Giur. cost.*, 2003, p. 446 et s.
- LOUVEL B., « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, n° 23, 2015, pp. 1326-1327.
- LUCCIOLI M. G., « Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte costituzionale, Corte di cassazione) sui profili esistenziali della famiglia », contribution présentée lors de la conférence *Persona e comunità familiare*, Salerne, le 28 et 29 septembre 2012, disponible sur le site http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/convpersona_luccioli_giurisprudenza.pdf, [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- LUCHAIRE F., « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD Civ.*, n° 2, 1982, pp. 245-328.
- LUPO E., « La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta della Cassazione civile e penale », *Cass. Pen.*, 2007, n° 5, p. 2247 et s.
- MADIOT Y., « Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit », in *La protection des droits fondamentaux : actes du colloque de Varsovie, 9-15 mai 1992*, PUF, Paris, 1993, p. 35 et s.
- MAJELLO U., « Diritti dei figli nati fuori del matrimonio e principio di eguaglianza », *Giur. it.*, 1975.IV.101.
- MALAUZIE Ph., « La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit civil français », *JCP G*, 2002.I.143.
- MANGIA A., « Statuti personali e libertà religiosa nell'ordinamento italiano », *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2006, revue en ligne, disponible sur le site http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0022_mangia.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- MANIN Ph., « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », *Pouvoirs*, n° 1, 2001, pp. 51-64.
- MARCHADIER F., « Les droits fondamentaux comme "moteur" de la circulation des personnes et de leur statut familial », in FULCHIRON H. (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexis Nexis, Paris, 2019, pp. 67-96.
- MARCHADIER F., MARGUÉNAUD J.-P., « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in CABRILLAC R. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2020, 26^e éd., pp. 40-68.

MARCHAND J., « Prévention et dissuasion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, n° 6, 2014 pp. 1149-1157.

MARIE J.-B., « De l'universalité des principes à l'universalisation des pratiques des droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme au niveau international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 219-229.

MARTIN R., « L'Homme des droits », *RTD civ.*, n° 2, 2000, pp. 283-289.

MARZAL T., « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé (de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et de loi de police) », *Archives de philosophie du droit*, n° 58, 2015, p. 267 et s.

MARZAL T., « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *RTD civ.*, n° 4, 2017, pp. 789-810.

MARZIO (DI) P., « Figlio di due madri ? », *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 297 et s.

MASSIP J., « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », *Defrénois*, n° 3, 1990, p. 149 et s.

MASSIP J., « Le nouveau droit de la filiation », n° 3, 2006, *Defrénois*, pp. 209-229.

MASSIP J., « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Defrénois*, n° 113, 2009, pp. 3-9.

MASSON C., « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.*, n°4, 2018, pp. 809-832.

MATHIEU B., « Droit constitutionnel et droit civil : de vieilles outres pour un vin nouveau », *RTD Civ.*, n° 1, 1994, pp. 59-65.

MATHIEU-IZORCHE M.-L., « L'égalité juridique », in MICHAUD Y. (dir.), *Égalité et Inégalités*, Odile Jacob, Paris, 2003, p. 58 et s.

MAYER P., « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p. 277 et s.

MAYER P., « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n° 2, p. 129 et s.

MAYER P., « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. Crit. DIP*, n° 4, 1991, pp. 651-665

MAYER P., « L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme », in DELMAS-MARTY M., LUCAS DE LEYSSAC C. (dir.), *Liberté et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996, pp. 250-265.

MAYER P., « Les méthodes de reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 547-573.

MAYER P., « La reconnaissance : notions et méthodes », in LAGARDE P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, Paris, 2013, pp. 27-34.

MÉCARY C. (Entretien avec), « Adoption, transcription et GPA », *Dr. fam.*, n° 11, 2018, entretien 3.

MÉLIN F., « Précisions sur l'ordre public international en matière de filiation », *AJD*, 16 octobre 2017, n° 7.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/le-principe-d-egalite-dans-la>

jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-quelles-perspectives-pour-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite.52731.html [dernière consultation le 16 novembre 2020].

MENGONI L., « La famiglia in una società complessa », *Justitia*, 1990, p. 1 et s.

MEULDERS-KLEIN M.-T., « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, n° 4, 1992, pp. 767-794.

MEULDERS-KLEIN M.-T., « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », *Droit et Société*, n° 23/24, 1993, pp. 163-197.

MEULDERS-KLEIN M.-T., « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », in DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, Paris, 1996, pp. 180-213.

MEULDERS-KLEIN M.-T., « Les concubinages : diversités et symboliques », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, Paris, 2002, pp. 603-617.

MEULDERS-KLEIN M.-T., « Égalité et non-discrimination en droit de la famille. Le rôle des juges », *RTDH*, 2003, n° 56, pp. 1185-1202.

MEYER P., « La fondamentalisation du droit international privé portant sur les personnes et les relations familiales », *RDLF*, 2020, chron. n° 53.

MEZGHANI A., « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI*, n° 3, 2003, pp. 721-765.

MEZZANOTTE P., « La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune », *Federalismi*, 2011, disponible à l'adresse <https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=18487&dpath=document&dfile=08072011153504.pdf&content=La%2Bgiurisdizione%2Bsui%2Bdiritti%2Btra%2BCorte%2Bcostituzionale%2Be%2Bgiudice%2Bcomune%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B> [dernière consultation le 16 novembre 2020]

MICLO F., « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, n° 3, 1982, pp. 115-131.

MILLARD E., « Le positivisme et les droits de l'Homme », *JRC*, n° 1, 2010, pp. 47-52.

MILLARD E., « Précision et effectivité des droits de l'homme », *RDDH*, n° 7, 2015 [en ligne, dernière consultation le 17 juillet 2020].

MIRKOVIC A., « L'impossible adoption des "bébés Thalys" », *RLDC* n° 117, 2014, p. 40 et s.

MOLFESSIS N., « La constitutionnalisation du droit civil », in MATHIEU B. (dir.), *1958 - 2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 419-426.

MOLFESSIS N., « La constitution, source du droit privé », *Pouvoirs*, n° 166, 2018, pp. 59-68.

MONÉGER F., « Brèves remarques sur le droit international privé touché par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *Dr. fam.*, 2005, étude 19, pp. 7-11.

MONÉGER F., « La procréation médicalement assistée au regard des principes d'égalité et de non-discrimination : perspectives de droit international privé », in OMARJEE I., MONÉGER F., ROY O., « Chronique de droit européen et comparé n° XXXII », *LPA*, n° 81, 2015, p. 4 et s.

- MONÉGER F., PLUYETTE G., « Exequatur et principes essentiels du droit français », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, p. 447 et s.
- MONTGOLFIER (DE) J.-F., « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ fam.*, n° 12, 2012, pp. 578-580.
- MONTOYA F., NAVIA F., « Rapport général », in Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La discrimination, Journées franco-belges*, t. LI, SLC, Paris, 2001, p. 427 et s.
- MORANGE J., « La procréation médicalement assistée et la cohérence du droit », *RFDA*, n° 1, 2019, pp. 111-120.
- MORANI G., « L'equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi: prime riflessioni sulla legge 10 dicembre 2012 n. 219 », *Dir. fam. pers.*, n° 2, 2013, p. 746 et s.
- MUIR WATT H., « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Rev. crit. DIP*, 1986, pp. 425-455.
- MUIR WATT H., « Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 308 et s.
- MUIR WATT H., « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *TCFDIP*, 1993-1995, Pedone, Paris, 1996, pp. 49-69.
- MUIR WATT H., « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *APD*, 2001, t. 45, pp. 271-284.
- MUIR WATT H., « Droits fondamentaux et reconnaissance en droit international privé », *JEDH*, n° 3, 2013, pp. 411-435.
- MUIR WATT H., « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, Paris, 2013, pp. 85-95.
- MUIR WATT H., « Conflicts of Laws Unbounded : The case for a Legal-Pluralist Revival », *Transnational Legal Theory*, 2016, pp. 313-353.
- MURAT P., « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Dr. fam.*, 1998, chron. 14, p. 4 et s.
- MURAT P., « Vers la fin des filiations légitimes et naturelles », *Dr. Fam.*, n° 12 bis, 2000, p. 38 et s.
- MURAT P., « Le refus de transformation en adoption », in « Dossier - La réception des institutions algériennes par le droit français : la *kafala* », *Dr. fam.*, 2009, dossier 10.
- NABLI B., « Européanisation et constitutionnalisation du droit national », in ZILLER J. (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, Paris, 2003.
- NAJM-KOBEH M.-C., « La Cour de cassation française et la répudiation musulmane, une décennie après l'entrée en vigueur des réformes du droit de la famille au Maroc et en Algérie », *JDI*, n° 3, 2015, doct. 7, pp. 789-819.
- NARDO (DI) M., « La filiazione incestuosa al vaglio della consulta. I limiti di accertamento giudiziale del rapporto », *Nuova giur. civ. comm.*, 2003.I.543.

NEIRINCK C., « Homoparentalité et adoption », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 35 et s.

NEIRINCK C., « Homoparentalité et ordre public », *RDSS*, n° 6, 2010, pp. 128-133.

NEIRINCK C., « Réforme de l'assistance médicale à la procréation. Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle », *JCP G*, n° 13, 2019, doct. 351, pp. 609-617.

NIBOYET J.-P., « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? », *Rev. crit. DIP*, 1950, p. 509 et s.

NIBOYET M.-L., « Nouveau juges, nouveaux pouvoirs », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot. Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 313-336.

NIBOYET M.-L., SINOPOLI L., « L'exequatur des jugements étrangers en France », *Gaz. Pal.*, 2004, n° 169, p. 4 s.

NICOLUSSI A., « Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini », *Riv. AIC*, n° 1, 2012, p. 7 et s.

NIETZSCHE F., « Mensonge et vérité au sens extra-moral », in BENJAMIN W. (dir.), *Œuvres I*, Gallimard Pléiade, Paris, 2000, p. 407 et s.

NIRO R., « Il controllo della ragionevolezza delle scelte del legislatore », *Foro it.*, n° 5, 1998, p. 1235 et s.

NORD N., « Ordre public international et appréciation de la proximité par le juge », in *De code en code: mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 581-592.

NOURISSAT C., « Retour sur les lois de police dans l'ordre international », *RLDA*, n° 86, 2013, pp. 56-60.

NOURISSAT C., REVILLARD M., « Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Defrénois*, n° 17, 2016, pp. 878-894.

NOVA (DE) R., « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *Rev. crit. DIP*, 1948, pp. 179-203.

OMARJEE I., MONÉGER F., ROY O., « Chronique de droit européen et comparé n° XXXII », *LPA*, n° 81, 2015, p. 4 et s.

PALMERI G., « Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex », *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362 et s.

PAMBOUKIS Ch., « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2008, pp. 513-560.

PANET A., « Dossier "Conventions bilatérales" : mariage et conventions bilatérales », *AJ fam.*, n° 4, 2014, pp. 346-348.

PANET A., « Une méthode de reconnaissance européenne ? », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, p. 242 et s.

PASOTTI L., « Il principio di uguaglianza : Costituzione e Carta di Nizza a confronto », *Riv. SSEF*, n° 2, 2010.

PASTOR J.-M., « Le Sénat divisé sur le projet de loi bioéthique », *D. actualité*, 6 février 2020.

- PASTORE F., « Famiglie immigrate e diritti occidentali : il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia », *RDI*, n° 1, 1993, pp. 73-117.
- PASTRE-BELDA B., « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », *RTDH*, 2015, n° 101, pp. 89-113.
- PATAUT E., « Lois de police et ordre juridique communautaire », in FUCHS A., MUIR WATT H., PATAUT E. (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, p. 117 et s.
- PATAUT E., « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2008, éd. Pedone, Paris, 2009, pp. 71-114.
- PATAUT E., « L'invention du citoyen européen », in FAUVARQUE-COSSON B., PATAUT E., ROCHFELD J., *La citoyenneté européenne*, vol. 3, SLC, Paris, 2011, pp. 27-62.
- PATAUT E., « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, p. 99 et s.
- PAVIA M.-L., « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA*, n° 54, 1994, pp. 6-13.
- PELLET A., « La ratification par la France de la convention européenne des droits de l'homme », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, n° 5, 1974, pp. 1319-1377.
- PELLOUX R., « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *Rev. dr. pub.*, 1982, pp. 909-927.
- PERELMAN Ch., « Égalité et intérêt général », in INGBER L., PERELMAN Ch. (dir.), *Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles L'Égalité*, vol. VIII, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 623 et s.
- PÉRÈS C., « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *D.*, 2019, p. 1184 et s. PERLINGIERI P., « La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima », *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 601 et s.
- PÉROZ H., « La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant la réforme de la filiation », *JDI*, n° 2, 2006, pp. 581-591.
- PFEIFF S., « Reconnaissance et théorie générale du droit international privé », communication orale, exposée lors du colloque organisé sur le thème « La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé » par L'université Lyon III – Jean Moulin le 11 et 12 octobre 2018, sous la direction de Monsieur Hugues FULCHIRON.
- PFEIFF S., « Reconnaissance et théorie générale du droit international privé », in FULCHIRON H. (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexis Nexis, Paris, 2019, pp. 171-184.
- PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° HS, 1998, pp. 6-43.
- PICARD E., « Droit international : rapports avec le droit interne », *Rép. Dr. admin.*, février 2008, [actualisation en octobre 2010].
- PICHARD M., « Genre et rapports patrimoniaux entre époux », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Éditions, Paris, 2014, pp. 339-355.

- PICHARD M., « Conjugalités », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D., *Genre et droit. Ressources pédagogiques*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 229-262.
- PICHARD M., « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes « désactivé » ? », *LPA*, n° 256, 2017, pp. 6-14.
- PICHARD M., « Père-s- sans mere », *LPA*, n° 10, 2019, pp. 8-14.
- PICHARD M., « "Toutes les femmes" ? », *D.*, n° 39, 2019, pp. 2143-2148.
- PICOD F., « La Cour de justice dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP*, n° 6, 2015, pp. 230-234.
- PINEAU J., « L'ordre public dans les relations de famille », *Les cahiers du droit*, vol. 40, n° 2, 1999, pp. 323-344.
- PIRRONE P., « Diritti umani e diritto internazionale privato », in PIRRONE P. (dir.), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 15 et s.
- PIZZETTI F., « I nuovi elementi "unificanti" del sistema italiano: il "posto" della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il "ruolo" dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione », in S. MANCINI (dir.), *Il nuovo titolo V della Parte II della Costituzione*, Giuffrè editore, Milan, 2002, pp. 161-194.
- PIZZORUSSO A., « Le principe d'égalité dans la doctrine et la jurisprudence italienne », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, rapport public n° 48, 1996, *EDCE*, La documentation française, Paris, 1998, p. 209 et s.
- PLATON S., « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », in FAVREAU B. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010, p. 125 et s.
- PLAZY J.-M., « La recherche d'équivalent : la tutelle », in « Dossier - La réception des institutions algériennes par le droit français : la *kafala* » *Dr. fam.* janv. 2009, dossier 10.
- PLUYETTE G., « La définition du mariage civil en question (ou en droit positif) », *D.*, n° 20, 2007, p. 1389 et s.
- POILLOT-PERRUZZETTO S., « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP*, 2002-2004, Pedone, Paris, 2005, pp. 65-116.
- POILLOT-PERRUZZETTO S., « Les contours d'un ordre public européen : l'apport du droit de l'Union européenne », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 159-169.
- PONSARD A., « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », *JDI*, 1972, pp. 765-796.
- PORCELLI M., « Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli », *Dir. fam.*, n° 2, 2013, p. 654 et s.
- PORTA J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination (1ère partie) », *Rev. Trav.*, n° 5, 2011, p. 290 et s.
- PORTA J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *Rev. trav.*, n° 5, 2011, p. 354 et s.

- POUSSON-PETIT J., « Morales sexuelles familiales et traditions juridiques », in KRYNEN J. (dir.), *Le droit saisi par la morale*, PU Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2005, pp. 139-171.
- PUIG P., « La loi d'ordre public international », *RTD civ.*, n° 1, 2015, pp. 91-96.
- PUIG P., « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.*, n° 1, 2016, pp. 70-75.
- RADICATI DI BROZOLO L., « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev. crit. DIP*, 1993, pp. 401-424.
- RAYNAUD P., « L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence ? », *D.*, 1980. chron. 1.
- REGARD J., « "Mariage pour tous" : des circulaires aux fondements juridiques très approximatifs », *Dr. pén.*, n° 9, 2013, étude 14.
- REIGNÉ Ph., « L'assistance médicale à la procréation, l'adoption et la fraude à la loi », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2014, comm. 113.
- REMY B., « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 791-804.
- REND A., « Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza 492/02 della Consulta », *Fam. dir.*, 2004, p. 96 et s.
- REND A., « La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio », *Eur. dir. priv.*, n° 2, 2015, p. 415 et s.
- REND A., « La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore », *Corr. giur.*, 2015, p. 471 et s.
- RENOUX T.-S., « Brèves réflexions sur la gestation pour autrui et le principe d'égalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, pp. 633-643.
- RESCIGNO G.-U., « Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi », *Giur. cost.*, 2009, p. 2417 et s.
- RESCIGNO P., « Sul cosiddetto principio d'eguaglianza nel diritto privato », *Foro it.*, n° 1, 1960, p. 664 et s.
- REVILLARD M., « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé », *Défrenois*, 2013, pp. 743-749.
- RIDEAU J., « Union européenne - Nature, valeurs et caractères généraux », *JCl. Europe Traité*, fasc. 110.
- RIEG A., « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », in STOFFEL W. A., VOLKEN P. (dir.), *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions universitaires, Fribourg, 1990, pp. 473-499.
- RINALDO M., « Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie », *Dir. Fam. Pers.*, n° 3, 2017, p. 976 et s.
- RIVERA I., « La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore », *Genius*, n° 1, 2017, p. 70 et s.

- RIVERO J., « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, Paris, 1965, p. 349.
- RIVERO J., « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in René Cassin *Amicorum discipulorumque liber. Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, t. 3, Pedone, Paris, 1971, pp. 311-322.
- ROBIN-OLIVIER S., « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Dr. Soc.*, n° 6, 1999, pp. 609-621.
- ROLIN H., « Vers un ordre public réellement international », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, pp. 441-462.
- ROMANO G. P., « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2006, pp. 457-519.
- ROMBOLI R., « Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio », *Foro it.*, 2010.I.1361.
- ROSSI L. S., « Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del Titolo V della Costituzione », disponible sur le site http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/155.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- ROULAND N., « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTD Civ.*, n° 2, 1994, pp. 287-320.
- ROUSSEL L., « La famille en Europe occidentale : divergences et convergences », *Population*, vol. 47, n° 1, 1992, pp. 133-152.
- ROUVIÈRE F., « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *JRC*, 2012, p. 89 et s.
- ROUVIÈRE F., « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.*, n° 2, 2017, pp. 524-526.
- ROUX J., « *Vox clamantis in deserto*. L'appel ignoré du Conseil constitutionnel à "priver d'effet" le recours illicite à la PMA et à la GPA », *JCP G*, n° 16, 2015, doctr. 483, pp. 787-794.
- ROY O., « Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant », *LPA*, n° 70, 1998, p. 13 et s.
- RUBELLIN-DEVICHI J., « Une importante réforme du droit de la famille : la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP*, 1993.I.3659.
- RUGGERI A., « La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sentt. nn. 348/2007 e 349/2007) », *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2007, revue en ligne, disponible sur le site http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0001_ruggeri_nota_348_349_2007.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- RUGGERI A., « Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e edu (a prima lettura di Corte cost. nn° 311 e 317/2009) », 2009, disponible à l'adresse http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0030_nota_311_317_2009_ruggeri.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- RUGGERI A., « Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost.

n. 170 del 2014) », *Consulta Online*, Studi, 2014, disponible à l'adresse <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri37.pdf> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

RUOTOLO M., « La "funzione ermeneutica" delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali », *Diritto e società*, n° 2, 2000, pp. 291-319.

RUOTOLO G.M., « Il diritto internazionale privato italiano delle "nuove" famiglie nel contesto europeo », *Questione Giustizia*, n° 2, 2019, disponible sur le site https://www.academia.edu/39881217/Il_diritto_internazionale_privato_italiano_delle_nuove_famiglie_nel_contesto_europeo [dernière consultation le 16 novembre 2020].

RUSSA (LA) R., CAMPOLONGO A. A., VIOLA R. V. et a., « Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali », *Resp. civ. e prev.*, n° 2, 2017, p. 0683B et s.

SALERNO F., « Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno », *RDI*, n° 2, 2006, pp. 340-383.

SALVAGE-GEREST P., « De la loi du 3 janvier 1972 à la loi du 8 janvier 1993, ou plaidoyer pour une vraie réforme du droit de la filiation », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 415-426.

SANA-CHAILLE De NERE S., « La *kafala* et le droit international privé : besoin de qualification », in « Dossier - La réception des institutions algériennes par le droit français : la *kafala* », *Dr. fam.*, n° 1, 2009, dossier 7.

SASSI A., STEFANELLI S., « Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico », *Rivista di BioDiritto*, n° 1, 2019, p. 381 et s.

SAUVÉ J.-M., « Le principe d'égalité et le droit à la non-discrimination », in *Défenseur des droits (dir.)*, *10 ans de droit de la non-discrimination*, colloque, 5 octobre 2015, p. 3, disponible sur le site <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/colloque-10ans-droits-discr.pdf> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

SCAPEL C., Que reste-t-il de la « paix des familles » après la réforme du droit de la filiation ?, *JCP*, 1976.I.2757.

SÉGUR P., « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2020, 26^e éd., p. 15 et s.

SESTA M., « L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari », *Fam. dir.*, 2013, p. 231 et s.

SESTA M., « L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013 », *Fam. Dir.*, n° 5, 2015, pp. 454-465.

SESTA M., « Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma », *Fam. dir.*, 2015, p. 1009.

SILVESTRI G., « La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale », 16 avril 2013, p. 7 disponible à l'adresse https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Parigi201304_Silvestri.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].

SIMON D., « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "Je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, pp. 31-49.

SINDRES D., « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, n° 3, 2012, pp. 887-901.

- SINDRES D., « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI*, n° 2, 2015, doctr. 4, pp. 429-504.
- SINDRES D., « Le refus de transcription d'un acte relatant le mariage bigamique d'un français à l'étranger », *D.*, n° 43, 2016, p. 2553 et s.
- SINOPOLI L., « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome (A propos de l'arrêt Pellegrini contre Italie du 20 juillet 2001) », *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, pp. 2-12.
- SINOPOLI L., « Ordre public international et convention bilatérale devant la Cour de cassation », *RDDH*, n° 8, 2015, disponible à l'adresse <https://journals.openedition.org/revdh/1396> [dernière consultation le 17 novembre 2011].
- STEFANELLI S., « Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale », *Fam. dir.*, 2017, p. 83 et s.
- SUDRE F., « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies », in SUDRE F. (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Les communications individuelles, Actes du colloque de Montpellier des 6 et 7 mars 1995*, IDEDH, Montpellier, 1995, pp. 38-39.
- SUDRE F., « Existe-t-il un ordre public européen ? », in TAVERNIER P. (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39 et s.
- SUDRE F., « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I, doc. n° 335, pp. 1365-1368.
- SUDRE F., « Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Némésis, Bruxelles, 2005, p. 11-34.
- SUDRE F., « Le pluralisme saisi par le juge européen », in LEVINET M. (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 33 et s.
- SUDRE F., « La mystification du "consensus" européen », *JCP G*, n° 50, 2015, doc. n° 1369, pp. 2293-2299.
- SUDRE F., « Les moyens de renforcement de la motivation de la Cour », in TOUZÉ S., *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Éd. A. Pedone, Paris, 2016, pp. 197-209.
- SUDRE F., « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, n° 11, 2017, doctr. 289.
- SZYMCZAK D., « La question de l'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties », in TOUZÉ S., *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Éd. A. Pedone, Paris, 2016, pp. 132-139.
- TESAURO G., « Costituzione e norme esterne », *Dir. Unione Europea*, n° 2, 2009, p. 195 et s.
- THÉRY I., « Peut-on parler d'une crise de la famille ? Un point de vue sociologique », *Revue de neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 2001, n° 49, p. 495 et s.
- THÉRY J.-F., STASSE F., « Sur le principe d'égalité », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, rapport public n° 48, 1996, EDCE, La documentation française, Paris, 1998, pp. 11-110.
- TOMASI L., « La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: agli artt. 8 e 14 CEDU », *Questione giustizia*, n° 2, 2019, pp. 39-52.

- TONOLO S., « La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, n° 1, 2014, p. 81 et s.
- TONOLO S., « L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore », *RDI*, n° 4, 2017, pp. 1070-1102.
- TONOLO S., « Status filiationis da maternità surrogata e adozione da parte del genitore "intenzionale". I limiti nella formula dell'adattamento », *RDI*, n° 4, 2019, pp. 1151-1157.
- TORRONI A., « Unioni civili », *AltalexPedia*, [en ligne, dernière consultation le 31 août 2020].
- TRIMARCHI M., « Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma », *Fam. e dir.*, n° 3, 2013.
- TROIANO S., « Le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio naturale », *Le nuove leggi civili commentate*, n° 3, 2013, p. 451 et s.
- TROIANO S., « Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione », *Jus civile*, n° 5, 2015, pp. 223-249.
- TROILO S., « La libertà religiosa a sessant'anni dalla Costituzione », disponible sur le site http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0089_troilo.pdf [dernière consultation le 16 novembre 2020].
- TULKENS F., DONNAY L., « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC*, n° 1, 2006, pp. 3-24.
- TWARDUCH P., « Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais », *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2016, pp. 465-478.
- UCCELLA F., « Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio », *Vita not.*, 2002, p. 1353.
- USUNIER L., « Libre, mobile, divers : le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne », *RTD civ.*, n° 4, 2016, pp. 806-813.
- UTRI (DELL') M., « Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione », *Giur. mer.*, 2010, n° 2, pp. 358-385.
- VACCARO G. E., « Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le nuove unioni affettive », *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n° 2, 2015, p. 759 et s.
- VALLINDAS P.-G., « Le droit international privé dans le Code civil hellénique », *RIDC*, n° 1, 1949, pp. 95-104.
- VALLINDAS V., « Le principe de l'élasticité de la réserve de l'ordre public et les réserves spécialisées », *Rev. hellénique dr. int.* 1950, p. 270.
- VANQUICKENBORNE M., « La structure de la notion d'égalité en droit », *Revue Internationale de Philosophie*, n° 3, 1971, *L'égalité*, p. 332 et s.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (DE) P., « Jugement étranger – Régularité internationale du jugement étranger », *Rép. proc. civ.*
- VAREILLES-SOMMIÈRES (DE) P., « L'ordre public », in AZZI T., BOSKOVIC O. (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 169-188.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (DE) P., « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2011, pp. 207-290.

VASSALLO G., « Unicità dello stato di figlio e abbandono della differenza fra figli legittimi e naturali », in CASSANO G. (dir.), *La famiglia dopo le riforme*, Giuffrè, Milan, 2015, p. 61 et s.

VEGLERIS P., « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, tome I, Bruylant-LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, pp. 575-580.

VIDAL-NAQUET A., « La constitutionnalisation des branches du droit et "l'impérialisme du droit public" », in BIOY X. (dir.), *L'identité de droit public*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Éditions, Toulouse, 2011, pp. 89-103.

VIGNAL Th., « Ordre public et reconnaissance », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 527-548.

VIGNEAU V., « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.*, n° 3, 2017, pp. 123-125.

VILLANI U., « La questione preliminare », in VILLANI U., FABIO (DI) M., SBORDONE F., *Nozioni di diritto internazionale privato – Parte generale e obbligazioni*, Esi, Naples, 2013, p. 40 et s.

VIRGADAMO P., « Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi », *Dir. fam. pers.*, n° 2, 2017, pp. 353-364.

VRELLIS S., « Quelques réflexions sur l'influence des droits fondamentaux en droit international privé », *RIDC*, n° 1, 2017, pp. 47-64.

WENGLER W., « Les principes généraux du droit et leurs conflits », *S.*, 1952, pp. 595-622.

WENGLER W., « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *Rev. crit. DIP*, 1963, pp. 203-231.

WESTEN P., « The empty idea of equality », *HLR*, vol. 95, n° 1, 1982.

WILLEMS G., « Article 9. Droit de se marier et de fonder une famille », in PICOD F., VAN DROOGHENBROECK S., *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018.

YNTEMA H., « Les objectifs du droit international privé », *S.*, 1959, pp. 1-29.

ZANGHÌ C., « La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione : le sentenze n. 347 e 348 del 2007 », *Consulta Online*, Studi, revue en ligne, 2007, disponible sur le site <http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

ZANOBETTI A., « Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale », *NGCC*, 2012, II, pp. 179-261.

ZANOBETTI A., « Legge 31 maggio 1995, n. 218. – Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato », in SESTA A. (dir.), *Codice della famiglia*, 3^e éd., Giuffrè, Milan, 2015, pp. 4630-4642.

ZANOBETTI A., « La Dichiarazione universale dei diritti umani e la protezione e promozione dei minori », in TONOLO S., PASCALE G. (dir.), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto contemporaneo*, Giappichelli, Turin, 2020, pp. 397-412.

ZOPPINI A., « Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il contratto di convivenza », in MOSCATI E., ZOPPINI A. (dir.), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Turin, 2002, p. 12 et s.

Études et rapports

Étude d'impact, Projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, NOR : RDX1314513L/Bleue-1.

GUIOMARD F., SERVERIN E. (dir.), *Des revendications des salariés en matière de discrimination et égalité ; les enseignements d'un échantillon d'arrêts extraits de la base JURICA (2007-2010)*, Rapport établi dans le cadre de la Mission de recherche Droit et Justice, 2013, p. 30, disponible à l'adresse <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/10-32-RF.pdf> [dernière consultation le 16 novembre 2020].

BILLON A., Rapport d'information n° 670 (2017-2018), fait au nom de la délégation aux droits des femmes, déposé le 17 juillet 2018.

Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Étude à la demande du Premier ministre, révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, p. 49.

Conseil d'État, *Un siècle de laïcité, rapport public 2004*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2004.

Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 2009.

Cour de cassation, *Rapport annuel. L'ordre public*, La documentation française, Paris, 2013.

Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Étude d'impact, Novembre 2012, p. 22, disponible à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344-ei.asp> [dernière consultation le 22 octobre 2019].

Dictionnaires et entrées

CADIET L. (dir.), v. « Famille », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p. 511.

CALVÈS G., v. « Égalité (principe d') », in CHAGNOLAUD D., DRAGO G. (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2007, p. 377.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12^e éd, PUF, coll. Quadrige, 2018.

HERNU R., « Égalité et non-discrimination », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., JOUANJAN O., v. « Égalité », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy, PUF, 2003, p. 585.

LEFEBVRE-TEILLARD A., v. « Famille », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy, PUF, 2003, pp. 698-701.

MARGUÉNAUD J.-P., RIALS S., SUDRE F., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 284.

JURISPRUDENCE CITÉE

Jurisprudence française

TGI

TGI Seine, 26 octobre 1959, *Rev. crit. DIP*, 1960, p. 354, n. Y. Loussouarn.

TGI Seine, 23 mai 1960, *D.*, 1960, p. 714, n. Ph. Malaurie.

TGI Seine, 17 avril 1962, *JDI*, 1963, p. 150, n. B. Goldman.

TGI Versailles, 31 mars 1965, *JDI*, 1966, p. 97, n. A. Ponsard.

TGI Seine, 1^{er} mars 1967, *Office de la jeunesse de la ville de Stuttgart et Ulrich Bidlingmaier c/ Dame veuve Chambon*, *JDI*, 1968, p. 358, n. Ph. Kahn.

TGI Lyon, 20 novembre 1975, *Rev. crit. DIP*, 1976, p. 477, n. P. Lagarde, *JDI* 1976, p. 675, n. D. Mayer.

TGI Paris, 23 avril 1979, *Rev. crit. DIP*, 1980, p. 83, n. Lagarde.

TGI Paris, 5 décembre 1979, *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 88.

TGI Paris, 26 février 1992, *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 58, n. D. Alexandre.

TGI Paris, 5 avril 1994, *D.*, 1995, somm. 118, obs. F. Granet.

TGI Lille, 5 juin 2002, *D.*, 2003, p. 515, n. X. Labbé, *Dr.fam.*, 2003, n° 57, n. B. Beignier.

TGI Bordeaux, 1^e Civ., 27 juillet 2004, RG n° 6427/2004, *Min. publ. C. P. et C., D.*, 2004, p. 2392, n. E. Agostini, *AJ fam.*, 2004, p. 407, obs. L. Attuel-Mendès, *Dr. fam.*, 2004, p. 138, n. V. Larribau-Terneyre, *JCP G*, 2004.II.10169, n. G. Kessler, *Dr. fam.*, 2004, comm. 166, n. M. Azavant.

TGI Versailles, 29 avril 2014, n° 13/00168, *AJ fam.*, 2014, p. 267, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *Dr. fam.*, 2014, repère 7, obs. C. Neirinck, *D.*, 2014, p. 1787, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire.

TGI Tours, 2^e ch. civ., 20 août 2015, *AJ fam.*, 2015, p. 613, obs. S. Le Gac-Pech, *RTD civ.*, 2016, p. 77, obs. J. Hauser, *D.*, 2015, p. 2295, obs. F. Vialla. V. CA Orléans, 22 mars 2016, RG n° 15/03281, *AJ fam.*, 2016, p. 261, obs. C. Siffrein-Blanc, *ibid.*, 2016, p. 233, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

COURS D'APPEL

CA Paris, 13 juillet 1951, *JDI*, 1952, p. 612, n. J.-B. Sialelli.

CA Paris, 28 juin 1973, *Bendoleba*, *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 505, n. J. Foyer.

CA Paris, 18 décembre 1973, *JDI*, 1975, pp. 525-534, n. Y. Lequette.

CA Paris, 1^{er} juillet 1974, *JDI*, 1975, pp. 525-534, n. Y. Lequette.

CA Poitiers, 24 juillet 1980, *JDI*, p. 567, note. C. Labrusse.

CA Paris, 8 novembre 1983, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 475, n. Y. Lequette, *JDI*, 1984, p. 881, n. M. Simon-Depitre.

CA Paris, 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 308, n. Y. Lequette ; Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 1998, *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 637, n. G. A. L. Droz, *JCP G*, 1998. II. 10175, note Th. Vignal.

CA Paris, 9 juin 1995, *D.*, 1995, somm. 171, obs. B. Audit.

CA Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996, p. 156, n. F. Boulanger.

CA Versailles, 11 mars 1999, n° de RG 1997-4540.

CA Paris, 7 février 2002, *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 733.

CA Agen, 7 février 2002, n° de RG 00/00900.

CA Rennes, 4 juillet 2002, N° RG 01/02471, *Dr. fam.*, 2002, comm. 142, obs. P. Murat, *JCP G*, 2003.I.101, obs. J. Rubellin-Devichi.

CA Colmar, 14 novembre 2002, n° de RG 2001/02761.

CA Orléans, 3 décembre 2002, *JCP G*, 2003, IV, 2545.

CA Paris, 16 janvier 2003, n° de RG 2001/21257.

CA Pau, 24 mars 2003, n° de RG 00/002892.

CA Douai, 30 avril 2003, n° de RG 01/6335.

CA Pau, 3 juillet 2003, n° 00/01713.

CA Amiens, 14 avril 2004, n° de RG 01/03540.

CA Versailles, 16 novembre 2004, n° de RG 04/01413.

CA Agen, 13 janvier 2005, n° de RG 04/564.

CA Douai, 23 juin 2005, n° de RG 04/00449.

CA Agen, 10 janvier 2006, n° 04/01045.

CA Lyon, 31 janvier 2006, n° de RG 05/04028.

CA Versailles, 4 avril 2006, n° de RG 04/07937.

CA Montpellier, 1^e ch. civ., 13 juin 2006, n° de RG 05/4488.

CA Lyon, 2^e ch. civ., 25 juillet 2007, n° de RG 06/03707.

CA Lyon, 25 mars 2008, n° de RG 07/05222.

CA Lyon, 20 mai 2008, n° de RG 06/07914.

CA Caen, 4 septembre 2008, n° de RG 07/01853.

CA Metz, 6 janvier 2009, n° de RG 07/00613.

CA Lyon, 2^e ch., 26 octobre 2009, n° de RG 09/00572.

CA Versailles, 2^e ch., 1^e sec., 25 mars 2010, n° de RG 09/02695.

CA Douai, 7^e ch., 2^e sec., 14 avril 2011, n° de RG 10/07690.

CA Lyon, 2^e ch., 24 octobre 2011, n° de RG 10/05987.

CA Toulouse, 10 février 2015, RG n° 14/02830, *AJ fam.*, 2015, p. 220, n. P. Salvage-Gerest.

CA Aix-en-Provence, 14 avril 2015, RG n° 14/13137, *AJ fam.*, 2015, p. 280, n. F. Berdeaux-Gacogne.

CA Versailles, 16 avril 2015, RG n^{os} 14/04243, 14/04244, 14/04245, 14/04253, 14/05356, 14/05360 et 14/07327.

CA Versailles, 2^e ch., 8 octobre 2015, n^o de RG 14/06123.

CA Caen, Civ. 3^e, 8 juin 2018, n^o RG 16/01314.

CA Rennes, 25 novembre 2019, n^{os} 18/01155, 18/01497, 18/01936, *AJ fam.*, 2020, p. 71, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *D.*, 2019, p. 2351, obs. L. de Saint-Pern.

COUR DE CASSATION

Cass. fr., Civ., 28 février 1860, *Bulkley*, *GADIP*, n^o 4.

Cass. fr., Civ., 9 mai 1900, *De Wrède*, *GADIP*, n^o 10.

Cass. fr., Civ., 26 mars 1935, *Rohmann*, *S.*, 1936. 1. 89, n. J.-P. Niboyet, *DP*, 1935. 1. 57, n. R. Savatier, *JDI*, 1936, p. 399, n. J. Perroud.

Cass. fr., Civ., 8 novembre 1943, *Fayeulle*, *DC*, 1944, p. 25, n. R. Savatier, *Rev. crit. DIP*, 1946, p. 273, *JCP*, 1944, II, 2522, n. P. L.-P.

Cass. fr., Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *GADIP*, n^o 19, *D.*, 1948, p. 357, n. P. Lerebours-Pigeonnière, *Rev. crit. DIP*, 1948, p. 89, n. H. Batiffol, *S.*, 1949.I. 21, n. J.-P. Niboyet.

Cass. fr., Civ. 1^e, 17 avril 1953, *Rivière*, *Rev. Crit. DIP*, 1953, p. 421, n. H. Batiffol, *GADIP* n^o 26, *RabelsZ*, 1955, p. 520, n. Ph. Francescakis.

Cass. fr., Civ. 1^e, 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Rev. Crit. DIP*, 1955, p. 723, n. H. Batiffol.

Cass. fr., Civ., 6 mars 1956, *Veuve Moreau c/ Dame Bazbaz*, *Rev. crit. DIP*, 1956, p. 305, n. Ph. Francescakis, *D.*, 1958, p. 709, n. H. Batiffol, *JCP*, 1956. II. 9549, n. A. Weill, *GADIP*, n^o 28.

Cass. fr., Civ., 28 janvier 1958, *Chemouni*, *D.* 1958, p. 265, n. R. Lenoan, *JCP*, 1958, II, 10488, n. P. Louis-Lucas, *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 110, n. R. Jambu-Merlin, *JDI*, 1958, p. 776, n. A. Ponsard, *GADIP*, n^o 30.

Cass. fr., Civ. 1^e, 15 mai 1963, *Patino*, *JCP*, 1963.II.13365, n. H. Motulsky, *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 532, n. P. Lagarde.

Cass. fr., Civ. 1^e, 3 juin 1966, *Domino*, *JDI*, 1967, p. 614 n. Ph. Malaurie, *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 64, n. J. Deruppé.

Cass. fr., Civ. 2^e, 13 décembre 1972, n^o 71-12043.

Cass. fr., Ch. mixte, 24 mai 1975, n^o 73-13556, *D.* 1975 p. 497, concl. A. Touffait.

Cass. fr., Civ. 1^e, 18 décembre 1979, n^o 78-11085.

Cass. fr., Civ., 3 janvier 1980, *Bendeddouche*, *GADIP*, préc. n^o 61, p. 357 s., *Rev. crit.*, 1980, p. 331, n. H. Batiffol, *JDI*, 1980, p. 327, n. M. Simon-Depitre ; *D.*, 1980, p. 549, n. Poisson-Drocourt.

Cass. fr., Civ. 1^e, 1^{er} avril 1981, *De Pedro*.

Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 1982, *Baaziz*, *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 275, n. Y. Lequette.

Cass. fr., Req., 22 février 1982, *Forgo*, *S.* 1882.1.393, n. X. Labbé.

Cass. fr., Civ. 1^e, 15 juin 1982, *Zagha*, *RCDIP*, 1983, p. 472, n. J. M. Bischoff.

Cass. fr., Civ. 1^e, 3 novembre 1983, n° 81-15745, *Rohbi*, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 325, 1^e esp., n. I. Fadlallah, *JDI*, 1984, p. 329, n. Ph. Kahn.

Cass. fr., Civ. 1^e, 9 octobre 1984, *Hublin*, *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 643, n. J. Foyer, *JDI*, 1985, p. 906 n. M. Simon-Depitre.

Cass. fr., Civ. 2^e, 5 juin 1985, n° 84-11088.

Cass. fr., Civ. 1^e, 12 mai 1987, *Weyrich-Laroche*, *JDI*, 1988, p. 101, n. M.-L. Niboyet-Hoegy, *Gaz. Pal.*, 1988, p. 321.

Cass. fr., Civ. 1^e, 8 décembre 1987, *Mediane*, *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 733, 1^e esp., n. M.-L. Niboyet-Hoegy.

Cass. fr., Civ. 2^e, 15 juin 1988, n° 86-15476.

Cass. fr., Civ. 1^e, 6 juillet 1988, *Baaziz II*, *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1989, p. 71, n. Y. Lequette ; Civ. 2^e, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27864, *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, p. 339, n. P. Lagarde.

Cass. fr., Civ. 1^e, 3 novembre 1988, 87-11568, *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 495 n. J. Foyer, *JDI*, 1989, p. 703, n. F., Monéger.

Cass. fr., Soc., 11 juillet 1989, n° 85-46008 et n° 86-10665, *JCP*, 1990.II.21553, n. M. Meunier, *GAJC*, n° 24.

Cass. fr., Civ. 1^e, 6 juin 1990, n° 88-15008, *Akla*, *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 593, 1^e esp., n. P. Courbe.

Cass. fr., Civ. 2^e, 21 novembre 1990, n° 89-17659, *D.*, n° 31, 1991, p. 434, n. E. Agostini.

Cass. fr., Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, *JCP*, 1991, II, 21752, n. F. Terré, *Defrénois*, 1991, p. 948, n. J. Massip, *D.*, 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier et n. J.-M. Thouvenin, *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller.

Cass. fr., Soc., 5 mars 1992, n° 90-10575 ; CA Orléans, 3 décembre 2002, *JCP G*, 2003, IV, 2545.

Cass. fr., Civ. 1^e, 10 février 1993, *Latouz*, n° 89-21997, *Rev. Crit. DIP*, 1993, p. 620, n. J. Foyer, *Defrénois*, 1993, p. 982, n° 86, obs. J. Massip, *JCP G*, 93.I.3688, n° 10, n. H. Fulchiron, *JDI*, 1994, p. 124, n. I. Barrière-Brousse.

Cass. fr., Civ. 1^e, 1^{er} juin 1994, n° 92-13523, *D.*, 1995, p. 263, n. J. Massip, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 103, 2^e esp., n. J. Déprez, *GADIP*, n° 67-69.

Cass. fr., Civ. 2^e, 12 décembre 1994, 92-17098.

Cass. fr., Civ. 1^e, 31 janvier 1995, n° 93-10769, *JDI*, 1995, p. 343, 2^e esp., n. Ph. Kahn.

Cass. fr., Soc. 9 novembre 1995, n° 94-10857, *Bull.* 1995 V, n° 296.

Cass. fr., Civ. 1^e, 19 décembre 1995, n° 93-19950, *Bull. civ.* I, n° 469.

Cass. fr., Civ. 1^e, 11 mars 1997, n° 94-19447, np, *D.*, 1997, p. 400, n. M.-L. Niboyet, *JDI*, 1998, p. 110, n. Ph. Kahn.

Cass. fr., Civ. 3^e, 17 décembre 1997, n° 95-20.779, *D.* 1998, p. 111, n. J.-L. Aubert, *JCP G*, 1998, II, 10093, A. Djigo ; *Dr. fam.* 1998, comm. 36, H. Lécuyer, *Defrénois*, 1998, p. 404, obs. A. Bénabent, *RTD civ.*, 1998, p. 347, n° 9, obs. J. Hauser.

Cass. fr. Civ. 1^e, 27 janvier 1998, n° 95-14453.

Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 1998, n°s 95-18646 et 95-18647, *Vialaron*, *JCP*, 1998, II, 10175, p. 1912, n. Th. Vignal.

Cass. fr., Civ. 1^e, 3 juillet 2001, n° 00-11968, *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 704, n. L. Gannagé, *JCP*, 2002.II.10039, n. Vignal, *JDI*, 2002, p. 181, n. Ph. Kahn.

Cass. fr. Civ. 1^e, 24 septembre 2002, n° 00-15789, *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 271, note B. Bourdelois, *D.*, 2003, p. 1935, obs. J.-J. Lemouland, *RTD civ.*, 2003, p. 62, obs. J. Hauser, *AJ fam.*, 2002, p. 384, obs. S. D.-B.

Cass. fr., Civ. 1^e, 19 novembre 2002, n° 00-22334.

Cass. fr., Civ. 2^e, 16 septembre 2003, n° 02-30224, *Bull. civ. II*, n° 268, *RTD civ.*, 2004, p. 67, obs. J. Hauser, *Dr. fam.*, 2004, comm. 115, note P. Fadeuilhe.

Cass. fr., Civ. 1^e, 6 janvier 2004, n° 01-01600.

Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 2004, n°s 01-11549, 02-15766, 02-17479, 02-10755 et 02-11618, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 423, n. P. Hammje, *JCP*, 2004.II.10128, n. H. Fulchiron, *D.*, 2004, p. 824, concl. Cavarroc, *JDI*, 2004, p. 1200, n. L. Gannagé, *Gaz. Pal.*, 2004, p. 27, n. M.-L. Niboyet.

Cass. fr., Civ. 1^e, 17 février 2004, n°s 02-17479, 01-11549, 02-11618, 02-15766, 02-10755, *Gaz. Pal.*, 2004, n° 56, p. 29 et n° 247, p. 33, n. M.-L. Niboyet, *D.*, 2004, p. 815, concl. F. Cavarroc, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 423, n. P. Hammje.

Cass. fr., Soc. 6 juillet 2005, n° 03-47249, *Bull. civ. V*, n° 236.

Cass. fr., Civ. 1^e, 25 octobre 2005, n° 03-20845, *D.*, 2006, p. 1495, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; 10 mai 2006, n°s 04-19444 et 05-15707, *Dr. fam.*, 2006, n° 177, n. M. Farge.

Cass. fr., Civ. 2^e, 19 janvier 2006, *D.*, 2006, p. 2454, n. Bidaud-Garon.

Cass. fr., Civ. 1^e, 14 février 2006, n° 05-13006, *Dr. fam.*, 2006, comm. 107, n. P. Murat, *JCP G*, 2006.I.157, n. M. Luby, S. Poillot-Peruzzetto, *JCP G*, 2006.I.199, n. Y. Favier, *D.*, 2006, p. 1029, n. I. Gallmeister, n. G. Kessler, p. 1140, n. F. Granet-Labrechts, *AJF*, 2006, p. 162, n. F. Chénédé, *RLDC*, 2006, n° 29, p. 41, n. M.-C. Meyzeaud-Garaud, *RJPF*, 2006, p. 25, n. T. Garé, *RTD Civ.*, 2006, p. 294, n. J. Hauser.

Cass. fr., Civ. 1^e, 24 février 2006, *D.*, 2006, p. 897, n. D. Vigneau, *Defrénois*, 2006, art. 38415, n° 40, n. J. Massip, *RTD civ.*, 2006, p. 297, n. J. Hauser, *RDSS*, 2006, p. 578, n. C. Neirinck.

Cass. fr. Civ. 1^e, 14 mars 2006, n° 05-13921.

Cass. fr., Civ. 1^e, 10 mai 2006, 05-10299, *D.*, 2006, 2890, n. G. Kessler, *ibid.*, 2007, 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *JCP G*, 2006. II. 10165, note T. Azzi, *AJ fam.*, 2006, p. 290, obs. A. Boiché, *Gaz. Pal.*, 10-12 décembre 2006, p. 12, n. J. Sainte-Rose.

Cass. fr., Civ. 1^e, 10 mai 2006, n°s 04-19444 et 05-15707, *Dr. fam.*, 2006, n° 177, n. M. Farge, *JCP G*, 2006, II, 10165, n. T. Azzi.

Cass. fr. Civ. 1^e, 7 juin 2006, n° 04-17219.

Cass. fr. Civ. 1^e, 20 septembre 2006, n° 04-16534.

Cass. fr., Civ. 1^e, 10 octobre 2006, n° 06-15265, Civ. 1^{re}, *RDSS*, 2006, p. 1098, n. C. Neirinck, *D.*, 2007, pan. 460, obs. F. Granet, *D.*, 2007, chron. 816, H. Fulchiron, *JCP*, 2007.II.10072, n. M. Farge, *ibid.*, I.170, n° 13, obs. J. Rubellin-Devichi, *AJ fam.*, 2007, p. 32, obs. A. Boiché.

Cass. fr., Civ. 2^e, 14 février 2007, n° 05-21816, *JDI*, 2007, p. 933, n. B. Bourdelois ; *Dr. fam.*, 2007, comm. 99, note A. Devers.

Cass. fr., Civ. 1^e, 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14082, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 420, n. B. Ancel et H. Muir Watt, *JDI*, 2007, comm. 19, n. F.-X. Train, *LPA*, 2007, n° 85, p. 13, n. J.-G. Mahinga, M.-L. Niboyet, *Gaz. Pal.*, 2007, n°s 119-123, doct. 2, *Dr. fam.*, 2007, comm. 97, n. M. Farge.

Cass. fr., Civ. 1^e, 20 février 2007, n° 06-15647, *Dr. fam.*, 2007, n° 80, n. P. Murat, *JCP G*, 2007, II, 10068, n. C. Neirinck.

Cass. fr., Civ. 1^e, 13 mars 2007, n° 05-16627, obs. F. Chénéde, *AJ fam.* 2007, n° 5, p. 227 et s., note E. Agostini, *D.*, n° 20, 2007, p. 1389, n. G. Pluyette.

Cass. fr., Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418, *Dr. fam.*, 2007, comm. 182, n. A. Devers.

Cass. fr. Civ. 1^e, 22 mai 2007, n° 06-10433.

Cass. fr. Civ. 1^e, 10 juillet 2007, n° 06-19083.

Cass. fr. Civ. 1^e, 19 septembre 2007, n° 06-1957.

Cass. fr. Civ. 1^e, 17 octobre 2007, n° 06-21962.

Cass. fr. Civ. 1^e, 31 octobre 2007, n° 06-20799.

Cass. fr., Civ. 1^e, 19 décembre 2007, n° 06-21369, *D.*, 2008, p. 1028, n. L. Mauger-Vielpeau, *AJ fam.*, 2008, p. 74, n. F. Chénéde, *JCP G*, II.10046, n. Y. Favier, *Rev. proc.*, n° 2, 2008, comm. 46, n. M. Douchy-Oudot, *Dr. fam.*, n° 2, 2008, comm. 28, n. P. Murat.

Cass. fr., Civ. 1^e, 22 octobre 2008, n° 07-15823.

Cass. fr., Civ. 1^e, 25 février 2009, *JCP G*, 2009.II.10072, n. A. Gouttenoire, *D.*, 2009, p. 730, obs. V. Egéa, *Gaz. Pal.*, 2009, n° 120, n. F. Guerchoun, *RTD civ.*, 2009, p. 308, obs. J. Hauser, *AJ Fam.*, 2009, p. 170, obs. A. Boiché, *Dr. fam.*, 2009, com. 82, obs. M. Farge.

Cass. fr., Civ. 2^e, 12 mars 2009, n° 08-10974.

Cass. fr., Civ. 1^e, 17 juin 2009, n° 07-21292, *AJ fam.*, 2009, p. 299, n. I. Gallmeister.

Cass. fr., Civ. 1^e, 30 septembre 2009, n° 08-16883.

Cass. fr., Civ. 1^e, 4 novembre 2009, n° 08-20574, *D.*, 2010, p. 543, n. G. Lardeux, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 313, K. Zaher, *AJ fam.*, 2010, p. 86, obs. A. Boiché.

Cass. fr., Civ. 1^e, 8 juillet 2010, n° 08-21740, *D.*, 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister, *AJ fam.*, 2010, p. 387, obs. A. Mirkovic, *D.*, 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister, *RTD civ.*, 2010, p. 547, obs. J. Hauser, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 747, n. P. Hammje, *RDSS*, 2010, p. 1128, n. C. Neirinck, *JCP N*, 2011, p. 1122, n. J. Massip, *JCP G*, 2010, p. 1173, n. H. Fulchiron, *Rev. proc.*, 2010, comm. 349, n. M. Douchy-Oudot, *Dr. fam.*, 2010, comm. 156, n. M. Farge, *JCP G*, 2010, p. 809, n. A. Devers.

Cass. fr. Civ. 1^e, 20 octobre 2010, n° 09-15379.

Cass. fr., Civ. 1^e, 4 novembre 2010, n° 09-15302.

Cass. fr., Civ. 1^e, 15 décembre 2010, n° 09-10439, *D. actu*, 11 janvier 2012, obs. C. Siffrein-Blanc.

Cass. fr. Civ. 1^e, 23 février 2011, n° 10-14101.

Cass. fr., Civ. 1^e, 23 février 2011, n° 10-14760, *RJPF*, 2011-6/28, obs. T. Garé, *D.*, 2011., pan. 1383, obs. F. Jault-Seseke, *Gaz. Pal.*, 2011, somm. 1134, obs. M. Eppler, *JCP G*, 2011, actu. 261, obs. E. Cornut.

Cass. fr., Civ. 1^e, 9 mars 2011, n° 10-10385, *D.*, 2011, p. 876, n. C. Siffrein-Blanc, *AJ fam.*, 2011, p. 205, n. F. Chénéde, *JCP G*, 2011.615, n. F. Boulanger, *Dr. fam.*, 2011, n° 5, comm. 74, n. C. Neirinck.

Cass. fr. Civ. 1^e, 9 mars 2011, n° 10-13758.

Cass. fr., Civ. 1^e, 6 avril 2011, n°s 09-66486 et 10-19053,

Cass. fr., Civ. 1^e, 6 avril 2011, n°s 09-66486, 09-17130, 10-19053, *RTD civ.*, 2011, p. 340, obs. J. Hauser, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 722, n. P. Hammje, *D.*, 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, *D.*, 2011, p. 1522, n. D. Berthiau et L. Brunet, *AJ fam.*, 2011, p. 265, obs. B. Haftel, *Dr. fam.*, 2011, étude 14, obs. C. Neirinck, *JCP N*, 2011, n° 16, obs. E. Fongaro.

Cass. fr., Ass. plén., 15 avril 2011, n°s 10-17049 et 10-30313, *D.*, 2011, entretien G. Roujou de Boubée ; *ibid.*, 2012, p. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *RTD civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. Marguénaud.

Cass. fr. Civ. 1^e, 18 mai 2011, n° 10-19750.

Cass. fr., Civ. 1^e, 26 octobre 2011, n° 09-71369, *D.*, 2012, p. 1228 obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, *ibid.*, 2011, p. 2728, *JDI*, 2012, p. 176, n. J. Guillaumé, *AJ fam.*, 2012, p. 50, obs. E. Viganotti ; Cass. fr., Civ. 1^e, 27 septembre 2017, n° 16-19654, *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 882, n. D. Boden, *RDLF*, 2018 chron. n° 06, n. K. Bihannic.

Cass. fr., Civ. 2^e, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27864, *Rev. crit. DIP*, n° 2, 2012, p. 339, n. P. Lagarde.

Cass. fr., Civ. 1^e, 14 mars 2012, n° 11-11896, np, *AJ fam.*, 2012, p. 460, obs. A. Boiché, *RJPF*, n° 5, 2012, p. 19, obs. T. Garé.

Cass. fr., Civ. 1^e, 7 juin 2012, n°s 11-30261 et 11-30262, *D.*, 2012, 1992, n. I. Gallmeister, *D.*, 2012, p. 1973, n. D'Avout, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 587, n. L. Gannagé, *AJ fam.*, 2012, p. 397, n. A. Dionisi-Peyrusse ; Cass. fr., avis, 22 septembre 2014, n°s 14-70006 et 14-70007.

Cass. fr., Civ. 1^e, 26 septembre 2012, n° 11-25015, *RJPF*, n° 11, 2012, p. 26, obs. D. Martel.

Cass. fr., Civ. 2^e, 14 mars 2013, n° 11-27903.

Cass. fr., Civ. 1^e, 13 septembre 2013, n°s 12-18315 et 12-30138, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 909, n. P. Hammje, *AJ fam.*, 2013, p. 579, obs. F. Chénédé, *AJ fam.*, 2013, p. 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne, *AJ fam.*, 2013, p. 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *RTD civ.*, 2013, p. 816, obs. J. Hauser, *D.*, 2013, p. 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.*, 2013, p. 2377, avis C. Petit, *D.*, 2013, p. 2382, obs. I. Gallmeister, *D.*, 2013, p. 954, obs. REGINE, *D.*, 2013, p. 2384, note M. Fabre-Magnan, *D.*, 2013, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke.

Cass. fr. Civ. 1^e, 23 octobre 2013, n° 12-21344, *D.*, 2013, p. 2518, *RTD civ.*, 2014, p. 94, n. J. Hauser, *AJ fam.*, 2013, p. 709, n. A. Boiché.

Cass. fr. Civ. 1^e, 23 octobre 2013, n° 12-25802.

Cass. fr., Civ. 1^e, 23 octobre 2013, n° 12-25919, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 247, n. F. Monéger.

Cass. fr., Civ. 1^e, 4 décembre 2013, n° 12-26066, *JCP G*, 2014, p. 93, n. M. Lamarche, *Dr. fam.*, 2014, comm. 1, n. J.-R. Binet, *D.*, 2014, p. 153, n. H. Fulchiron, *D.*, 2014, p. 179, n. F. Chénédé, *AJ. fam.*, 2014, p. 663, n. F. Chénédé, *AJ. fam.*, 2014, p. 124, n. S. Thouret, *RTD Civ.*, 2014, p. 88, n. J. Hauser, *RTD Civ.*, 2014, p. 307, n. J.-P. Marguénaud.

Cass. fr., Civ. 2^e, 23 janvier 2014, n° 13-11362.

Cass. fr., avis, 22 septembre 2014, n°s 14-70006 et 14-70007, *AJ fam.*, 2014, p. 555, n. F. Chénédé, *D.*, 2014, p. 2031, n. A.-M. Leroyer, *JCP G*, 2014, act. 1004, n. J. Hauser, *D.*, 2014, p. 1876, *Dr. fam.*, 2014, comm. 160, n. C. Neirinck.

Cass. fr., Civ. 1^e, 24 septembre 2014, n° 13-21751, *Dr. fam.*, 2014, comm. 174, n. M. Farge, *JDI*, 2015, comm. 2, p. 114, n. F. Mélin.

Cass. fr. Civ. 2^e, 9 octobre 2014, n° 13-20864.

Cass. fr., Civ. 2^e, 9 octobre 2014, n° 13-22499.

Cass. fr., Civ. 1^e, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 400, n. D. Boden, S. Bollée, B. Haftel, P. Hammje, P. de Vareilles-Sommières, *LPA*, 27 février 2015, n° 42, p. 6, n. V. Legrand, *JCP*, 2015, p. 318, n. L. Gannagé, *JDI*, 2015, p. 597, n. J. Guillaumé, S. Godechot-Patris, *ibid.*, p. 613, n. Th. Vignal ; *ibid.*, p. 622, n. B. Mathieu ; *D.*, 2015, p. 464, n. H. Fulchiron, *RTD civ.*, 2015, p. 91, obs. P. Deumier.

Cass. fr., Civ. 2^e, 12 février 2015, n° 13-19751, *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2015, p. 621, n. E. Ralser ; 5 novembre 2015, n° 14-25565, *JDI*, 2016, 7, n. M. Farge, *JDI*, 2016, p. 554 n. P. Murat ; 20 décembre 2018, n° 17-27987, *JCP*, 2019, doct. 215, obs. M. Lamarche.

Cass. fr. Civ. 1^e, 15 avril 2015, n° 14-13420.

Cass. fr., Ass. plén., 3 juillet 2015, n°s 14-21323 et 15-50002, *AJ fam.*, 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *RTD civ.*, 2015, p. 581, obs. J. Hauser, *D.*, 2015, p. 1819, obs. I. Gallmeister, *D.*, 2015, p. 1819, n. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.*, 2015, p. 1481, édito. S. Bollée, *D.*, 2015, p. 1773, point de vue D. Sindres, *D.*, 2015, p. 915, obs. REGINE, *D.*, 2015, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 885.

Cass. fr., Civ. 1^e, 8 juillet 2015, n° 14-17880, *D.*, 2015, p. 1539, *JDI*, 2015, p. 1147, n. P. de Vareilles-Sommières, *JCP*, 2015, p. 1024, n. E. Fongaro.

Cass. fr., Civ. 1^e, 25 mai 2016, n° 15-10532, np, *Dr. fam.*, 2016, n° 192, obs. M. Farge.

Cass. it. Civ. 1^e, 30 septembre 2016, n° 19599, préc.

Cass. fr., Civ. 1^e, 19 octobre 2016, n° 15-23137, préc. ; 23 février 2011, n° 10-14101, préc. ; 23 février 2011, n° 10-14760.

Cass. fr., Civ. 1^e, 7 décembre 2016, n° 15-22996 ; 4 décembre 2013, n° 12-26161 ; 20 octobre 2010, n° 08-17033 ; 25 février 2009, n° 08-11033.

Cass. fr., Civ. 1^e, 8 mars 2017, n° 16-13666, *RTD civ.*, 2017, p. 369, n. J. Hauser.

Cass. fr., Civ. 1^e, 22 mars 2017, n° 16-13946, *RTD Civ.*, 2017 p. 458, M. Grimaldi, *AJ fam.* 2017, p. 366, obs. J. Casey, *Dr. fam.*, n° 6, 2017, comm. 137, n. M. Nicod.

Cass. fr., Civ. 1^e, 4 mai 2017, n° 16-17189, *D.*, 2017, p. 1399, n. J.-P. Vauthier et F. Vialla, *RTD civ.*, 2017, p. 607, obs. J. Hauser.

Cass. fr., Civ. 1^e, 5 juillet 2017, n°s 16-16901 et 16-50025, *AJ fam.*, 2017, p. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *LPA*, 2017, p. 6, n. M. Pichard, *AJ fam.*, 2017, p. 375, point de vue F. Chénéde, p. 547, F. Berdeaux, *D.*, 2017, p. 1737, *D.*, 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts, *D.*, 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke.

Cass. fr., Civ. 1^e, 27 septembre 2017, n° 16-19654, *JCP G*, 2017, p. 1311, n. E. Gallant, *Dr. fam.*, 2017, comm. 234, n. M. Farge.

Cass. fr., réexamen n° 17, 16 février 2018, *JCP G*, 2018, act. 344, n. Gouttenoire.

Cass. fr., Civ. 1^e, 4 juillet 2018, n° 17-16102, *Dr. fam.*, 2018, comm. 270, M. Farge.

Cass. fr., Civ. 1^e, 20 mars 2019, n° 18-12327, n° 18-50008, n° 18-11815 et n°18-50006, préc.

Cass. fr., Civ. 1^e, 19 septembre 2019, n° 18-18237, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 325, n. I. Fadlallah ; 4 novembre 2010, n° 09-15302, *Dr. fam.*, 2011, n° 47, obs. E. Viganotti, *AJ fam.* 2011, p. 46, obs. A. Boiché, *RLDC*, 2011/78, n° 4098, obs. J. Gallois, *RTD civ.*, 2011, p. 116, obs. J. Hauser, *RJPF*, 2011-1/21, obs. M.-C. Meyzaud-Garaud.

Cass. fr., Ass. plén., 4 octobre 2019, n° 10-19053, *AJ fam.*, 2019, p. 592, obs. J. Houssier, *D.*, 2019, p. 2228, n. H. Fulchiron et C. Bidaud, *RTD civ.*, 2019, p. 817, obs. J.-P. Marguénaud, *Dr. fam.*, 2019, comm. 261, n. J.-R. Binet, *JCP G*, 2019, p. 1184, n. A. Gouttenoire et F. Sudre, *Dr. fam.*, 2019, comm. 219, n. A. Philippot.

Cass. fr., Civ. 1^e, 6 novembre 2019, n° 18-17111, *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 487, n. P. Lagarde, *JDI*, 2020, p. 937, note S. Bollée, *D.*, 2020, p. 130, note J. Guillaumé.

Cass. fr., Civ. 1^e, 18 décembre 2019, n° 18-11815 et n° 18-12327, *Dr. fam.* 2019, n° 104, n. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2019, 175, obs. Dionisi-Peyrusse, *ibid.*, p. 218, obs. Berdeaux.

Cass. fr., Civ. 1^e, 16 décembre 2020, n° 19-20948, *JCP N*, 2020, obs. H. Péroz.

CONSEIL D'ÉTAT

CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, Lebon 190, concl. B. Frydman.

CE, Ass., avis, 15 avril 1996, *M. Doukouré*, n° 176399, *AJDA*, 1996.

CE, 9 février 2001, *Soubeyrand*, n° 196040.

CE, avis, 28 juin 2002, n° 220361.

CE, 7 juin 2006, *AIDES et GISTI*, n° 285576.

CE, 13 juin 2016, n° 372721, *AJDA*, n° 22, 2016.

CE, 28 septembre 2018, n° 421899, *D.*, 2018, p. 1917.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

C. Const. fr., 27 décembre 1973, n° 73-51 DC, *Loi de finances pour 1974* (également dénommée *Taxation d'office*).

C. const. fr., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, GDCC, n° 17.

C. Const. fr., 15 juillet 1976, n° 76-67 DC, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires [Dossier des fonctionnaires]*, *JCP*, 1974.II.17691, n. N. Quoc Dinh.

C. const. fr., 17 janvier 1979, n° 78-101 DC.

C. const. fr., 21 janvier 1981, n° 80-128 DC, *Loi relative au travail à temps partiel*.

C. const. fr., 22 octobre 1982, n° 144 DC, *Irresponsabilité pour fait de grève*.

C. const. fr., 7 janvier 1988, n° 87-232 DC, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*.

C. const. fr., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*.

C. const. fr., 11 janvier 1995, n° 95-363 DC, *Loi relative au financement de la vie politique*.

C. const. fr., 9 novembre 1999, n° 419 DC, *Pacte civil de solidarité*, JCP, 2000.I.210, chron. N. Molfessis, D., 2000, somm. 424, obs. S. Garneri, Dr. fam., 1999, p. 46, chron. G. Drago.

C. const. fr., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*.

C. const. fr., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

C. const. fr., 9 juillet 2010, n° 2010-13.

C. const. fr., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, D., 2010, p. 2744, n. F. Chénédé, AJ fam., 2010, p. 487, obs. F. Chénédé, RTD civ., 2010, p. 776, obs. J. Hauser.

C. const. fr., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*, point 5, AJ fam., 2011, p. 157, obs. F. Chénédé, D., 2011, p. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, RTD civ., 2011, p. 326, n. J. Hauser, Dr. fam., 2011., comm. 32, n. R. Ouedraogo.

C. const. fr., 25 mars 2011, n° 2010-108 QPC, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*.

C. const. fr., 29 juillet 2011, n° 2011-155 QPC, *Mme Laurence L. [Pension de réversion et couples non mariés]*.

C. const. fr., 30 septembre 2011, n° 2011-173 QPC, *M. Louis C. et autres [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation]*, point 3, AJ fam., 2011, p. 549, obs. F. Chénédé.

C. const. fr., 5 octobre 2012, n° 2012-279 QPC, *M. Jean-Claude P. [Régime de circulation des gens du voyage]* ; 9 juillet 2010, n° 2010-13 QPC, *M. Orient O. et autre [Gens du voyage]*.

C. const. fr., 21 octobre 2011, n° 2011-186/187/188/189 QPC, *Mlle Fazia C. et autres [Effets sur la nationalité de la réforme de la filiation]*.

C. const. fr., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, Dr. fam., 2013, comm. 98, n. J.-R. Binet, Dr. fam., 2013, alerte 40, n. V. Egéa, Loyers et copropriété, n° 6, 2013, alerte 54, n. B. Vial-Pédroletti, AJ fam., 2013, p. 332, n. F. Chénédé, D., 2013, p. 1643, chron. F. Dieu, RTD civ., 2013, p. 579, obs. J. Hauser.

C. const. fr., 28 janvier 2014, n° 2013-361 QPC, *Consorts P. de B. [Droits de mutation pour les transmissions à titre gratuit entre adoptants et adoptés]*.

C. const. fr., 9 avril 2015, n° 2015-463 QPC.

C. const. fr., 17 septembre 2015, n° 2015-482 QPC, *Société Gurdebeke SA [Tarifs de la taxe générale sur les activités polluantes portant sur les déchets non dangereux]*.

C. const. fr., 7 octobre 2015, n° 2015-488 QPC, *M. Jean-Pierre E. [Indemnité exceptionnelle accordée à l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé]*.

C. const. fr., 16 septembre 2016, n° 2016-563 QPC, *M. Dominique B. [Date d'évaluation de la valeur des droits sociaux des associés cédants, retrayants ou exclus]*.

C. const. fr., 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*.

C. const. fr., 16 mars 2017, n° 2016-618 QPC, *Amende pour défaut de déclaration de trust*.

C. const. fr., 5 octobre 2018, n° 2018-737 QPC, *M. Jaime Rodrigo F. [Transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français]*.

Jurisprudence italienne

TRIBUNAUX

Trib. Rome, 8 octobre 1975, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 384.

Trib. min. Rome, 24 juillet 1989, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 114.

Trib. min. Bologne, 9 février 1990, *Riv. dir. int.*, 1990, p. 422.

Trib. Milan, 17 décembre 1991, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 109.

Trib. Latina, 31 mai 2005, *Nuova giur. civ. e comm.*, 2006, I, 86, n. F. Bilotta; *Dir. e giust.*, 2005, p. 30, n. G. Dosi, *Dir. fam.*, 2005, 1268, n. P. Cavana, *ibid.*, 2006, I, 606, n. M. Casini, M. L. Di Pietro.

Trib. Naples, 1^{er} juillet 2011, *Corr. Merito*, 2012, I, p. 13.

Trib. Naples, décret 14 juillet 2011, *M. c. Comune di Barano d'Ischia*, *Foro it.*, 2012, I, p. 3349, note G. Casaburi.

Trib. Mantoue, 16 janvier 2014, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 2014, p. 995, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2014, p. 831.

Trib. Milan, 14 avril 2014, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 413, n. Trinchera.

COURS D'APPEL

CA Rome, 29 octobre 1948, *Foro pad.*, 1949, I, p. 348, n. Martino.

CA Milan, 14 décembre 1965, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 381, n. Lanfranchi.

CA Brescia, 9 novembre 1973, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 306.

CA Rome, 9 juillet 1973, *Dir. fam. pers.*, 1974, n. C. Schwarzenberg, p. 653.

CA Milan, 17 décembre 1991, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 109.

CA Milan, 13 mai 1994, validée par Cass.it., Civ. 1^e, 2 mars 1999, n° 1739, *Foro it.*, n° 5, 1999, p. 1458, *Fam. dir.*, 1999, p. 327, n. V. Zambrano, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, p. 613, *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2695, n. L. Di Gaetano, *Gazzetta giur.*, 1999, fasc. 13, p. 60.

CA Turin, 9 mars 2006, *Dir. Fam. Pers.*, n° 1, 2007, p. 156, n. A. Sinagra.

CA Rome, 13 juillet 2006, *Guida al dir.*, 2006, p. 59, n. F. Bilotta, *Fam. dir.*, 2007, p. 168.

CA Cagliari, 16 mai 2008, n° 198, *JDI*, p. 455, n. A. Marignani.

CA Bari, 13 février 2009, n° 169, *I.M. c. G.A.R.J. e Comune di Bari*, *Fam. Dir.*, 2009, p. 849, n. A. Zanobetti, *Fam. min.*, n° 5, 2009, p. 50, n. M. Castellaneta; *Giur. Merito*, 2010, p. 349, n. M. Dell'Utri.

CA Turin, 29 octobre 2014, *Fam. dir.*, 2015, p. 822, n. M. Farina, *Giur. it.*, 2015, p. 1344, n. F. Cristiani, *Genius*, 2015, fasc. 1, p. 291, n. E. Di Napoli, *Guida al dir.*, 2015, fasc. 5, p. 15, n. G. Buffone.

CA Milan, 28 décembre 2016, *Ilfamiliarista.it*, janvier 2017.

COUR DE CASSATION

Cass. it., 27 mars 1961, n° 690, *Foro it.*, 1962, I, p. 127 ; Cass. it., Ch. réun., 12 mai 1969, n° 1617, *Foro it.*, 1969, I, p. 1698.

Cass. it., Ch. réun., 19 mai 1964, n° 1220, *Foro it.*, n° 7, 1964, p. 1415 et s. ; Cass. it., Civ. 1^e, 5 décembre 1969, n° 3881, *Foro it.*, 1970, n° 1, p. 1977 et s, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 381, n. F. Lanfranchi.

Cass. it., Civ. 1^e, 5 décembre 1969, n° 3881, *Il Foro it.*, 1970, I, p. 1977, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 868.

Cass. it., 7 février 1975, *Foro it.*, 1976, I, p. 442.

Cass. it., 14 février 1975, n° 569, *Giust. Civ.*, 1965, I, p. 993.

Cass. it., 20 mai 1976, n° 1808, *Giur. it.*, 1977, I, p. 1378.

Cass. it., 13 décembre 1978, n° 5919, *Foro it.*, I, p. 323.

Cass., 30 janvier 1979, *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 629, n. Y. Lequette.

Cass. it., Ch. réun., 8 janvier 1981, n° 189, *RDI*, 1981, p. 891.

Cass. it., 14 janvier 1982, n° 228, *Dir. fam. pers.*, n° 2, 2017, p. 353.

Cass. it., 1^{er} mars 1983, n° 1539, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, p. 531.

Cass. it., 27 février 1985, n° 1714, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 368.

Cass. it., Ass. plén., 24 novembre 1989, n° 5074, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, p. 155, *Giur. it.*, 1990, I, p. 926, *Dir. fam*, 1990, p. 424, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 155.

Cass. it., 22 février 1990, n° 1304, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 726.

Cass. it., 19 avril 1991, n° 4235, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 384.

Cass. it., 8 juin 1993, n° 6381, *Corriere giur.*, 1993, p. 947, n. V. Carbone.

Cass. it., Civ. 1^e, 2 mars 1999, n° 1739, préc., *Foro it.*, n° 5, 1999, p. 1458, *Fam. dir.*, 1999, p. 327, n. V. Zambrano, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 1999, p. 613, *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2695, n. L. Di Gaetano, *Gazzetta giur.*, 1999, fasc. 13, p. 60.

Cass. it., 8 mars 1999, n° 1951, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 130, *Fam. dir.*, 1999, p. 449 s., n. R. Clerici.

Cass. it., 9 juin 2000, n° 7877, *Giust. civ.*, 2000, I, 2897, n. L. Lacroce.

Cass. it., Trav., 11 novembre 2000, n° 14662, *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 365, n. F. Ghera, *Impresa*, 2001, p. 148, *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2001, p. 235, *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2719, n. A. Pardini.

Cass. it., Civ. 1^e, 13 avril 2001, n. 5537, *Giust. Civ.*, 2001.I.2379.

Cass. it., Civ. 1^e, 6 décembre 2002, n° 17349, *F. pad.*, 2003, I, comm. 62.

Cass. it., 14 février 2003, n° 365, *Giust. Civ.*, 2003, I, 2773.

Cass. it., Ch. réun., 26 janvier 2004, nos 1338, 1339, 1340 et 1341, *Giur. it.*, 2004, n. 1338.

Cass. it., Civ. 1^e, 28 mai 2004, n° 10378, *RDI*, 2005, p. 209, n. P.V. et C.V ; 17 juillet 2013, n° 17463 ; Trib. Rome, 22 septembre 2004.

Cass. it., Civ. 1^e, 17 juillet 2004, n° 13298, *Fam. dir.*, 2004, p. 457, n. V. Carbone, *Guida al dir.*, 2004, fasc. 31, p. 32, n. M. Finocchiaro, *Arch. civ.*, 2004, p. 1271, *Dir. giust.*, 2004, fasc. 32, p. 27, n. E. Boghetich.

Cass. it., Trav. 10 janvier 2006, n° 4040, *Mass.*, 2006, p. 357, *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 932, n. A. Pileggi.

Cass. it., Civ. 1^e, 28 décembre 2006, n° 27592, *Foro it.*, n° 6, 2007, p. 1789 et s., *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 443 et s.

Cass. it., Civ. 1^e, 4 mai 2007, n° 10215, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 2008, p. 214.

Cass. it., Civ. 3^e, 16 septembre 2008, n° 23725.

Cass. it., Civ. 1^e, 22 septembre 2008, n° 23934, *Foro it.*, 2008, I, p. 3097, *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 881, n. F.R. Fantetti, *Guida al dir.*, 2008, fasc. 40, p. 16, n. S. Pascasi, *Fam. min.*, 2008, fasc. 10, p. 44, n. T. Marvasi, *Fam. dir.*, 2008, p. 1093, n. M.N. Bugetti, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, p. 152, *Corriere giur.*, 2009, p. 489, n. P. Stanzione, R. Conti e G. Autorino, *Giur. it.*, 2009, p. 1391, *Dir. fam.*, 2008, p. 1931, *Nuova giur. civ.*, 2009, I, p. 11, n. R. Villani, *Dir. fam.*, 2009, p. 1074, n. M. Alcuri.

Cass. it., Civ. 3^e, 19 juin 2009 n° 14343.

Cass. it., Civ. 1^e, 15 mars 2012, n. 4148, *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 696, *Riv. AIC*, 2012, n° 1 [en ligne], n. Di Bari.

Cass. it., Trav., 19 février 2013, n° 4049.

Cass. it., Civ. 2^e, 21 mars 2013, n° 7214.

Cass. it., Civ. 3^e, 12 juin 2013, n° 19405, *Foro it.*, 2014, I, p. 2898, n. M. Casoria, *Nuova giur. civ.*, 2014, I, p. 139, n. M. Mazzola, *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 144, n. F. Persano ; Cass. it., Trav., 14 février 2008, n° 13547, *Guida al dir. comunitario e internaz.*, 2008, fasc. 4, p. 64, n. A. Leandro.

Cass. it., Civ. 1^e, 20 juin 2013, n° 15481.

Cass. it., Civ. 1^e, 22 janvier 2014, n° 1277.

Cass. it., Civ. 1^e, 26 septembre 2014, n° 24001, obs. A. Renda, *Corr. giur.*, 2015, n° 4, p. 471 et s. ; Trav., 26 avril 2013, n° 10070 ; Trav., 21 janvier 2013, n° 1302 ; Civ. 3^e, 22 août 2013, n° 19405, *Federalismi.it*, n° 2 ; Trav., 26 novembre 2004, n° 22332, *Massimario.it*, n° 39, 2011, n. S. Marani.

Cass. it., Civ. 1^e, 11 novembre 2014, n° 24001, *Foro it.*, 2014, I, 3414, n. G. Casaburi, *Corr. giur.*, 2015, p. 471, n. A. Renda.

Cass. it., 9 février 2015, n° 2400, *Nuova giur. civ.*, 2015, I, p. 649, n. T. Auletta, *Corriere giur.*, 2015, p. 909, n. G. Ferrando, *Dir. fam.*, 2015, p. 489, *Riv. dir. int.*, 2015, p. 660, *Giur. it.*, 2015, p. 1591, n. P. Bonini, *Riv. neldiritto*, 2015, p. 470, n. M. Iannone, *Riv. neldiritto*, 2015, p. 695, *Guida al dir.*, 2015, fasc. 11, p. 44, n. S. Galluzzo.

Cass. it., Civ. 1^e, 26 mai 2016, n° 12962/16, *Foro it.*, 2016.I.2342, *Fam. dir.*, 2016, p. 1025.

Cass. it., Civ. 1^e, 22 juin 2016, n° 12962, *Foro it.*, 2016, I, c. 2342, *Fam. dir.*, 2016, p. 1025, S. Veronesi, *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, n. P. Morozzo Della Rocca, *Giur. it.*, 2016, p. 2573, n. A. Spadafora.

Cass. it., Civ. 1^e, 30 septembre 2016, n° 19599, préc., *Foro it.*, 2016, I, c. 3329, *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 297, P. Di Marzio, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362, n. G. Palmeri, *Corr. giur.*, 2017, p. 181, n. G. Ferrando.

Cass. it., Ch. Travail, 3 novembre 2016, n° 22318, *Foro it.*, 2017, I, p. 206, n. M. Ferrari, *Lavoro giur.*, 2017, p. 261, n. C. Carchio, *Fam. dir.*, 2017, p. 313, n. R. Nunin, *Argomenti dir. lav.*, 2017, p. 173, n. F. Malzani.

Cass. it., Civ. 1^e, 15 juin 2017, n° 14878, 8, *Foro it.*, 2017, I, c. 2280, obs. G. Casaburi, *Fam. dir.*, 2018, p. 5, n. F. Longo, *Guida dir.*, 28, 2017, p. 54, n. M. Finocchiaro.

Cass. it., Civ. 1^e, 14 mai 2018, n° 11696, *Foro It.*, 2018, I, 1948, *Dir. Comp.*, 2018, n. V. Miri, *Familia*, 2019, p. 473, n. M. Ramuschi.

Cass. it., Civ. 1^e, ord., 1^{er} mars 2019, n° 6161.

Cass. it., Civ. 1^e, 8 mai 2019, n° 12193, *Foro it.*, 2019, I, p. 1951, n. G. Casaburi, *Foro it.*, 2019, I, p. 4027, n. G. Luccioli, *Fam. dir.*, 2019, p. 653, n. M. Dogliotti e G. Ferrando, *Familia*, 2019, p. 345, n. M. Bianca, *Riv. dir. fam.e successioni*, 2019, p. 209, n. S. Cermaria, *Nuova giur. civ.*, 2019, p. 741, n. U. Salanitro, *Stato civile it.*, 2019, fasc. 6, p. 51, *Corriere giur.*, 2019, p. 1198, n. D. Giunchedi, *GenIus*, 2019, fasc. 1, p. 159, *Rass. avv. Stato*, 2019, fasc. 1, p. 102, n. W. Ferrante, *Giur. it.*, 2020, p. 543, n. A. Valongo, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2019, p. 924, n. D. Durisotto, *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1373, n. S. Serravalle, *Foro nap.*, 2019, p. 775, n. S. Rosa, *Dir. fam.*, 2019, p. 1062, n. V. Spadafora, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 2020, p. 369, *Giur. it.*, 2020, p. 1623, n. D. Salvi, *Dir. fam.*, 2020, p. 392, n. P. Mazzamuto, *Questione Giustizia*, 2019, obs. G. Maria Ruotolo [en ligne], *ibid.*, n. M. Acierno e S. Celentano [en ligne].

Cass. it., Civ. 1^e, ord., 29 avril 2020, n° 8325, *Foro it.*, 2020, De Marzo.

Cass. it., Civ. 1^e, 7 août 2020, n° 16804, *Dir. e Giust.*, 10 agosto 2020.

COUR CONSTITUTIONNELLE

C. const. it., 29 mars 1960, n° 15/1960, *Giur. cost.*, 1960.

C. const. it., 23 novembre 1961, n° 64/1961.

C. const. it., 24 février 1964, n° 14/1964.

C. const. it., 4 mai 1966, n° 49/1966.

C. const. it., 14 juin 1966, n° 71/1966.

C. const. it., 12 décembre 1967, n° 144/1967.

C. const. it., 16 décembre 1968, n° 126/1968.

C. Const. it., 27 novembre 1969, n° 147/1969.

C. const. it., 24 juin 1970, n° 133/1970.

C. const. it., 5 février 1974, n° 27/1974.

C. const. it., 20 mars 1978, n° 20/1978, *Giur. it.* 1979, I,1, p. 218, *Vita not.* 1978, p. 448, *Nuovo dir.* 1978, p. 486.

C. const. it., 15 juin 1979, n° 55/1979.

C. const. it., 16 novembre 1979, n° 131/1979.

C. const. it., 25 mai 1980, n° 96/1980.

C. const. it., 18 juillet 1983, n° 214.

C. const. it., 9 juillet 1986, n° 210/1986, *Foro it.*, 1986, I, p. 2676, *Cons. Stato*, 1986, II, p. 990, *Lavoro e prev. oggi*, 1986, p. 2048, *Arch. civ.*, 1986, p. 1057, *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1986, p. 614, *Informazione prev.*, 1986, p. 1153, *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 450, *Lavoro* 80, 1986, p. 1065, *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 1000.

C. const. it., 26 février 1987, n° 71, *Rev. crit. DIP*, 1987, 563, n. B Ancel.

C. const. it., 6 juillet 1987, n° 246, *Foro it.*, 1987, I, 2605, *Impresa*, p. 1987, 1946, *Lavoro e prev. oggi*, 1987, p. 1896, *Cons. Stato*, 1987, II, p. 1130, *Giust. pen.*, 1987, I, p. 367, *Mass. giur. lav.*, 1987, p. 447, *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 653.

C. const. it. 10 décembre 1987, n° 477, *Foro it.*, 1988, I, p. 1455, *Foro it.*, 1988, I, p. 2830, n. E. Pagano, *Cons. Stato*, 1987, II, p. 1814, *Giur. cost.*, 1987, I, p. 3234, *Arch. civ.*, 1988, p. 285, *Corriere giur.*, 1988, p. 135, n. Provenzali, *Giust. civ.*, 1988, I, p. 314, *Riv. dir. int. privato e proc.*, 1988, p. 67, *Nuove leggi civ.*, 1988, p. 250, n. M. Fioravanti, *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 1106, *Dir. fam.*, 1988, p. 58, *Riv. dir. int.*, 1988, p. 220, *Riv. not.*, 1988, p. 401, *Stato civile it.*, 1988, p. 532, *Vita not.*, 1988, p. 156, *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 741, n. F. Salvo.

C. const. it., 28 janvier 1988, n° 176, *Foro it.*, 1988, I, p. 1811, n. E. Caruso, *Dir. fam.*, 1988, p. 670, n. F. Dall'Ongaro.

C. const. it., 11 mai 1988, n° 586, *Giust. civ.*, 1988.

C. const. it., 24 novembre 1988, n° 1064/1988, *Foro it.*, 1989, I, p. 2109, *Giust. civ.*, 1989, I, p. 529, *Cons. Stato*, 1988, II, p. 2222, *Arch. civ.*, 1989, p. 250, *Riv. giur. edilizia*, 1989, I, p. 44.

C. const. it., 12 avril 1990, n° 184/1990 *Foro it.*, 1991, I, p. 3283, *Nuove leggi civ.*, 1990, p. 1452, n. M. Costanza, *Giur. cost.*, 1990, p. 1090, *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 257, *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1133, n. E. Perego, *Nuova rass.*, 1991, p. 1306, *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 422, n. F. Prosperi ; C. const. it., 7 novembre 1994, n° 377/1994, *Cons. Stato*, 1994, II, p. 1617.

C. const. it., 7 novembre 1994, n° 377/1994.

C. const. it., 6 septembre 1995, n° 423/1995, *Foro it.*, 1995, I, p. 2350, *Lavoro giur.*, 1995, p. 1124, *Cons. Stato*, 1995, II, p. 1524, *Lavoro e prev. oggi*, 1995, p. 2032, *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2882, *Arch. civ.*, 1995, p. 1363, *Impresa*, 1995, p. 2121.

C. const. it., 6 septembre 1995, n° 422/1995, *Foro it.*, 1996, I, p. 1961, n. L. Gianformaggio, *Giur. cost.*, 1995, p. 3255, n. U. De Siervo, I. Brunelli, G. Cinanni, *Stato civile it.*, 1996, p. 132, *Foro amm.*, 1996, p. 373, *Enti pubblici*, 1996, p. 311, *Regioni*, 1996, p. 306, n. S. Bartole, *Quaderni regionali*, 1995, p. 1163, *Giur. it.*, 1996, I, p. 579.

C. const. it., 12 septembre 1995, n° 422/1995.

C. const. it., 11 janvier 1996, n° 8, *Foro it.*, 1997, I, p. 2716, *Legislazione pen.*, 1996, p. 550, *Rass. avv. Stato*, 1996, I, p. 20.

C. const. it., 14 octobre 1996, n° 356/1996.

C. const. it., 23 novembre 2000, n° 532/2000, *Arch. civ.*, 2001, p. 168, *Giust. civ.*, 2001, I, p. 591, n. C.M. Bianca, *Impresa*, 2000, p. 1952, *Fam. dir.*, 2001, p. 361, n. G. Ferrando, *Giur. cost.*, 2000, p. 4171, *Corriere giur.*, 2001, p. 1034, n. E. Guerinoni, *Riv. corte conti*, 2000, fasc. 6, p. 217, *Famiglia*, 2001, p. 498, n. M. Dellacasa.

C. const. it., 28 novembre 2002, n° 494/2002, *Foro it.*, 2004, I, p. 1053, *Giur. it.*, 2004, p. 15, n. L. De Grazia, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2003, p. 969, *Dir. fam.*, 2003, p. 622, *Dir. fam.*, 2003, p. 879, n. W. Virga, R. Festa.

C. const. it., 30 janvier 2003, n° 14/2003.

C. const. it., 7 juillet 2005, n° 281/2005, *Dir. e pratica lav.*, 2005, p. 2104, *Impresa*, 2005, p. 1439, *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1990.

C. const. it., 6 février 2006, n° 61/2006 *Foro it.*, 2006, I, p. 1673, *Stato civile it.*, 2006, p. 425, *Giurisdiz. amm.*, 2006, III, p. 71, *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1124, *Lessico dir. fam.*, 2006, fasc. 1, p. 109, *Fam., pers. succ.*, 2006, p. 898, n. L. Gavazzi, *Giur. cost.*, 2006, p. 543, n. E. Palici Di Suni e S. Niccolai, *Guida al dir.*, 2006, fasc. 11, p. 70, n. S. Galluzzo, *Dir. e giustizia*, 2006, fasc. 10, p. 16, n. G. Dosi, *Lessico dir. fam.*, 2006, fasc. 3, p. 42, n. G. Dosi.

C. const. it., 4 juillet 2006, n° 254/2006 (*Foro it.*, 2006, I, p. 2257, *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1678, *Guida al dir.*, 2006, fasc. 30, p. 37, n. M. Finocchiaro, *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 514, n. F. Longobucco.

C. const. it., 22 octobre 2007, n°s 348/2007 et 349/2007 ; S. M. CICONETTI, « Creazione indiretta del diritto e norme interposte », *Giur. Cost.*, 2008, n° 1, p. 565 et s.

C. const. it., 4 mai 2009, n° 140, *Foro it.*, 2010, I, p. 796, *Giur. cost.*, 2009, p. 1513, n. A. Pastorelli, *Cass. pen.*, 2009, p. 4213, *Dir. eccles.*, 2009, p. 731, n. G. Petrulli.

C. const. it., 26 novembre 2009, n° 311/2009.

C. const. it., 4 décembre 2009, n° 317/2009.

C. const. it., 11 mars 2010, n° 80/2010.

C. const. it., 15 avril 2010, n° 138/2010.

C. Const. it., 5 juillet 2010, n° 249/2010.

C. const. it., 3 juin 2013, n° 116/2013, *Foro it.*, 2014, I, p. 3069, *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 54, n. A. Vallebona, *Riv. giur. trib.*, 2014, p. 97, n. M. Procopio, *Giur. cost.*, 2013, p. 1886, *Giur. cost.*, 2013, p. 3587, n. M. Gorlani e V. Mastroiacovo, *Riv. dir. trib.*, 2014, II, p. 61, n. F. Cannata.

C. const. it., 10 juin 2014, n° 162/2014, *Consulta Online*, 2014, n. A. Morrone, [en ligne], *ibid.*, G. Sorrenti, [en ligne], *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, n. F. Perrini, [en ligne], *Riv. AIC*, 2014, n. L. Violini, [en ligne]).

C. const. it., 11 juin 2014, n° 168/2014, *Foro it.*, 2014, I, p. 1989, *Stato civile it.*, 2014, fasc. 7, p. 48, *Dir., immigrazione e cittadinanza*, 2014, fasc. 2, p. 195, *Giur. cost.*, 2014, p. 2678, *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, p. 750.

C. const. it., 11 juin 2014, n° 170/2014, point 5.6, *Foro it.*, 2014, I, p. 2674, n. R. Romboli e S. Patti, *Corriere giur.*, 2014, p. 1059, *Fam. dir.*, 2014, p. 861, n. V. Barba, *Dir. fam.*, 2014, p. 1018, *Riv. neldiritto*, 2014, p. 1811, n. C. Giunta, *Guida al dir.*, 2014, fasc. 28, p. 17, n. M. Finocchiaro, *Nuova giur. civ.*, 2014, I, p. 1139, n. A. Lorenzetti e A. Schuster, *Giur. cost.*, 2014, p. 2694, n. F. Saitto, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2014, p. 855.

C. const. it., 19 avril 2016, n° 133/2016, *Giur. cost.*, 2016, p. 1029.

C. const. it., 15 juin 2016, n° 174/2016, point 2.2 et s., *Foro it.*, 2016, I, p. 3052, *Dir. e pratica lav.*, 2016, p. 1921, *Mass. giur. lav.*, 2016, p. 792, n. C. Pisani, *Lavoro giur.*, 2016, p. 1079, n. L. Calafà, *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2016, p. 763, n. R. Fabozzi, *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, p. 162, n. L. Taschini.

C. const. it., 8 novembre 2016, n° 286/2016, *Foro it.*, 2017, I, p. 1, n. G. Casaburi, *Fam. dir.*, 2017, p. 213, n. E. Al Mureden, *Corr. giur.*, 2017, p. 165, n. V. Carbone, *Giur. it.*, 2017, p. 815, n. R. Favale, *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 818, n. C. Favilli, *Famiglia*, 2017, p. 67, n. V. Brizzolari, *Rass. avv. Stato*, 2017, fasc. 1, p. 97, n. G. Fabrizi, *Guida al dir.*, 2017, fasc. 5, p. 71, n. M. Finocchiaro, *GenIus*, 2017, fasc. 2, p. 178, *Foro amm.*, 2017, p. 1003, *Giur. cost.*, 2017, p. 474, n. F. Astone, *Dir. fam.*, 2017, p. 13, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2017, p. 868, *Rass. dir. civ.*, 2018, 289, n. L. Tullio.

C. const. it., 7 décembre 2016, n° 21/2017 ; 8 novembre 2006, n° 381/2006.

C. const. it., 7 mars 2017, n° 93/2017, point 3.1 et s., *Giur. Cost.*, 2017, 3, p. 961.

Jurisprudence européenne

JURISPRUDENCE DE LA CEDH

COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Comm. EDH, 29 septembre 1975, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74.

Comm. EDH, 3 mai 1983, *X. et Y. c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 9369/81.

Comm. EDH, 13 mai 1986, req. n° 10961/84, *M. et autres c. Belgique*, préc. Comp. CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, préc., *D.*, 2012, p. 1241, n. A. Dionisi-Peyrusse, *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc, *RTD civ.*, 2012, p. 275, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2012, p. 589, n. A. Gouttenoire et F. Sudre.

Comm. EDH., 14 mai 1986, *S. c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 11716/85.

Comm. EDH, 11 novembre 1986, *Lindsay c. Royaume-Uni* (déc.), n° 11089/84.

Comm. EDH, 6 janvier 1992, *A et A c. Pays-Bas* (déc.), req. n° 14501/89.

Comm. EDH., 19 mai 1992, *Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas* (déc.), req. n° 15666/89.

Comm. EDH, 29 juin 1992, *Bibi c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 19628/92.

Comm. EDH, 28 juin 1995, *Pfeuffer c. Allemagne* (déc.), req. n° 26704/95.

Comm. EDH, 18 janvier 1996, *Frischknecht c. Suisse* (déc.), req. n° 28334/95.

Comm. EDH, 18 janvier 1996, *Klopper c. Suisse* (déc.), req. n° 25053/94.

Comm. EDH, 23 janvier 1996, *Olle c. République slovaque* (déc.), req. n° 28407/95.

Comm. EDH, 11 avril 1996, *Gill et Malon c. Pays-Bas et Royaume-Uni*, req. n° 24001/94.

Comm. EDH, 12 avril 1996, *Kaijalainen c. Finlande* (déc.), req. n° 24671/94.

Comm. EDH, 15 mai 1996, *Nick et Hokkanen c. Finlande* (déc.), req. n° 24627/94.

Comm. EDH, 22 octobre 1997, *Foskjaer c. Danemark* (déc.), req. n° 29245/95.

Comm. EDH, 9 septembre 1998, *E.P. c. République slovaque* (déc.), req. n° 33706/96.

Comm. EDH, 9 septembre 1998, *Purtonen c. Finlande* (déc.), req. n° 32700/96.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 28 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, *GACEDH*, n° 9.

CEDH, Ch. Plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72.

CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, *JDI*, 1980, p. 449, obs. P. Rolland.

CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, *RTD civ.*, 1997, p. 542, obs. J.-P. Marguénaud.

CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, *GACEDH*, n° 44.

CEDH, 23 novembre 1983, *Van der Mussele*, req. n° 8919/80, § 43, *Cah. Dr. Eur.*, 1986, p. 204, obs. G. Cohen-Jonathan, *JDI*, 1985, p. 222, obs. P. Rolland, T. Tavernier ; 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, *GACEDH*, n° 4 ; 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, req. n° 13580/88, § 22, *AJDA*, 1995, p. 212, chron. J.-F. Flauss.

CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, § 38, *JDI*, 1986, p. 1074, n. P. Tavernier.

CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n°s 9214/80, 9473/81 et 9474/81, préc., *GACEDH*, n° 4.

CEDH, Plén., 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, § 49, *JDI*, 1987, p. 796, n. P. Tavernier, *AJDI*, 1987, p. 293, n. V. Coussirat-Coustère.

CEDH, Gr. Ch., 18 décembre 1986, *Johnston c. Irlande*, req. n° 9697/82, *GACEDH*, n° 13.

CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, req. n° 8695/79.

CEDH 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, req. n° 11329/85, *JDI*, 1988, p. 892, n. P. Tavernier.

CEDH, Plén., 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, req. n° 10581/83.

CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88, *RTDH.*, 1990, pp. 5, n. W. J. Ganshof Van Der Meersch, *GACEDH*, n° 16, obs. F. Sudre.

CEDH (Plén.), 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84.

CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, § 25, *RFDA*, 1992, p. 510, obs. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle, F. Sudre.

CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, req. n° 13343/87, *JCP G*, 1992.II.21955, n. T. Garé, *D.*, 1993, p. 101, n. J.-P. Marguénaud, *RTD Civ.*, 1992, p. 540, J. Hauser, D. Huet-Weiller, *D.*, 1992, p. 323, n. C. Lombois.

CEDH, 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, req. n° 15070/89, *AJDA*, 1993, p. 483, chron. J.-F. Flauss.

CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, req. n° 14518/89, § 67, *AJDA*, 1994, p. 16, chron. J.-F. Flauss.

CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90, *D.*, 1995, p. 5, n. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 1995.I.3823, n. F. Sudre, *RTDH*, 1995, n. P. Georgin, *RTD civ.*, 1994, p. 563, obs. J. Hauser.

CEDH, 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, req. n° 20060/927, *JCP G*, 1998.I.105, n°44, obs. F. Sudre.

CEDH, Gr. Ch., 22 avril 1997, *X, Y ET Z c. Royaume-Uni*, req. n° 21830/93 ? *D.*, 1997, p. 582, n. S. Grataloup, *JCP G*, 1998.I.107, n. F. Sudre, *RTD civ.*, 1997, p. 1011, n. J.-P. Marguénaud.

CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n° 20458/92, *RDSS*, 1999, p. 599, n. F. Monéger, *D*, 1999, 141, n. J.-P. Marguénaud, J. Mouly.

CEDH, Gr. Ch., 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n°s 22985/93 et 23390/94, *D.*, 1998, p. 370, obs. J.-F. Renucci.

CEDH, 29 juin 1999, *Nylund c. Finlande* (déc.), req. n° 27110/95.

CEDH, 31 août 1999, *Heckl c. Autriche* (déc.), req. n° 32012/96.

CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, *JDI*, 2000, p. 121, n. D. Leclercq-Delapierre, *RTD civ.*, 1999, p. 917, obs. J.-P. Marguénaud.

CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96, *RTD civ.*, 2000, p. 313, obs. J. Hauser, *AJDA*, 2000, p. 526, chron. J.-F. Flauss, *JCP*, 2000.I.203, chron. F. Sudre, *Dr. fam.*, 2000, comm. n°45, obs. A. Gouttenoire-Cornut.

CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97, *D.* 2000. 332, n. J. Thierry et chron. Vareille, *RTD Civ.*, 2000, p. 311, n. J. Hauser, *JCP G*, 2000.II.10286, n. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, *JCP N*, n° 5, p. 245, n. R. Le Guidec.

CEDH, 27 avril 2000, *Shackell c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 45851/99.

CEDH, 11 juillet 2000, *Cernecki c. Autriche* (déc.), req. n° 31061/96.

CEDH, 31 juillet 2000, *A.D.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 35765/97.

CEDH, 3 octobre 2000, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, req. n° 28369/95.

CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne* (déc.), req. n° 56501/00, CEDH 2001-VI.

CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, req. n° 30882/96, *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, p. 2, n. L. Sinopoli.

CEDH, 11 octobre 2001, *Hoffmann c. Allemagne*, req. n° 34045/96.

CEDH, 22 novembre 2001, *R.W. et C.T.G.-W. c. Autriche* (déc.), req. n° 36222/97.

CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, § 36, *D.*, 2002, p. 2024, obs. F. Granet et C. Courtin, *AJDA*, 2002, p. 401, n. I. Poirot-Mazères, *RTD civ.*, 2002, p. 280, obs. J. Hauser, *JCP G*, 2002, p. 1074, n. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre.

CEDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, req. n° 36042/97.

CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, *D.*, 2003, p. 525, n. C. Bîrsan, *ibid.*, p. 1935, chron. J.-J. Lemouland, *ibid.*, p. 2023, n. A.-S. Chavent-Leclère, *AJDA*, 2002n p. 1277, chron. J.-F. Flauss, *RTD civ.*, 2002, p. 782, obs. J. Hauser, *ibid.*, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud, *AJ fam.*, 2002, p. 413, obs. F. Granet, *RDSS*, 2003, p. 137, obs. F. Monéger, *JCP G*, 2003.I.109, chron. F. Sudre.

CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *I. c. Royaume-Uni*, req. n° 25680/94.

CEDH, 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, req. n° 45330/99, § 37, *D.*, 2003, p. 2278, n. L. Burgorgue-Larsen.

CEDH, 13 février 2003, *Refah partisi et a. c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98.

CEDH, 13 février 2003, *Silc c. Slovénie* (déc.), req. n° 45936/99.

CEDH, Gr. Ch., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98, *Dr. fam.*, 2003, comm. 58, n. P. Murat, *JCP G*, 2003.II.10049, n. A. Gouttenoire, F. Sudre, *AJDA*, 2003, p. 603, chron. J.-F. Flauss, *D.*, 2003, p. 739, chron. B. Mallet-Bricout, *RDSS*, 2003, p. 219, n. F. Monéger, *RTD civ.*, 2003, p. 276, obs. J. Hauser.

CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, *RTD Civ.*, 2003, p. 764, n. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2004.I.107, n. F. Sudre.

CEDH, 14 décembre 2003, *Kallo c. Hongrie* (déc.), req. n° 70558/01.

CEDH, 9 mars 2004, *Fabisik c. Slovaquie* (déc.), req. n° 51204/99.

CEDH, 25 mai 2004, *Szakaly c. Hongrie*, req. n° 59056/00.

CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, req. n° 69498/01, *AJDA*, 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss, *RTD civ.*, 2004, p. 804, n. J.-P. Marguénaud.

CEDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, req. n° 29865/96, *RTD Civ.*, 2005, p. 343, n. J.-P. Marguénaud, *AJDA*, 2005, p. 541, n. J.-F. Flauss.

CEDH, 22 décembre 2004, *Merger et Cros c. France*, req. n° 68864/01, *Europe*, 2005, comm. 107, n. V. Lechevallier, *JCP G*, 2005, p. 83, n. F. Sudre, *RTD Civ.*, 2005, p. 335, n. J.-P. Marguénaud, *Dr. fam.*, 2005, étude 17, n. S. Le Chuiton.

CEDH, 4 janvier 2005, *Sanxaridis c. République tchèque* (déc.), req. n° 14789/04.

CEDH, 10 mars 2005, *Brach c. France* (déc.), req. n° 49535/99.

CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim şirketi c. Irlande*, req. n° 45036/98, *RFDA*, 2006, p. 566, n. J. Andriantsimbazovina, *AJDA*, 2005, p. 1886, chron. J.-F. Flauss, *RTD eur.*, 2005, p. 179, n. J.-P. Jacqué, *JCP A*, 2005, p. 1311, n. D. Szymczak.

CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, req. n° 36536/02, *Dr. fam.*, 2005, comm. 234, n. A. Gouttenoire, M. Larche, *RTD Civ.*, 2005, p. 735, n. J.-P. Marguénaud, p. 758, n. J. Hauser.

CEDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni*, req. n° 74025/01, *RSC*, 2006, p. 662, chron. F. Massias, *AJDA*, 2006, p. 466, chron. J.-F. Flauss.

CEDH, 15 novembre 2005, *Fiala c. République tchèque* (déc.), req. n° 26141/03.

CEDH, 29 novembre 2005, *Kříž c. République tchèque* (déc.), req. n° 26634/03.

CEDH, 6 décembre 2005, *Pedovič c. République tchèque* (déc.), req. n° 27145/03.

CEDH, 8 novembre 2005, *D.D. c. France*, req. n° 3/02 (arrêt de radiation de rôle), *Procédures*, n° 5, 2006, comm. 105, n. C. Nourissat.

CEDH, 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, req. n° 55762/00 et 55974/00.

CEDH, 13 décembre 2005, *Zakharova c. France* (déc.), req. n° 57306/00.

CEDH, 10 janvier 2006, *Patera c. République tchèque* (déc.), req. n° 25326/03.

CEDH, 31 janvier 2006, *Mezl c. République tchèque* (déc.), req. n° 27726/03.

CEDH, 28 mars 2006, *Kapr c. République Tchèque* (déc.), req. n° 7152/03.

CEDH, 11 avril 2006, *Ferreira Alves c. Portugal* (déc.), req. n° 25053/05.

CEDH, Gr. Ch., 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 65731/01 et 65900/01.

CEDH, 13 juillet 2006, n° 58757/00, *Jäggi c. Suisse*, *Defrénois*, 2008, p. 573, n° 5, n. J. Massip, *RTD civ.*, 2006, p. 727, n. J.-P. Marguénaud, *ibid.*, 2007, p. 99, obs. J. Hauser.

CEDH, 18 juillet 2006, *Reslová c. République tchèque*, req. n° 7550/04.

CEDH, 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05.

CEDH, 8 janvier 2007, *Vorel c. République tchèque* (déc.), req. n° 39527/06.

CEDH, 18 janvier 2007, *Kaplan c. Autriche*, req. n° 45983/99.

CEDH, 9 mai 2007, *Vinicky c. République tchèque* (déc.), req. n° 204/07.

CEDH, 10 mai 2007, *Runkee et White c. Royaume-Uni*, req. n° 42949/98.

CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01, *D.*, 2007, p. 2700, n. F. Marchadier, *JDI*, n° 1, 2008, comm. 5, *AJDA*, 2007, p. 1918, chron. J.-F. Flauss, *D.*, 2008, p. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807, n. P. Kinsch, *RTD civ.*, 2007, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, *JDI*, 2008, p. 183, n. L. d'Avout, *JCP G*, 2007.I.182, n. F. Sudre.

CEDH, 26 juillet 2007, *Chepelev c. Russie*, req. n° 58077/00.

CEDH, Gr. Ch., 13 novembre 2007, *D.H. et a. c. République tchèque*, req. n° 57325/00.

CEDH, 29 novembre 2007, *Ismailova c. Russie*, req. n° 37614/02.

CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n° 43546/02, *RTD civ.*, 2008, p. 249, n. J.-P. Marguénaud, *D.*, 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *RDSS*, 2008, p. 380, obs. C. Neirinck, *RJPF*, 2008, p. 22, n. S. Valory, *LPA*, 2008, p. 9, comm. F. Chaltiel, *JCP G*, 2008.II.10071, n. A. Gouttenoire et F. Sudre, *RTD fam.*, 2008, p. 942, n. G. Ruffieux, *AJDA*, 2008, p. 978, n. J.-F. Flauss, *AJ fam.*, 2008, p. 118, obs. F. Chénéde, *D.*, 2008, p. 2038, n. E. Royer, *RTD civ.*, 2008, p. 249, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2008.II.10071, n. A. Gouttenoire et F. Sudre.

CEDH, 12 février 2008, *R.R. c. Roumanie (n° 1)* (déc.), req. n° 1188/05.

CEDH, Gr. Ch., 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, *RTDH*, 2009, p. 513, n. J.-P. Marguénaud, *Dr. fam.*, 2008, alerte 44, n. . Bruggeman, *RTD civ.*, 2008, p. 458, obs. J. Hauser.

CEDH, 5 juin 2008, *Sampanis et autres c. Grèce*, req. n° 59608/09.

CEDH, 4 novembre 2008, *Courten c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 4479/06.

CEDH, Gr. Ch. 12 novembre 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*, req. n° 34503/97.

CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04, *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. Flauss, *D.*, 2010, p. 604, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat, *RFDA*, 2009, p. 741, étude S. Peyrou-Pistouley, *AJ pénal*, 2009, p. 81, obs. G. Roussel, *RSC*, 2009, p. 182, obs. J.-P. Marguénaud.

CEDH, Gr. Ch., 18 février 2009, *Andrejeva c. Lettonie*, req. n° 55707/00.

CEDH, 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, req. n° 44399/05, *JCP G*, 2009, p. 143, n. F. Sudre.

CEDH, 28 mai 2009, *Brauer c. Allemagne*, req. n° 3545/04.

CEDH, Gr. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie (n° 2)*, req. n° 10249/03.

CEDH, 3 décembre 2009, *Zaunegger c. Allemagne*, req. n° 22028/04, *AJ fam.*, 2010, p. 434, obs. M. Felgentrager, *JCP*, 2010.I.839, obs. G. Kessler, *RTD civ.*, 2010, p. 773, n. J. Hauser, *JCP G*, 2010, p. 908, n. J. Jehl. Suivi par l'arrêt CEDH, 3 février 2011, *Sporer c. Autriche*, req. n° 35637/03.

CEDH, 8 décembre 2009, *Muñoz Díaz c. Espagne*, req. n° 49151/07, *JCP S*, 2010, p. 1276, n. P. Coursier, *AJDA*, 2010, p. 997, chron. J.-F. Flauss, *AJ fam.*, 2010, p. 45, n. V. Avena-Robardet.

CEDH, Gr. Ch., 22 décembre 2009, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n°s 27996/06 et 34836/06.

CEDH, 2 mars 2010, *Kozak c. Pologne*, req. n° 13102/02.

CEDH, 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie*, req. n° 15766/03.

CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, § 55, *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, *ibid.*, p. 765, n. J. Hauser, *JCP G*, 2010, p. 1013, obs. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2010, p. 333, obs. V. Avena-Robardet.

CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat c. Malte* (déc.), req. n° 38797/07, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 665, n. L. d'Avout.

CEDH, 22 juillet 2010, *P.B. et J.S. c. Autriche*, req. n° 18984/02.

CEDH, 21 octobre 2010, *Alekseyev c. Russie*, req. n°s 4916/07, 25924/08 et 14599/09.

CEDH, Gr. Ch., 2 novembre 2010, *Şerife Yiğit c. Turquie*, req. n° 3976/05, § 72, *Dr. fam.*, 2010, comm. 176, n. V. Larribau Terneyre, *JCP G*, 2010, p. 1184, n. G. Gonzalez, *D.*, 2011, p. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *AJ fam.*, 2010, p. 544, obs. W. Jean-Baptiste.

CEDH, 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, req. n° 664/06, *D.*, 2011, p. 804, n. C. Brière.

CEDH, 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n° 25579/05.

CEDH, 10 février 2011, *Korosidou c. Grèce*, req. n° 9957/08.

CEDH, 15 mars 2011, *R.R. c. Roumanie* (n° 3) (déc.), req. n° 18074/09.

CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, req. n° 56759/08, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 817, étude P. Kinsch, *D.* 2012, p. 1239, obs. F. Jault-Seseke, *JCP G*, 2011, I, 839, n° 7, obs. A. Gouttenoire, *JDI*, 2012, p. 213, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *Dr. fam.*, 2011, alerte 48, obs. M. Bruggeman.

CEDH, Gr. Ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n° 37452/02.

CEDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, req. n° 57813/00.

CEDH, 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06.

CEDH, Gr. Ch., 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, req. n° 42202/07.

CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, . A. Dionisi-Peyrusse, *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc, *RTD civ.*, 2012, p. 275, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2012, p. 589, n. A. Gouttenoire et F. Sudre.

CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n° 30078/06, *RDSS*, 2012, p. 1041, n. D. Tharaud, *D.*, 2013, p. 1235, n. REGINE, *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen, *Dr. fam.*, 2012, comm. 80, n. M. Bruggeman.

CEDH, Gr. Ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, req. n° 42857/05.

CEDH, 12 juin 2012, *Genderdoc-M c. Moldavie*, req. n° 9106/06.

CEDH, Gr. Ch., 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n° 26828/06, § 386, *D.*, 2013, p. 201, obs. J. F. Renucci, N. Fricero, Y. Strickler.

CEDH, 2 octobre 2012, *Hulea c. Roumanie*, req. n° 33411/05.

CEDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, req. n° 43631/09.

CEDH, 9 octobre 2012, *X c. Turquie*, req. n° 24626/09.

CEDH, Gr. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, *RTD Civ.*, 2013 p. 333, n. J-P. Marguénaud et p. 358, n. J. Hauser, *AJ fam.*, 2013, p. 189, obs. N. Levaillain, *D.*, 2013, p. 434, n. I. Gallmeister et p. 1436, n. F. Granet-Lambrechts, *JCP N*, 2013.1061, n. S. Le Chuiton, *Dr. fam.*, 2013, alerte 11, n. M. Lamarche.

CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07, *RTD civ.*, 2013, p. 329, obs. J-P. Marguénaud, *D.*, 2013, p. 502, obs. I. Gallmeister, *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2013, p. 227, obs. F. Chénéde, *Dr. fam.*, 2013, comm. 53, n. C. Neirinck.

CEDH, 28 mai 2013, *Leventoglu Abdulkadiroglu c. Turquie*, req. n° 7971/07, *AJ fam.*, 2013, p. 386, n. V. Avena-Robardet.

CEDH, 6 juin 2013, *Maskhadova et a. c. Russie*, req. n° 18071/05.

CEDH, Gr. Ch., 9 juillet 2013, *Vinter c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09.

CEDH, 3 septembre 2013, *Tuncer Güneş c. Turquie*, req. n° 26268/08.

CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09, *D.*, 2013, p. 2888, n. F. Laffaille, *AJDA*, 2014, p. 147, chron. L. Burgorgue-Larsen, *RTD civ.*, 2014, p. 89, obs. J. Hauser, *AJ fam.*, 2014, p. 49, obs. C. Beaudoin, *Dr. fam.*, 2013, alerte 58, n. M. Lamarche, *JCP G*, 2013, p. 1281, n. F. Sudre.

CEDH, 10 décembre 2013, *Tanbay Tüten c. Turquie*, req. n° 38249/09.

CEDH, 7 janvier 2014, *Cusan et Fazzo c. Italie*, req. n° 77/07, *D.*, 2014, p. 1171, n. F. Granet-Lambrechts, *JCP G*, 2014, p. 108, n. H. Surrel, *JCP G*, 2014, p. 832, n. F. Sudre, *RTD Civ.*, 2014, p. 305, n. J.-P. Marguénaud, *RTD Civ.*, 2014, p. 332, n. J. Hauser, *AJ fam.*, 2014, p. 126, n. C. Doublein, *RJPF*, 2014-3/6, n. I. Corpart.

CEDH, 15 avril 2014, *Dorca c. Roumanie (déc.)*, req. n° 59651/13.

CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* et *Labassée c. France*, req. n°s 65192/11 et 65941/11, *D.*, 2014, p. 1797, n. F. Chénéde, *D.*, 2014, p. 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.*, 2014, p. 1806, n. L. D'Avout ; CEDH, 21 juillet 2016, req. n° 9063/14, *Foulon et Bouvet c. France*, *D.*, 2016, p. 2152, n. A.-B. Caire, *D.*, 2016, p. 1011 obs. H. Gaudemet-Tallon.

CEDH, Gr. Ch., 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n° 43835/11.

CEDH, Gr. Ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n° 37359/09, § 108, *AJ. fam.*, 2012, p. 621, n. B. de Boysson, *RTD civ.*, 2014, p. 855, n. J. Hauser, *D.* 2013, p. 152, n. F. Marchadier, *Dr. fam.*, 2015, comm. 1, n. J.-R. Binet.

CEDH, 2 décembre 2014, *Emel Boyraz c. Turquie*, req. n° 61960/08.

CEDH 16 décembre 2014, n° 52265/10, *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 432, n. F. Marchadier, *AJ fam.*, 2015, p. 47, obs. E. Viganotti.

CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, req. n° 25358/12, *RTD civ.*, 2015, p. 325, obs. J.-P. Marguénaud, *AJ fam.*, 2015, p. 77, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

CEDH, Gr. Ch., 5 juin 2015, *Lambert c. France*, req. 46043/14, *JCP G*, 2015, p. 805, n. F. Sudre, *Dr. fam.*, 2015, comm. 180, n. J. -R. Binet, *D.*, 2015, p. 1625, n. F. Vialla, *AJDA*, 2015, p. 1732, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.*, 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n^{os} 18766/11 et 36030/11, *D.*, 2015, p. 2160, n. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2015, p. 615, obs. M. Rouillard.

CEDH, 23 février 2016, *Pajić c. Croatie*, req. n^o 68453/13.

CEDH, Gr. Ch., 26 avril 2016, *Izzettin Doğan et autres c. Turquie*, req. n^o 62649/10, § 156, *JCP G*, 2016.570, n. G. Gonzalez.

CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, req. n^o 40183/07, *AJ fam.*, 2016, p. 391, obs. F. Berdeaux-Gacogne, *D.*, 2017, p. 1082, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *RTD civ.*, 2016, p. 590, n. J. Hauser et p. 797, n. J.-P. Marguénaud, *JCP G*, 2016, p. 760, n. F. Sudre.

CEDH, 14 juin 2016, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, req. n^o 35214/09, *AJ fam.*, 2016, p. 384, obs. F. Berdeaux-Gacogne.

CEDH, 28 juin 2016, *Halime Kiliç c. Turquie*, req. n^o 63034/11.

CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, req. n^o 51362/09, *D.*, 2016, p. 2100, n. H. Fulchiron, *RTD civ.*, 2016, p. 799, obs. J.-P. Marguénaud.

CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie c. France*, req. n^o 44024/13, *D.*, 2017, p. 1229, n. A.-B. Caire.

CEDH, 9 février 2017, *Mitzinger c. Allemagne*, req. n^o 29762/10.

CEDH, Gr. Ch., 5 septembre 2017, *Fábián c. Hongrie*, req. n^o 78117/13.

CEDH, 26 octobre 2017, *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, req. n^o 28475/12, *Dr. fam.*, 2018, comm. 117, n. J.-R. Binet, *JCP G*, 2017, p. 1230, n. H. Surrel, *Dr. fam.*, 2017, chron. 3, n. A. Gouttenoire, F. Marchadier.

CEDH, Gr. Ch., 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. n^{os} 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, *AJ fam.*, 2018, p. 128, obs. F. Berdeaux, *RTD civ.*, 2018, p. 81, obs. A.-M. Leroyer, *D.*, 2018, p. 446, N. H. Fulchiron.

CEDH, 30 janvier 2018, *Enver Şahin c. Turquie*, req. n^o 23065/1.

CEDH, 3 juillet 2018, *Khalanchuk c. Ukraine* (déc.), req. n^o 71797/13.

CEDH, Gr. Ch., 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce*, req. n^o 20452/14, *RTD civ.*, 2019, p. 281, obs. J.-P. Marguénaud, *AJDA*, 2019, p. 169, chron. L. Burgorgue-Larsen, *D.*, 2019, p. 361, n. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2019, p. 158, obs. J. Houssier, *JCP G*, 2019, p. 49, n. H. Surrel.

CEDH, 10 avril 2019, n^o P16-2018-001, *JDI*, 2019, p. 1149, n. J. Heyman, F. Marchadier, *D.*, 2019, p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke, *ibid.*, p. 1084, n. H. Fulchiron, *AJ fam.* 2019, p. 175, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *ibid.*, p. 289, obs. P. Salvage-Gerest, *AJDA*, 2019, p. 1803, chron. L. Burgorgue-Larsen, *RTD civ.*, 2019, p. 307, obs. A.-M. Leroyer, *D.*, 2019, p. 1084, n. H. Fulchiron.

CEDH, 19 novembre 2019, *C c. France et E c France*, n^{os} 1462/18 et 17348/18, *Dr. fam.* 2020, p. 41 s., n. J.-R. Binet, *AJ fam.*, 2020, p. 131, n. F. Berdeaux, *Dr. fam.* 2020, p. 24 s., n. H. Fulchiron, *AJ fam.*, 2020, p. 9, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

JURISPRUDENCE DE L'UNION EUROPÉENNE

Arrêts de la Cour de justice

CJCE, 19 mars 1964, *M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht*, aff. 75/63.

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *JDI*, 1965, p. 697, note R. Kovar, *RTDE*, 1965, p. 369, note J. Virole, *RTDE*, 1984, p. 425, article B. de Witte.

CJCE, 11 mars 1965, *Caisse commune d'assurances "La Prévoyance sociale" c. W.H. Bertholet*, aff. 31/64.

CJCE, 9 décembre 1965, *Hessische Knappschaft c. Maison Singer et fils*, aff. 44/65.

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70, *Rev. UE*, 2015, p. 562, étude S. Van Raepenbusch.

CJCE, 22 juin 1972, *Rita Frilli c. État belge*, aff. 1/72.

CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Hohlen-und Baustoffgroshandlung c. Commission*, aff. 4-73, rec. 1974, p. 508.

CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 43-75.

CJCE, 19 octobre 1977, *SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson et Société coopérative Providence agricole de la Champagne contre Office national interprofessionnel des céréales*, aff. 124-76 et 20-77.

CJCE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 149/77.

CJCE, 25 octobre 1978, *Royal Scholten-Honig c. Intervention Board for Agricultural Produce*, aff. 103-77 et 145-77, rec. CJCE 1978-02037, p. 2074.

CJCE, 8 octobre 1980, *Überschär*, aff. 810-79, rec. CJCE 1980-02747, p. 2764.

CJCE, 12 juillet 1984, *Ulrich Hofmann c. Barmer Ersatzkasse* (par la suite *Hofmann*), aff. 184/83.

CJCE, 6 décembre 1984, *Biovilac*, aff. 59/83, rec. 1984, p. 4078.

CJCE, 13 février 1985, *Aissatou Diatta c. Land Berlin*, aff. C-267/83.

CJCE, 17 avril 1986, *Reed*, aff. 59/85.

CJCE, 11 mars 1987, *Rau c. Commission*, aff. jointes n° 279/84, 280/84, 285/84 et 286/84, rec. 1987, p. 1125.

CJCE, 27 septembre 1988, *O. Lenoir c. Caisse d'allocations familiales des Alpes-Maritimes*, aff. 313/86.

CJCE, 2 février 1989, *Ian William Cowan c. Trésor public*, aff. 186/87, *JCP G*, 1989.II.21304, n. H. Calvet, J.-G. Huglo, *JDI*, 1989, p. 417, n. M.-C. Boutard-Labarde, *Cah. dr.*, eur., 1990, p. 388, n. J. Mertens de Wilmars, *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 83, n. M. Simon-Depitre.

CJCE, 5 décembre 1989, *Commission c. Italie*, C-3/88, rec. p. 4035.

CJCE, 18 juin 1991, *ERT c. DEPSK*, aff. C-260/89, rec. CJCE 1991, I, p. 2925.

CJCE, 7 juillet 1992, *Mario Vicente Micheletti et autres c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, aff. 369/90.

CJCE, 24 mars 1994, *H.M. Customs and Excise c. Schindler*, aff. C-275/92, rec. 1994, I -1095.

CJCE, 24 mars 1994, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock*, aff. C-2/92.

CJCE, 9 novembre 1995, *Allemagne c. Conseil*, C-426/93, rec. p. I-3723.

CJCE, 17 juillet 1997, *National Farmers' Union e.a.*, C-354/95, rec. p. I-4559.

CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, §§ 25-28, *D.*, 1998, p. 372, obs. J. Rideau, *Dr. social*, 1998, p. 1034, n. K. Berthou et A. Masselot.

CJCE, 12 mai 1998, *María Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, aff. C-85/96.

CJCE, 28 mars 2000, *Dieter Krombach contre André Bamberski*, C-7/98, *RTD civ.*, 2000, p. 944, obs. J. Raynard, *JCP*, 2001.II.10607, n. C. Nourissat, *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 481, n. H. Muir Watt, *JDI*, 2001, p. 691, n. A. Huet, *Gaz. Pal.*, 2000, doct. 1731, chron. M.-L. Niboyet, *JCP G*, 2011.II.10607, n. C. Nourissat, *Rev. Europe*, 2000, comm. 157, n. L. Idot.

CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* (par la suite *Grzelczyk*), aff. C-184/99, *Europe*, 2011, comm. 316, n. Y. Gautier, *Dr. soc.*, 2001, p. 1103, n. J.-P. Lhernould, *RDSS*, 2002, p. 396, obs. I. Daugareilh, *RTD eur.*, 2003, p. 553, n. F. David.

CJCE, 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, aff. C-366/99.

CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop contre Office national de l'emploi* (par la suite *D'Hoop*), aff. C-224/98.

CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department*, aff. 413/99, *AJDA*, 2003, p. 1038, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, *RSC*, 2003, p. 156, obs. L. Idot.

CJCE, 12 décembre 2002, *A. Rodriguez Caballero c. Fondo de Garantía Salarial*, aff. C-442/00, rec. CJCE 2002, I, p. 11915.

CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge* (par la suite *Garcia Avello*), aff. C-148/02, *Rev. Europe*, 2003, comm. 374, n. Y. Gautier, *AJDA*, 2004, p. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 184, n. P. Lagarde, *D.*, 2004, p. 1476, n. M. Audit, *RTD. civ.*, 2004, p. 62, obs. J. Hauser, *RTD eur.*, 2004, p. 559, n. A. Iliopoulou.

CJCE, 7 janvier 2004, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State For Health* (par la suite *K. B.*), C-117/01.

CJCE, 30 septembre 2004, *Engin Ayaz c. Land Baden-Württemberg*, aff. C-275/02, *Europe*, 2004, comm. 352, n. E. Meisse.

CJCE, 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-200/02, *Europe*, 2004, comm. 401, n. D. Simon.

CJCE, 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-423/04.

CJCE, Gr. Ch., 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, aff. C-267/06, *JCP G*, 2008.II.10143, n. A. Devers, F. Vangalli, *JCP S*, 2008, p. 1416, n. J. Cavallini, *JCP E*, 2009, p. 1430, n. N. Cuzacq.

CJCE, 25 juillet 2008, *Blaise Baheten Metock et autres c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-127/08, *Europe*, 2008, comm. 312, n. J. Lassalle, *JCP S*, 2008, p. 1593, n. J. Cavallini, .

CJCE, 14 octobre 2008, *Procédure engagée par Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul* (par la suite *Grunkin et Paul*), aff. C-353/06, *Fam. dir.*, 2009, p. 193, n. A. Zanobetti, *Dr. fam.*, 2009, comm. 50, n. F. Viangalli, *JDI*, 2009, p. 7, n. L. d'Avout, *Europe*, 2008, comm. 431, n. L. Idot, *Europe*, 2008, comm. 397, n. F. Kauff-Gazin.

CJCE, 16 juillet 2009, *Laszlo Hadadi c. Csilla Marta Mesko, épouse Hadadi*, C-168/08, *D.*, 2009, p. 2106, obs. V. Egéa, *AJ fam.*, 2009, p. 348, obs. A. Boiché, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 184, n. C. Brière, *RTD eur.*, 2010, p. 769, n. P. Lagarde, *Europe*, 2009, comm. 389, obs. L. Idot, *Procédures*, 2009, comm. 361, n. C. Nourissat, *JDI*, 2010, comm. 4, n. L. D'Avout, *RLDC*, 2009, n° 3613, n. M. Pouliquen, *RJPF*, 2010-11/22, p. 16, n. M.-C. Meyzeaud-Garaud.

CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, aff. C-555/07.

CJUE, 22 février 2010, *London Borough of Harrow c. Nimco Hassan Ibrahim et Secretary of State for the Home Department* (par la suite *Ibrahim*), aff. C-310/08.

CJUE, 23 février 2010, *Maria Teixeira c. London Borough of Lambeth et Secretary of State for the Home Department* (par la suite *Teixeira*), aff. C-480/08, *JCP S*, 2010, p. 1183, n. J. Cavallini, *Europe*, 2010, comm. 131, n. V. Michel.

CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, *Europe*, 2010, étude 7, n. J. Heymann, *D.*, 2010, p. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *AJDA*, 2010, p. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 540, n. P. Lagarde, *RSC*, 2010, p. 709, chron. L. Idot, *RTD eur.*, 2010, p. 599, chron. L. Coutron, *Rev. UE*, 2013, p. 45, chron. E. Sabatakakis.

CJUE, 16 septembre 2010, *Zoi Chatzi contre Ypourgos Oikonomikon* (par la suite *Zoi Chatzi*), aff. C-149/10, *Europe*, 2010, comm. 382, n. L. Driguez.

CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *AJDA*, 2011, p. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *RTD civ.*, 2011, p. 98, n. J. Hauser, *Europe*, 2011, comm. 40, n. D. Simon, *JCP G*, 2011, p. 56, n. F. Picod.

CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zamsbrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, *AJDA*, 2011, p. 1007, n. M. Houser, *D.*, 2011, p. 1325, n. S. Corneloup, *RFDA*, 2011, p. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier, *RDSS*, 2011, p. 449, n. C. Boutayeb et A. Raccach, *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 352, n. J. Heymann, *RTD eur.*, 2011, p. 564, obs. E. Pataut, *Rev. UE*, 2013, p. 45, chron. E. Sabatakakis, *JDI*, 2011, chron. 4, p. 539, S. Francq, *JCP G*, 2011, act. 318, n. F. Picod, *Europe*, 2011, comm. 149, n. A. Rigaux, *JCP S*, 2011, p. 1195, n. J. Cavallini.

CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department* (par la suite *McCarthy*), aff. C-434/09, *AJDA*, 2011, p. 1614, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *D.*, 2011, p. 1604, n. S. Corneloup, *RFDA*, 2011, p. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier, *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 352, n. J. Heymann, *RTD eur.*, 2011, p. 564, obs. E. Pataut, *Rev. UE*, 2014, p. 596, étude H. Pongérard-Payet, *JCP S*, 2011, p. 1363, n. J. Cavallini, *JCP G*, 2011, p. 800, n. S. Hennion, *Europe*, 2011, comm. 239, n. A. Rigaux, *JCP G*, 2011, p. 598, n. F. Picod.

CJUE, Gr. Ch., 10 mai 2011, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, aff. C-147/08, § 52, *Rev. UE*, 2013, p. 313, chron. E. Sabatakakis, *JCP S*, 2011, p. 1379, n. J. Cavallini, *Europe*, 2011, comm. 265, n. L. Driguez.

CJUE, 12 mai 2011, *Malgożata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres*, aff. C-391/09, *Europe*, 2011, comm. 238, n. D. Simon, *AJ fam.*, 2011, p. 332, n. V. Avena-Robardet, *RTD Civ.*, 2011, p. 507, n. J. Hauser.

CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11, *RTD eur.*, 2012, p. 630, obs. E. Pataut, *Europe*, 2012, comm. 7, n. A. Rigaux.

CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10, *Europe*, 2012, comm. 243, n. F. Gazin, *JCP S*, 2012, p. 1279, n. J. Cavallini, *D.*, 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *Constitutions*, 2012, p. 290, obs. A. Levade, *RTD eur.*, 2012, p. 495, obs. S. Robin-Olivier.

CJUE, 4 octobre 2012, *Hristo Byankov c. Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti*, aff. C-249/11.

CJUE, 8 novembre 2012, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*, aff. C-40/11, *Europe*, 2012, comm. 389, n. A. Rigaux, *JCP G*, 2012, p. 1283, n. D. Berlin, *D.*, 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *AJDA*, 2013, p. 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabères, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 339, n. S. Barbou des Places, *RTD eur.*, 2013, p. 667, obs. F. Benoît-Rohmer.

CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S. contre Maahanmuuttovirasto et Maahanmuuttovirasto c. L.*, aff. C-356/11 et C-357/11, *AJDA*, 2013, p. 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère, *D.*, 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *Europe*, 2013, comm. 62, n. A. Rigaux.

CJUE, 26 février 2013, *C-617/10, Åklagaren*, *JCP G*, 2013, p. 312, n. F. Picod, *Europe*, 2013, comm. 154, n. D. Simon, *AJDA*, 2013, p. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère, *RFDA*, 2013, p. 1231, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci, *AJ pénal*, 2013, p. 270, n. C. Copain, *RTD civ.*, 2014, p. 312, obs. L. Usunier, *RTD eur.*, 2013, p. 267, n. D. Ritleng.

CJUE, 8 mai 2013, *Kreshnik Ymeraga e.a. c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, aff. C-87/12, *RTD eur.*, 2013, p. 927, obs. E. Pataut, *Rev. UE*, 2014, p. 596, étude H. Pongérard-Payet, *Europe*, 2013, comm. 297, n. A. Rigaux, *JCP G*, 2013, p. 578, n. F. Picod.

CJUE, 10 octobre 2013, *Adzo Domenyo Alokpa e.a. contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration* (par la suite *Alokpa et Moudoulou*), aff. C-86/12, *Europe*, 2013, comm. 499, n. A. Rigaux.

CJUE, 12 décembre 2013, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* (par la suite *Hay*), aff. C-267/12, *Dalloz actu.*, 7 janv. 2014, obs. M. Peyronnet, *Europe*, 2014, comm. 50, n. D. Simon.

CJUE, 18 mars 2014, *C. D. c. S. T.*, aff. C-167/12, *Dr. fam.*, 2014, comm. 112, n. F.-X. Bréchet, *Europe*, 2014, comm. 187, n. D. Simon, *Europe*, 2014, comm. 228, n. L. Driguez, *AJDA*, 2014, p. 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère, *D.*, 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, *AJ fam.*, 2014, p. 310, obs. H. Roberge.

CJUE, 4 juin 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, points 32 et 34, *AJDA*, 2015, p. 1585, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser, *RTD eur.*, 2016, p. 77, obs. D. Berlin, *Rev. UE*, 2017, p. 53, chron. L. Ayache et C. Michellet.

CJUE, 17 décembre 2015, *Timac Agro Deutschland*, C-388/14.

CJUE, 26 mai 2016, *Kohll et Kohll-Schlessler*, C-300/15.

CJUE, 2 juin 2016, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe et Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe* (par la suite *Bagendorff von Wolffersdorff*, aff. C-

438/14, *Europe*, 2016, comm. 261, n. D. Simon, *AJ fam.*, 2016, p. 392, n. M. Saulier, *RTD Civ.*, 2016, p. 820, n. J. Hauser, *RTD eur.*, 2016, p. 648, E. Pataud, *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 278, n. L. Rass-Masson.

CJUE, 30 juin 2016, *Secretary of State for the Home Department contre NA*, C-115/15, §§ 55-57, *Europe*, 2016, comm. 278, n. F. Gazin.

CJUE, 13 septembre 2016, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado* (par la suite *Rendón Marín*), aff. C-165/14, *AJDA*, 2016, p. 2209, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser, *D.*, 2017, p. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 45, n. S. Barbou des Places, *Dr. fam.*, 2016, comm. 228, n. H. Fulchiron, *Europe*, 2016, étude 10, A. Rigaux.

CJUE, 13 septembre 2016, *Secretary of State for the Home Department c. CS*, aff. C-304/14, *AJDA*, 2016, p. 2209, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser, *D.*, 2017, p. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, *AJ fam.*, 2016, p. 493, obs. E. Viganotti, *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 45, n. S. Barbou des Places, *Dr. fam.*, 2016, comm. 228, n. H. Fulchiron.

CJUE, 24 novembre 2016, *David L. Parris contre Trinity College Dublin e.a.*, aff. C-443/15, préc., *Rev. trav.*, 2017, p. 267, n. N. Moizard.

CJUE, 15 décembre 2016, *Depesme et Kerrou*, aff. C-401/15 à C-403/15, *JCP G*, 2016, p. 1425, n. D. Berlin, *AJ fam.*, 2017, p. 142, obs. S. Le Gac-Pech, *RTD civ.*, 2017, p. 112, obs. J. Hauser.

CJUE, 10 mai 2017, *H. C. Chavez-Vilchez e.a. c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank* aff. C-133/15, *RTD eur.*, 2017, p. 585, n. E. Pataut, *Europe*, 2017, comm. 255, n. A. Rigaux.

CJUE, 8 juin 2017, *Procédure engagée par Mircea Florian Freitag*, aff. C-541/15, *Europe*, 2017, comm. 298, n. D. Simon, *D.*, 2018, p. 966, n. S. Clavel, F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 549, n. P. Hammje, *RTD eur.*, 2017, p. 589, n. E. Pataut.

CJUE, 22 juin 2017, *Bechtel*, aff. C-20/16.

CJUE, 23 novembre 2017, *A*, aff. C-292/16.

CJUE, 20 décembre 2017, C-372/16, *Soha Sahyouni c. Raja Mamisch*, *D.*, 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke, *AJ fam.*, 2018, p. 119, obs. A. Boiché, *RTD eur.*, 2018, p. 841, obs. V. Egea, *JCP*, 2018, doct. 228, obs. M. Farge, *Procédures*, 2018, comm. 44, obs. C. Nourissat.

CJUE, Gr. Ch., 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*, aff. C-673/16, *D.*, 2018, p. 1674, n. Fulchiron et A. Panet, *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 816, n. P. Hammje, *AJ fam.*, 2018, p. 404, obs. G. Kessler, *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. Usunier, *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. E. Pataut.

CJUE, Gr. ch., 26 mars 2019, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, aff. C-129/18, *Dr. fam.*, 2019, alerte 31, n. M. Lamarche, *Europe*, 2019, comm. 184, n. A. Rigaux, *AJ fam.*, 2019, p. 283, n. J. Houssier, *RTD eur.*, 2019, p. 717, n. E. Pataut, *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 768.

Avis de la Cour de justice

CJCE, 28 mars 1996, avis n° 2/94, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* *AJDA*, 1996, p. 739, chron. H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues, *D.*, 1996, p. 449, n. J.-F. Renucci, *RTD eur.*, 1996, p. 467, étude P. Wachsmann.

CJUE, 18 décembre 2014, avis n° 2/13, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Compatibilité dudit projet avec les traités UE et FUE*.

Jurisprudence internationale et d'autres pays

Cass. belge, 11 novembre 1889, *Pasicrisie*, 1890, I, 10.

BGH, 8 décembre 1982, BGHZ 86, 57, 62.

CDH, 3 avril 1989, n° 196/1985, *Gueye et a. c. France*, AFDI, 1989, p. 424, note G. Cohen-Jonathan, RUDH, 1989, p. 62.

Textes

France

- Code civil français (1804, dit Code Napoléon)
- Code de santé publique
- Constitution du 27 octobre 1946
- Constitution du 4 octobre 1958
- Décret n° 74-360 du 3 mai 1974 *portant publication de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*
- Décret du 16 février 2010, n° 2010-148 *portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*
- Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999
- Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 n° 2008-724 *de modernisation des institutions de la V^e République*
- Loi organique du 10 décembre 2009, n° 2009-1523 *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*
- Loi du 27 juillet 1884, *Loi qui rétablit le Divorce*
- Loi du 9 décembre 1905 *concernant la séparation des Églises et de l'État*
- Loi du 18 février 1938 *portant modification des textes du code civil relatifs à la capacité de la - femme mariée*
- Loi du 22 septembre 1942 *sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux*
- Loi du 13 juillet 1965, n° 65-570 *portant réforme des régimes matrimoniaux*
- Loi du n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale*
- Loi du 3 janvier 1972 n° 72-3 *sur la filiation*
- Loi du 9 janvier 1973 n° 73-42, *complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à certaines dispositions concernant la nationalité française*
- Loi du n° 73-1227 du 31 décembre 1973 *autorisant la ratification de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels nos 1, 3, 4 et 5*

- Loi du 11 juillet 1975 n° 75-617 portant réforme du divorce
- Loi du n° 82-536 du 25 juin 1982 relative à l'établissement de la filiation naturelle
- Loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs
- Loi du 22 juillet 1987 n° 87-570 sur l'exercice de l'autorité parentale
- Loi du 8 janvier 1993 n° 93-22, modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales
- Loi du 15 novembre 1999 n° 99-944 relative au pacte civil de solidarité
- Loi du 3 décembre 2001, n° 2001-1135 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral
- Loi du n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille
- Loi du 4 mars 2002, n° 2002-305, relative à l'autorité parentale
- Loi du 4 avril 2006 n° 2006-399, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs
- Loi du 23 juin 2006, n° 2006-728 portant réforme des successions et des libéralités
- Loi du 21 août 2007 n° 2007-1223 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat
- Loi du 16 janvier 2009, n° 2009-61 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation
- Loi du 17 mai 2013 n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe
- Loi du 4 août 2014 n° 2014-873 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes
- Loi du 23 mars 2019 n° 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice
- Loi du 17 juin 2020 n° 2020-734 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne
- Ord. du 4 juillet 2005 n° 2005-759 portant réforme de la filiation
- Projet de loi, modifié par le Sénat en première lecture, relatif à la bioéthique, n° 2658, déposé le 5 février 2010. Depuis, le texte a été adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 3 août 2020 (projet de loi n° 686)
- Proposition de loi constitutionnelle modifiant l'article premier de la Constitution pour y inscrire le principe d'égalité devant la loi sans distinction de sexe, n° 454 (2016-2017), déposée le 8 mars 2017
- Proposition de loi fr. n° 188 visant à réformer l'adoption, déposée le 7 décembre 2020 et adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale
- Projet de loi fr. n° 3649 rectifié, déposé le 9 décembre 2020, confortant le respect des principes de la République

Italie

- Circulaire ministérielle it., 19 janvier 2017 n° 1 (Oggetto: Sentenza Corte Costituzione n.286/2016 - Attribuzione cognome materno)
- Constitution de 1797 République cisalpine

- Constitution de 1797 République ligurienne
- Constitution de 1799 République napolitaine
- Statut du Royaume ou Statut Fondamental de la Monarchie de Savoie du 4 mars 1848 (connu comme Statut Albertin)
- Constitution de la République italienne (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948)
- Code civil du Royaume d'Italie (1865)
- Code civil italien (décret royal n° 262 du 16 mars 1942)
- Décret législatif du 28 décembre 2013, n° 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*
- Décret législatif n° 7/2017, du 19 janvier 2017, *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili*
- D.P.R. du 3 novembre 2000, n° 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*
- Loi 17 juillet 1919, n° 1176, *Norme circa la capacità giuridica della donna*
- Loi 4 août 1955, n°848, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei droits dell'uomo e delle libertés fondamentales, firmata a Rome il 4 novembre 1950 e del protocole addizionale alla convenzione stessa, firmata a Parigi il 20 marzo 1952*
- Loi du 1^{er} décembre 1970, n° 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*
- Loi du 19 mai 1975 n° 151, *Riforma del diritto di famiglia*
- Loi du 21 avril 1983, n° 123, *Disposizioni in materia di cittadinanza*
- Loi du 4 mai 1983, n° 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*
- Loi du 31 mai 1995 n° 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*
- Loi du 19 février 2004, n° 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*
- Loi du 8 février 2006, n° 54, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*
- Loi du 10 décembre 2012, n° 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*
- Loi du 20 mai 2016 n° 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*
- PdL S.1628 (proposé le 20 mars 2013), *Disposizioni sul cognome dei figli* (inachevé)
- PdL n° 106 du 23 mars 2018, *Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli* (inachevé)

Union européenne :

-Droit primaire

-Traité instituant la Communauté économique européenne (appelé Traité de Rome), signé le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958 (appellation remplacée lors du Traité de Maastricht par Traité

instituant la Communauté européenne, ensuite devenu Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à compter de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne).

- Traité sur l'Union européenne, signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993
- Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé le 2 octobre 1997
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (elle a acquis une force obligatoire avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009)
- Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (v. supra, Traité instituant la Communauté économique européenne)

- Directives

- Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*
- Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*
- Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 *relative au droit au regroupement familial*
- 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*
- Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)*
- Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 *établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié*
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE*

- Règlements

- Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 *relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté*
- Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (appelé Bruxelles II)*
- Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (appelé Bruxelles II bis)*
- Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 *sur la coordination des systèmes de sécurité sociale*

-Règlement (UE) n ° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 *mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*

-Règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 *mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux*

-Règlement (UE) n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 *mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*

-Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfant* (par la suite « Bruxelles II ter »)

- Autres

- Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, 2016/C 439/01

Conseil de l'Europe

- Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953

- Protocole additionnel n° 7, entré en vigueur le 1^{er} avril 1988

- Protocole additionnel n° 12, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005

Autres textes internationaux ou étrangers

-Accords signés entre le Royaume d'Italie et le Saint Siège le 11 février 1929, ratifiés le 7 juin 1929 (JORI, 8 juin 1929, n° 133). Révision le 18 février 1984, lors de la signature de l'Accord de Villa Madama, ratifié par la loi du 25 mars 1985, n° 121, *Ratifica ed esecuzione dell'accordo con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modifiche al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*

- Convention de La Haye du 12 juin 1902 *pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps*

- *Moudawana* marocaine : Dahir n° 1-04-22 du 12 hija 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la famille

- Résolution de l'Assemblée générale (ONU) n° 2106 A(XX) du 21 décembre 1965 et entrée en vigueur le 4 janvier 1969

-Résolution de l'Assemblée générale (ONU) n° 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976

- Résolution de l'Assemblée générale (ONU) n° 34/180 du 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes, exception faite de la sigle n° qui renvoie au numéro de note de bas de page)

Adoption : 77-78, 142, 286-294, 611-614, 708, 1228, 1233

Adultère : 268, 427, 463

- Filiation adultérine : v. Filiation – Hors mariage – Filiation adultérine.

Aide médicale à la procréation :

- Gestation pour autrui : 258, 295-321, 583-586, 677
- Insémination artificielle : 615-620, 664, 671, 701

Aliments :

- Pension alimentaire : v. Divorce - Droits substantiels et procéduraux (garantie des).
- Subsidés : 480, 1113-1116

Application immédiate (des droits fondamentaux) : 61, 246, 248-253, 900-940

Arbitraire : v. Égalité devant la loi (principe de) - Acception restrictive (interdiction de traitement arbitraire).

Autonomie de la volonté : 1044

Autorité parentale : 291-293, 472-473, 522, 646

Bébés médicaments : 46

Communauté de valeurs : 15-17, 40, 49

Concubinage : 403, 543, 591, 599, 601, 607-609, 802

Conflit de civilisations : v. Communauté de valeurs.

Conflit de lois (méthode) : 862-897

Conflit interne de lois : 554-555

Consensus européen : 674-690, 782, 791, 805-809

Constitutionnalité des lois (contrôle de) : 58, 139-149, 154, 224, 230, 314-315, 425-427, 487, 463, 850

Continuité des situations : 9-13, 15-17, 21-22, 49, 359-365, 1063-1066

Conventionnalité des lois (contrôle de) : 58, 150-154, 176, 224, 230, 549, 850, 866

Dissolution du lien conjugal : v. Divorce et séparation de corps.

Divorce et séparation de corps :

- Article 10 « Rome III » : 60, 763-765, 768, 1036
- Divorce par consentement mutuel : 494
- Divorce pour discorde (droit marocain) : 1016
 - Droits substantiels et procéduraux (garantie des) : 881-882, 992-995, 1079, note n° 2243
- Répudiation : 250, 251, 260, 997-1027, 1076-1079
 - o Divorce sous contrôle judiciaire marocain (droit marocain) : 874

Domicile : 31-33

Droits acquis : v. Reconnaissance (méthode de la).

Droits fondamentaux : 4, 11-13, 352-357, 773-774

- Droits procéduraux : v. Divorce et séparation de corps - Droits substantiels et procéduraux (garantie des).
- Libertés de circulation (Union européenne) : 353-355, 749-751, 772, 778, 813, 1220

- Vie privée et familiale (Droit au respect de la) : 36, **353-355**, 698-717, 788-789, **1218-1220**

Égalité (principe de) :

- Discrimination : 258-260
 - o En raison de critères déterminés : 91-122, 192
 - Age : v. Mariage - Empêchement - Condition d'âge.
 - Sexe : 91, 93, 129, 163-164, 168, 803
 - Égalité des époux : 260, **460-461**, 463-465, 471, 478, **513**, 636, 688-690, 936-937
 - Égalité des parents : **438-443**, **472-474**, 478, 693-694
 - Naissance : 91, 95, 165
 - Filiation : v. Filiation.
 - Orientation sexuelle : 126, 150-151, 166, 197, 223, 232, **600-601**, **646-647**, **659-662**, 666-669, **698-717**, 776, 796-798, 808-809
 - Mariage entre personnes de même sexe : v. Mariage - Empêchement - Condition de différence de sexe des époux (mariage entre personnes de même sexe).
 - Race : 129
 - Religion : 94, 129
 - V. Mariage - Empêchement - Condition de religion.
 - Rattachement de règle de conflit : 554
 - o En raison du statut familial (non) : **653-656**, 806-807, 823
 - o Prohibition générale : **81-90**
- Égalité devant la loi (principe de) :
 - o Acception restrictive (interdiction de traitement arbitraire) : **64**
 - o Acception extensive (égalité de traitement des situations comparables) : **74-77**, 99
- Égalité des droits (principe de) : 78-80

- o Égalité réelle (principe de) : 2, 670

Embryons (sélection des) : 46

Équité : 348-350

Filiation : 503-504, 515-542, 523-524, 681-687

- Conflit de filiations : **539-540**
- Dans le mariage : 416, 495
- Hors mariage : 404, **407-409**, 416, 453, 498-501, **644**
 - o Filiation adultérine : 152, 267, 412, 498, 1025
 - o Filiation incestueuse : 412, 498, 500, 583, 586
- Légitime : v. Filiation - Dans le mariage.
- Maternelle : 146, 258, 408, 412-413, 479, 481, 520, 693
 - o Accouchement sous X : 480
- Naturelle : v. Filiation - Hors mariage
- Paternelle : 412-413, 479, 481, 693
 - o Action en recherche de paternité : 256, 499, 582, 1045, **1128-1132**
 - o Présomption de paternité : 447, **534-538**
 - o Règles de conflits de lois : **561-563**, 883 (fr.), 884 (it.)

Garde des enfants :

- En droit interne : 256, 473, 478, 482, 522
- En droit international privé : 878

Gestation pour autrui : v. Aide médicale à la procréation - Gestation pour autrui.

Gueth : 1165-1169, 1170-1172

Intérêt de l'enfant : 356, 438-443, 446-449, 472, 491-505, 573-587, 1109-1133

Intérêt général (but de) : 9, 162, 168, 208-216, 334-340, 341-366, et spéc. 342-344, 928-931

Kafala : 1177, 1181

Légitimation : 447

- Règles de conflit de lois : 552, **564-566**

Lex fori (application de la) : 58, 1033

Lois de police : 58, 1033-1034, 1038, 1053 et s., spéc. 1054-1062

Mariage :

- Effets personnels : 263, 339
- Effets patrimoniaux : 256
 - o Charges du mariage (contribution aux) : 918
- Administration des biens : 471
- Égalité des époux : v. Discrimination - En raison de critères déterminés - Égalité des époux.
- Empêchement : 1134-1153
 - o Condition d'âge : 541, **1142-1145**
 - o Condition d'exogamie : 723, 725, **1146-1150**
 - o Condition de célibat
 - Mariage polygamique
 - Polygynie et polyandrie : 350, 1156-1163, 1170-1172
 - Qualification : 1186-1190
 - Validité et effets : 766-768, 894, 918, **945-984**
 - Viduité : 537
 - o Condition de religion : 1137
 - o Condition de différence de sexe des époux (mariage entre personnes de même sexe) : 142-143, 235, 237, 263, **271-285, 329, 505, 543-549, 591, 593**
 - Règle de conflit
 - Française : 144, **559-560**, 895-897, 1035-1037, 1063, 1064, **1151-1153**
 - Italienne : 1036, 1045, 1065, 1071, 1073
 - Jurisprudence européenne : v. Mariage - Jurisprudence européenne
 - Qualification : **1191-1194**
- Jurisprudence européenne
 - CEDH : 595-602, 605-609
 - Mariage entre personnes de même sexe : **647, 649**, 718, 726-728, 731, 735-737, 739, 786, 788, 1071, **1237-1242**
 - o Cour de justice : 747-752
 - Mariage entre personnes de même sexe : 757-760, 778, **1237-1242**

- Inexistence : 1069
- Nullité : 495
 - o Mariage putatif : 923, 950
- Puissance maritale/paternelle : **418-419, 421-424**, 425, 428, 435, 472-473

Nationalité : 31-33, 427

Nom de famille : 427, 484-488

Ordre public : 58, 61, 241, 256, 1081-1083

- Clauses spéciales d'ordre public : 60, 1033-1034, 1045
- Contrôle *in concreto* / *in abstracto* : 763, 907-908, 986-1027, **1069**, 1075
- Effet plein : 930-937
- Effet atténué de l'ordre public
 - o En droit international privé français : 903-904, 917-918
 - En droit international privé italien : 907, 917-918
- Ordre public de proximité : **919-920, 1063-1065**
 - o En droit international privé français : 903-904
 - o En droit international privé italien : 906, 914
- Ordre public étranger : 1046
- Ordre public « véritablement international » : 61
- Violation manifeste (condition de) : 921-923

Partenariat enregistré

- De droit français (Pacs) : 591, **595-602, 605-606**, 607-609
 - o Règle de conflit de lois : 865
- De droit italien (*Unione civile*) : 223, 543, 591-592, **595-602, 605-606**, 607-609
 - o Règle de conflit de lois : 865
- Jurisprudence européenne :
 - o CEDH : 666-668, 708, 711-712
 - o Cour de justice : 752, 786, 796-798, 803-804, 808-809, 824

Polygamie : v. Mariage - Empêchement - Célibat - Mariage polygamique.

Polygynie : v. Mariage - Empêchement - Célibat - Mariage polygamique.

Présomption de paternité : v. Filiation – Paternelle.

Prise en considération (Méthode de la) : 1028-1031, 1033-1034, 1046, 1053 et s.

Proportionnalité : 13, 156-157, 162-168, 211-212, **217-221**, 308-315, 653, 669-675 et spéc. **669, 704-708, 709-712**, 722, 726, 914, 1196, 1211

Qualification

- De droit international privé : **1179-1184**
- Spécifique au contrôle d'égalité : **1173-1196**

Questions enchainées : 1069

- Dissociation du contrôle de la validité et des effets : 945-984, 1068-1073

Reconnaissance

- Méthode de la : 861-897
- Anticipation de la : 1043, 1053 et s.

Règles de conflit à coloration matérielle

- Rattachements alternatifs : 1033-1034
- Rattachements cumulatifs : 1042, 1053 et s.

Regroupement familial : 749, 766-767

Religion

- Influence sur le droit interne de la famille : 505-549

- Cause d'empêchement au mariage : v. mariage - Empêchement - Condition de religion.

Renvoi

- *In favorem* : 939
- **Application de la règle de conflit étrangère** : 883-884

Répudiation : v. Divorce et séparation de corps.

Résidence : 31-33

Sexe neutre : 46

Substance des droits fondamentaux (atteinte à) : 915

Substitution (méthode de la) : 868, 1028, 1036

Successions (droits successoraux) : 273-267, 416, 431, 498, 518, 530

Tertium comparationis : 186-189

Transsexualisme : 168, 729-735, 781, 924

Union libre : v. Concubinage.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	I
SOMMAIRE	V
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	VII
INTRODUCTION	1
I. Les termes du sujet : deux volets du principe d'égalité	4
II. Le cadre de l'analyse	9
A. La recherche d'un équilibre entre la protection de droits fondamentaux et la continuité des situations	9
B. Le voile de l'internationalité du principe d'égalité.....	14
1. L'équilibre présumé entre protection du principe d'égalité et continuité des situations	14
2. Un universalisme subséquent	17
C. La levée du voile : un équilibre à rechercher entre la protection du principe d'égalité et la continuité des situations.....	21
1. L'étude du principe d'égalité au prisme de son caractère méthodologique.....	22
a. Le risque de solutions inconciliables au nom d'un même principe	22
b. Le postulat critiquable de la convergence entre égalité et continuité internationale des situations.....	32
2. La nécessaire recherche d'instruments de conciliation.....	37
PARTIE I : DES EXIGENCES SUBSTANTIELLES D'ÉGALITÉ NON INTERNATIONALES	41
<i>Chapitre 1) Des exigences non définies par les dispositions relatives à l'égalité.....</i>	<i>51</i>
Section 1) Des dispositions relatives à l'égalité dépourvues de contenu substantiel	55
§1) Des dispositions relatives à l'égalité ne déterminant pas les situations comparables	55
I) La lecture extensive du principe d'égalité devant la loi.....	58
II) Le principe d'égalité des droits	61
III) Les dispositions prohibant toute discrimination	63
§2) La prohibition de discriminations prédéterminées : une exception partielle.....	67
I) La comparabilité des situations préétablie	68
II) Les variations du champ d'application matériel.....	74
A) Consécutions nationales et supranationales	76
1) Une applicabilité illimitée essentiellement nationale.....	76
2) Une applicabilité généralement limitée au niveau supranational	77
B) La volonté de conserver des différences de traitement	79

Section 2) Des exigences substantielles non dictées par les dispositions prohibant la discrimination....	83
§1) L'admissibilité des dérogations au niveau national	90
I) Dérogations dans le cadre du contrôle de la conformité de la loi interne française aux dispositions d'égalité	90
A) Le contrôle de la constitutionnalité des lois.....	90
B) Le contrôle de la conventionnalité des lois	98
II) Dérogations dans le cadre de la conformité de la loi interne italienne aux dispositions d'égalité	101
§2) Dérogations jurisprudentielles à l'identité de traitement au niveau supranational.....	106
I) Les dérogations conformes aux dispositions d'égalité contenues dans la CESDH.....	106
II) Les dérogations conformes aux dispositions d'égalité contenues dans le droit de l'Union européenne	110
Conclusions du premier chapitre.....	113
<i>Chapitre 2) Des exigences non définies par la règle de l'égalité de traitement.....</i>	<i>117</i>
Section 1) Les exigences méthodologiques posées par la règle de l'égalité de traitement.....	119
§1) L'analyse de la comparabilité des situations	119
I) La définition de l'objet de la norme.....	120
II) La sélection des caractéristiques prééminentes de chaque situation	125
III) L'attribution d'une prérogative à une catégorie juridique : condition <i>sine qua non</i> de la définition d'une exigence substantielle d'égalité	127
§2) La définition et le contrôle du traitement des situations	129
I) La conformité à la règle de l'égalité de traitement	129
II) L'admissibilité des dérogations à la règle de l'égalité de traitement	131
A) La notion d'intérêt général	132
1) Quelques critères d'identification	133
2) L'élimination des discriminations, un possible intérêt légitime.....	136
B) L'appréciation du caractère proportionnel de la mesure.....	137
Section 2) Des exigences substantielles d'égalité définies et encadrées par les autorités nationales et supranationales.....	141
§1) La définition des exigences substantielles d'égalité	141
I) La définition par les autorités nationales et supranationales	142
A) La définition par les autorités normatives.....	142
B) La définition par les autorités juridictionnelles	143
1) La définition des exigences substantielles d'égalité par les juridictions nationales et supranationales.....	144
2) Des définitions ponctuelles au niveau supranational en matière familiale	147
a) La casuistique des définitions.....	147
b) L'abstention volontaire dans la définition d'une exigence substantielle d'égalité	148
II) La protection des exigences substantielles d'égalité en droit international privé	149
A) Les exigences substantielles d'égalité de source nationale ou supranationale inscrites en droit interne	150

B) Le respect de l'ensemble des exigences substantielles d'égalité ?	153
1) Méthodologie de la recherche jurisprudentielle	154
a) Une mention de l'égalité témoignant de l'application immédiate du principe ?.....	154
b) Un contrôle du respect des exigences substantielles d'égalité par le biais de l'ordre public international ?	157
2) Les exigences substantielles d'égalité englobées dans la notion d'ordre public international	162
a) La conception de l'égalité du for, présumé nécessaire de certaines décisions	164
i) Des références implicites mais non équivoques au principe d'égalité	165
ii) Des références latentes au principe d'égalité.....	167
α) La possibilité de conclure le mariage d'un couple franco-marocain de même sexe .	167
α.1) La discrimination à raison de l'existence d'une convention bilatérale de droit international privé ?	169
α.2) Le clivage des principes de liberté de se marier et d'égalité.....	170
β) L'admission de l'adoption par le partenaire de même sexe	173
b) L'égalité à préciser : les questions soulevées par la gestation pour autrui	178
i) La différence de traitement entre couples d'hommes et couples de femmes.....	178
ii) La différence de traitement entre les enfants nés ou non d'une gestation pour autrui à l'étranger	184
iii) La différence de traitement entre les parents en raison du sexe.....	191
3) La CESDH, fondement de la mention expresse de l'égalité	193
a) Des arrêts mentionnant les exigences substantielles d'égalité européennes.....	193
b) L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation française du 28 janvier 2015 : une exigence substantielle d'égalité non européenne	197
§2) Les dérogations aux exigences substantielles d'égalité	199
I) La protection d'un but légitime	200
II) La protection d'autres intérêts du droit international privé.....	203
A) Des dérogations liées à la conception de la justice.....	203
B) Les motifs de dérogation	205
1) Les motifs liés à la conception matérielle de la justice	205
a) L'équité	206
b) Le respect d'autres principes essentiels et droits fondamentaux	207
2) Les motifs liés à la conception de droit international privé de la justice	210
Conclusion du deuxième chapitre	215
Conclusion de la première partie.....	219

PARTIE II : DES EXIGENCES SUBSTANTIELLES D'ÉGALITÉ PARTICULARISTES..... 223

Chapitre 1) Des exigences dépendantes de conceptions nationales de la famille.....	228

Section 1) Des exigences substantielles d'égalité à la lumière de la conception traditionnelle de la famille	233
§1) Les inégalités anciennes de traitement au service de la protection de la conception traditionnelle de la famille en France et en Italie.....	233
I) Des inégalités de traitement servant la conception traditionnelle de la famille	234
A) Le traitement différent des familles hors mariage	234
1) Les familles ignorées.....	235
2) Les familles prohibées.....	239
a) La sanction de l'adultère et de l'inceste.....	239
b) Le refus de léser les droits des membres de la famille légitime.....	241
B) Le traitement différent des membres de la famille légitime.....	242
1) Les inégalités garantissant la stabilité de l'union	242
2) Les inégalités garantissant l'unité patrimoniale de la famille	247
II) La protection des intérêts individuels compatibles avec la promotion de la famille légitime	249
A) La prise en compte de l'intérêt de l'épouse	249
B) La prise en compte de l'intérêt de l'enfant.....	250
1) Les inégalités des sexes commandées par l'intérêt de l'enfant	250
2) Les avantages offerts aux enfants naturels	253
§2) Les exigences substantielles d'égalité, reflet de l'abandon de la conception traditionnelle de la famille.....	256
I) Les exigences substantielles d'égalité à la lumière de la mission assignée à la famille	256
A) L'évolution des finalités de la famille	256
1) De la famille fondée pour la société à la famille fondée pour l'individu.....	257
2) De la stabilité à l'unité de la famille fondée sur le mariage	259
a) La mutation de la conception de la femme	259
b) L'influence sur la notion d'unité familiale en droit italien.....	261
B) L'essor encadré des intérêts individuels	263
1) L'égalité des rôles familiaux	264
a) L'indifférenciation des rôles familiaux.....	264
b) La limite de l'égalisation	267
i) Le maintien du rôle familial de la femme	267
ii) La persistance de la prééminence masculine : la transmission du nom de famille aux enfants	271
2) L'accroissement de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant né hors mariage.....	274
a) La compensation des inégalités	275
b) L'élimination partielle du traitement distinct des enfants nés dans et hors mariage.....	277
II) Les exigences substantielles d'égalité à la lumière de la religion catholique	280
A) La distance française et italienne à l'égard de la tradition judéo-chrétienne	281
B) L'effet sur la définition des exigences substantielles d'égalité	284
1) La renonciation à la faveur pour les naissances dans le mariage	285

a) La divergence dans les exigences substantielles d'égalité engendrée par la tardiveté de la réforme italienne.....	285
b) Les inégalités persistantes au profit de la famille fondée sur le mariage	290
i) En l'absence de règles d'identité de traitement des enfants	290
ii) En présence de règles d'identité de traitement des enfants	291
α) La survie de la présomption de paternité	293
β) Le règlement du conflit de filiations.....	295
γ) La dispense de la condition d'âge pour se marier en cas de grossesse	296
2) La différence de définition du mariage en France et en Italie	297
III) Le reflet des égalisations en droit interne sur les règles de conflit	302
A) L'élimination des règles de conflit discriminatoires	302
B) Le maintien de règles de conflit inégalitaires.....	310
1) L'article 202-1 alinéa 2 du Code civil français	310
2) L'article 311-14 du Code civil français.....	312
3) L'hypothèse du maintien de l'article 311-16 du Code civil français et de l'article 34 de la loi de droit international privé italienne.	313
Section 2) Les exigences substantielles d'égalité à la lumière des nouvelles conceptions de la famille ...	316
§1) Les différentes conceptions de l'intérêt de l'enfant.....	319
I) L'égalité des filiations et l'égalité des enfants	319
II) L'importance variable de l'établissement du lien de filiation.....	321
§2) Les différentes conceptions de la conjugalité.....	327
I) Les formes familiales en France et en Italie.....	327
A) Différentes définitions, différentes exigences substantielles d'égalité.....	328
B) Des divergences découlant de conceptions différentes du mariage.....	330
II) Une ouverture différente au pluralisme familial	334
A) Le pluralisme familial horizontal	335
B) Le pluralisme familial vertical.....	337
1) L'adoption	338
2) L'aide médicale à la procréation.....	340
Conclusion du premier chapitre	346
<i>Chapitre 2) Des exigences dépendantes de conceptions européennes de la famille ?.....</i>	<i>349</i>
Section 1) Les dispositions d'égalité au service de la conception de la famille de la Cour européenne des droits de l'homme.....	352
§1) Au stade de l'analyse de la comparabilité des situations	358
I) La généralité de l'article 8 au service de la conception de la famille de la CEDH	358
II) Une analyse de la comparabilité des situations orientée par la conception de la famille	363
A) Des cas opportuns d'analyse de la comparabilité des situations	364
B) Des cas inattendus d'analyse de la comparabilité des situations.....	366
1) Réparer une incohérence d'analyse par une autre : de l'exclusion à l'intégration du couple homosexuel dans la notion de vie familiale.....	367

2) Incohérence ou technique ?	369
§2) Au stade de l'analyse des justifications des dérogations	373
I) Variation de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales	374
II) L'inégale importance du consensus européen.....	378
A) La poursuite de l'égalité.....	378
1) L'égalité des enfants	378
2) L'égalité des époux	381
B) La poursuite d'une conception de la famille propre à la CEDH	383
1) Mise en perspective avec l'égalité des hommes et des femmes dans leur rôle de parent ...	383
2) Mise en perspective avec la jurisprudence relative aux discriminations en raison de l'orientation sexuelle	385
a) L'évolution de la conception de la famille de la CEDH au prisme des articles 8 et 14 combinés	386
i) Une ancienne conception hétéronormée de la famille.....	386
ii) L'abandon progressif de la conception hétéronormée de la famille	389
α) Le refus de protéger la conception traditionnelle de la famille.....	389
β) La limite au libéralisme familial de la Cour.....	392
b) La différence de traitement relative au droit au mariage au prisme de l'article 12.....	396
i) Un modus operandi spécifique ?	396
ii) Le choix de ne pas imposer l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.....	398
Section 2) Les dispositions d'égalité en droit de l'Union européenne entre la protection d'objectifs propres et le respect des conceptions nationales de la famille	405
§1) Le périmètre de la famille en droit de l'Union européenne	409
I) Un périmètre défini par les objectifs de l'Union	409
A) Un noyau consensuel au sein d'un périmètre fonctionnel de la famille	409
B) Les objectifs de l'Union conduisant à l'osmose des conceptions de la famille des États membres	415
II) Un périmètre influencé par l'égalité ?	419
A) L'article 10 du règlement « Rome III » : une exigence d'égalité.....	420
B) Au-delà de l'exigence d'égalité : une définition par la négative de la famille.....	421
§2) Des règles d'égalité entre poursuite des objectifs du droit de l'Union et respect des conceptions de la famille des États membres.....	423
I) L'impact limité d'une « Europe des droits fondamentaux » sur les conceptions nationales de l'égalité en matière familiale.....	424
A) L'avènement d'une Europe des droits fondamentaux	425
B) L'absence d'impact sur l'égalité en matière familiale	429
II) Les exigences substantielles d'égalité définies par la Cour de justice entre respect des conceptions de la famille de la CEDH et des États membres	431
A) Des exigences substantielles d'égalité liées au noyau consensuel de la famille défini par la CEDH.....	433

1) La conformité aux exigences d'identité de traitement posées par la CEDH : l'affaire <i>K. B.</i>	433
2) L'assimilation du traitement imposée par la CEDH ignorée par la Cour de justice : l'affaire <i>Parris</i>	435
B) Des exigences substantielles d'égalité liées aux conceptions de la famille des États membres	439
1) Deux <i>modi operandi</i> pour déterminer la comparabilité des situations	440
a) Le renvoi aux juridictions nationales de l'analyse de la comparabilité des situations ...	440
b) L'analyse de la comparabilité des situations opérée par la Cour de justice	442
i) Les cas de recherche de (l'introuvable) consensus des États membres.....	442
ii) Les cas d'absence de recherche du consensus européen	444
2) Deux <i>modi operandi</i> aboutissant au respect des conceptions de la famille des États membres.....	446
a) L'absence d'un critère matériel justifiant le choix du <i>modus operandi</i>	446
b) Deux <i>modi operandi</i> permettant à la Cour de justice de respecter les conceptions nationales de la famille	448
i) L'introuvable consensus permettant le respect des conceptions nationales de la famille	449
ii) L'égalité de traitement par la Cour de justice imposée dans les affaires insusceptibles d'affecter les conceptions nationales de la famille	450
Conclusions du deuxième chapitre	453
<i>Conclusion de la deuxième partie</i>	457

PARTIE III : LE RELATIVISME DES EXIGENCES SUBSTANTIELLES D'ÉGALITÉ ET LA CONTINUITÉ DES SITUATIONS 463

<i>Chapitre 1) La continuité des situations non garantie par les méthodes de droit international privé</i>	471
Section 1) L'indifférence du choix entre les méthodes de droit international privé	472
§1) Le choix entre la méthode de la reconnaissance et la méthode conflictuelle.....	473
I) La méthode de la reconnaissance et la méthode conflictuelle au prisme de la continuité des situations	473
II) L'indifférence du choix.....	478
A) L'unicité de l'objet du contrôle : la loi étrangère applicable ou appliquée.....	478
1) L'analyse de la loi étrangère régissant les situations couvertes par des exigences d'égalité du for	479
a) L'analyse des situations couvertes par des exigences substantielles d'égalité du for	480
b) L'analyse de la loi étrangère	482
2) Le présupposé : l'attribution de droits à une catégorie par la loi étrangère	489
B) L'indifférence de l'exigence de conformité aux contenus de l'égalité aux spécificités des situations privées internationales.....	491

§2) Le choix entre la protection de l'égalité par le biais de l'ordre public international et l'application immédiate des exigences substantielles d'égalité.....	495
I) La faveur pour la continuité des situations par le jeu de l'ordre public international	496
II) L'indifférence du choix en raison de l'admissibilité des dérogations	504
A) Entre l'application immédiate du principe d'égalité et les modulations de l'ordre public.....	505
B) Entre l'application immédiate du principe d'égalité et l'effet plein de l'ordre public	513
Section 2) L'orientation du choix entre les méthodes de droit international privé	519
§1) Les méthodes influençant la continuité actuelle ou potentielle des solutions dans le cadre du contrôle d'égalité	519
I) Les méthodes de reconnaissance des situations créées à l'étranger	519
A) L'association du contrôle de la validité et des effets d'une situation créée à l'étranger	520
1) Les conditions de l'exigence substantielle d'identité de traitement des épouses	520
a) La reconnaissance du mariage polygamique.....	521
b) Le choix de dissocier ou non le contrôle de la validité du mariage polygamique de celui des effets	523
i) L'hypothèse de la non-dissociation du contrôle.....	523
ii) L'hypothèse de la dissociation du contrôle.....	526
2) La nécessaire relecture de la jurisprudence relative au partage de la pension de réversion entre épouses polygames	528
a) L'incohérence de la jurisprudence Baaziz II par rapport aux exigences françaises d'égalité.....	529
b) La jurisprudence postérieure : la conformité retrouvée	532
B) Le contrôle <i>in concreto</i>	535
1) L'ajout d'une condition dans le contrôle d'égalité pour caractériser une violation <i>in concreto</i>	536
2) L'influence sur le résultat en termes de continuité des situations : l'exemple des répudiations.....	538
a) L'impossibilité pour l'épouse de répudier son époux : la violation abstraite du principe d'égalité.....	539
i) Un fondement rarement retenu par la Cour de cassation française	540
ii) Une possible violation du principe d'égalité des époux, appréciée <i>in abstracto</i>	543
iii) Une protection de l'égalité non satisfaisante	545
b) Une discutable caractérisation <i>in concreto</i> de l'inégalité des époux.....	547
i) Le refus de reconnaissance fondé sur le caractère discrétionnaire de la rupture	547
ii) Un choix utilitariste	552
α) La légitimité par la référence à l'article 5 du Protocole n° 7 de la CESDH	552
β) La légitimité par la mise en œuvre d'un contrôle <i>in concreto</i>	554
C) Le recours à la méthode de la prise en considération relativement à une situation créée à l'étranger	556
II) Les techniques de désignation du droit applicable aux demandes de création de situations.....	558

A) Les techniques accentuant le risque d'une situation boiteuse	559
B) Les techniques diminuant le risque d'une situation boiteuse	563
§2) Un choix orienté par le résultat souhaité.....	567
I) Des choix guidés par l'importance attribuée à chaque exigence substantielle d'égalité	567
A) Le choix de la technique de désignation du droit applicable	568
1) L'exclusion des dérogations pour la protection des exigences substantielles d'égalité : l'exemple des lois de police.....	569
2) L'admissibilité de la dérogation pour la continuité des situations.....	574
B) Le choix de dissocier le contrôle de la validité et des effets	578
C) Le choix entre le contrôle <i>in concreto</i> et <i>in abstracto</i>	582
II) Un indice de l'importance des différentes exigences substantielles d'égalité	585
Conclusion du premier chapitre	588
<i>Chapitre 2) La continuité des situations limitée par les exigences substantielles d'égalité</i>	<i>591</i>
Section 1) Des solutions d'égalité dictées par la conception de la famille du for.....	592
§1) La nécessaire conformité des solutions d'égalité à la conception de la famille du for.....	592
I) La conception de la famille du for, paramètre du contrôle d'égalité	593
A) Les dispositions d'égalité, possible paramètre explicite de contrôle ?	593
B) La différence de traitement au prisme de la finalité de la conception de la famille	597
C) L'exigence de compatibilité avec la conception de la famille du for dans tout contrôle d'égalité.....	598
II) L'analyse française et italienne des différences de traitement au prisme de la finalité de la conception de la famille.....	600
A) L'évolution des finalités dictées par la conception de la famille : l'exemple français.....	601
1) La protection de la famille fondée sur le mariage jusqu'en 1972.....	602
2) La recherche d'un compromis entre la protection de l'intérêt de l'enfant et celle de la protection de la famille légitime entre 1972 et 1993.....	604
3) Le passage à la prééminence de la protection de l'intérêt de l'enfant en 1993	609
B) L'importance des empêchements à mariage : les exemples français et italiens.....	614
1) L'empêchement lié à l'âge des futurs époux	617
2) Les empêchements liés à la parenté ou à l'alliance	619
3) L'empêchement italien lié à l'identité de sexe des époux.....	621
III) L'explication des évictions du contrôle d'égalité par les juges français	623
A) Les cas d'omission de la mise en œuvre du contrôle d'égalité en droit français	624
1) La polygynie : l'absence d'analyse de l'égalité des sexes	624
2) Le <i>gueth</i>	629
B) Les questions d'égalité résorbées par la question de la conformité à la conception de la famille	632
§2) L'importance de la qualification dans le cadre du contrôle d'égalité.....	633
I) Une qualification implicite, spécifique au contrôle d'égalité.....	634
II) Une qualification influençant la solution du contrôle d'égalité	638

A) Le mariage polygamique.....	638
B) Le mariage entre personnes de même sexe	640
Section 2) La faible influence des exigences substantielles d'égalité européennes.....	644
§1) L'absence de continuité au nom d'une exigence substantielle d'égalité européenne.....	647
I) L'arrêt <i>Wagner</i>	647
II) L'arrêt <i>Négrépontis-Gannisis</i>	650
§2) Une exigence relative de continuité des situations dans le cadre du contrôle d'égalité	652
I) La distinction entre l'égalité et d'autres droits fondamentaux	653
A) La continuité des situations, condition du respect de la vie privée et familiale et des libertés de circulation.....	653
B) Le principe d'égalité au service de la continuité comme de la discontinuité des situations ...	655
II) La condition de la reconnaissance au nom de l'égalité : la création de la même situation en droit national.....	657
A) Une exigence élevée	658
B) L'hypothèse d'une reconnaissance fondée sur une disposition d'égalité : l'exemple des arrêts <i>Orlandi</i> et <i>Coman</i>	662
Conclusion du deuxième chapitre	665
<i>Conclusion de la troisième partie</i>	669
 CONCLUSION GÉNÉRALE	673
 ANNEXE : LISTE DES ARRÊTS DE LA CEDH CONCERNANT L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT EN MATIÈRE FAMILIALE.....	681
BIBLIOGRAPHIE	685
JURISPRUDENCE CITÉE	735
TEXTES.....	765
INDEX	771
TABLE DES MATIÈRES	775