

La culture et la personne en droit international privé de la famille

*Yuko Nishitani**

- I. Introduction
- II. L'incidence de l'identité culturelle et la loi personnelle
 - 1. Considérations générales
 - 2. La détermination objective de la loi personnelle
- III. La dichotomie entre la nationalité et la résidence habituelle
 - 1. Les méthodes de coordination
 - 2. La mise en œuvre de l'autonomie de la volonté
- IV. Conclusion

I. INTRODUCTION

Les phénomènes de globalisation sont caractérisés par l'essor dynamique d'un mouvement transfrontalier des personnes, des marchandises, des services et des capitaux.¹ La souveraineté des États-nations est désormais en recul, de sorte qu'ils ne peuvent plus revendiquer de pouvoirs politiques, économiques et sociaux exclusifs à l'égard des autres États-nations, que ce soit à l'extérieur de leurs frontières ou à l'intérieur, quant aux ressortissants des autres pays. En Europe, un flux élevé de travailleurs, d'immigrés et de demandeurs d'asile a graduellement changé la physionomie de la société d'accueil. Le respect et l'accommodement des cultures, des mœurs et des valeurs divergentes posent un défi important au regard des principes fondamentaux et des droits humains du pays récepteur. Les personnes n'appartiennent plus de par leur nationalité à un État-nation, elles sont pourvues de multiples identités relevant de diverses communautés culturelles, religieuses, ethniques ou indigènes, indépendamment de celles de l'État d'origine ou de celui d'accueil. Plus les sociétés deviennent multiculturelles et multi-ethniques, plus l'appartenance des individus se relativise et se multiplie.²

* Professeur de droit international privé à l'Université de Kyōto, Japon.

1 A propos des phénomènes de « globalisation » ou de « mondialisation », V. M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel* (Paris 2004), 7 *et s.* ; Y. LEQUETTE, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme?* », *Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye* 387 (2017) 306 *et s.*

Face à ces phénomènes de la globalisation, se pose le défi important de déterminer la loi personnelle qui règle les rapports juridiques familiaux transfrontaliers. Les règles de conflit dans les systèmes juridiques continentaux, comme ceux de la France, de l'Allemagne et du Japon, se rattachent traditionnellement à la nationalité de la personne pour régler ces rapports depuis le début du XIX^e siècle. La plupart des pays asiatiques, comme le Japon, la Corée du Sud et Taïwan, maintiennent encore ce principe. Toutefois, au sein des pays européens et dans diverses Conventions de La Haye, on observe récemment une nette tendance à abandonner le principe de la nationalité au profit de celui de la résidence habituelle. En effet, appliquer la loi de l'Etat dans lequel la personne concernée réside habituellement est devenu une politique législative au niveau national, régional et international. La diversité des méthodes de rattachement de la loi personnelle est remarquable, ce qui peut être un obstacle à l'harmonie internationale des décisions et à la coordination des ordres juridiques contemporains.

Face à ces derniers développements, il nous paraît nécessaire de réfléchir à la meilleure voie afin de désigner la loi régissant les rapports juridiques familiaux transfrontaliers.³ Dans cet art., nous allons évaluer les avantages et les inconvénients des méthodes de détermination de la loi personnelle dans le droit international privé contemporain. Dans le but de satisfaire les conditions et les exigences du multiculturalisme et de réaliser une société fondée sur celui-ci, nous allons nous concentrer sur la mise en œuvre l'identité culturelle de l'individu dans les relations familiales internationales.

De ce fait, l'état actuel des méthodes objectives de détermination de la loi personnelle et leur pertinence afin de réaliser l'identité culturelle de l'individu sera abordé dans un premier temps (I). Après avoir exposé les considérations générales sur le respect de l'identité culturelle en droit international privé de la famille, nous analyserons les éléments objectifs les plus représentatifs du rattachement de la loi personnelle, à savoir la nationalité et la résidence habituelle. A cet égard, il faut ajouter que la démarche de cette recherche sera limitée aux systèmes juridiques du *civil law* car les pays du *common law*, comme le Royaume-Uni, les États-Unis, le Canada et l'Australie, désignent en général la loi du domicile ou la loi du for pour régir les relations familiales, elles rejettent la possibilité de se référer à la loi na-

2 M.-C. FOBLETS/N. YASSARI, Cultural Diversity in the Legal Framework : Modes of Operation, in : Foblets/Yassari (éds.), *Approches juridiques de la diversité culturelle* (Leiden/Boston 2013) 3 *et s.*

3 H. MUIR WATT, Private International Law beyond the Schism, *Transnational Legal Theory* 2 (3) (2011) 354 *et s.* ; H. MUIR WATT, The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate, in : Muir Watt/Fernández Arroyo (éds.), *Private International Law and Global Governance* (Oxford 2014) 1 *et s.*

tionale de la personne.⁴ Après cette observation, nous analyserons les méthodes qui peuvent permettre de surmonter la dichotomie entre le principe de la nationalité et celui de la résidence habituelle (II.). Nous verrons l'utilité et la signification de l'autonomie de la volonté, puis sa mise en œuvre dans les rapports juridiques de famille en Europe et en Asie, en tenant compte de ses limites au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Quelques remarques et idées sur les développements à venir conflueront cette contribution.

II. L'INCIDENCE DE L'IDENTITE CULTURELLE ET LA LOI PERSONNELLE

1. *Considérations générales*

En général, bien que l'Etat et la société aient un intérêt légitime à régler les rapports juridiques au sein de la famille, ce sont les individus, en tant qu'acteurs privés, qui sont les plus impliqués. Il s'agit de leurs relations intimes, de leurs vies quotidiennes qui sont à l'origine de situations juridiques de longue durée.⁵ Concernant les relations familiales transfrontalières qui impliquent des ordres juridiques différents, il s'avère dès lors opportun de désigner la loi applicable qui reflète le mieux l'identité culturelle de l'individu. Ceci permettrait de consacrer des rapports familiaux en droit international privé qui reflètent les mœurs, les traditions, la morale, les religions et la culture de l'individu.⁶

Or, l'identité de la personne est perçue de manière intime et subjective. L'identité se forme et se cristallise graduellement par un processus de prise de conscience de soi-même à travers les rencontres avec les autres. En constituant une certaine identité, l'individu se définit comme le membre d'un groupe selon différents éléments, comme l'origine ethnique, la couleur, le genre, l'âge, la famille, le travail, l'école, le club, la culture, la religion, la ville, la région ou la nation. En se découvrant une communauté d'appartenance avec les éléments d'une certaine collectivité, chaque personne forme son identité. C'est une auto-perception de l'individu qui dépend du temps et du lieu, ainsi que du contexte et de la relation personnelle.⁷ Lorsque Sadiq Khan a été élu maire de Londres en 2016, il a déclaré :

4 V. A. V. DICEY/J. H. C. MORRIS/L. COLLINS, *The Conflict of Laws* (15^e éd., London 2012), paragraphes 6–166 *et s.*

5 B. HOFFMANN/K. THORN, *Internationales Privatrecht* (9^e éd., Munich 2007) 186.

6 Cf. J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel* (Bruxelles 1992) 249 *et s.* ; C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*, *Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye* 359 (2012) 404 *et s.*

7 A. SEN, *Identity & Violence. The Illusion of Destiny* (London *et al.* 2007), 4 *et s.*, 10 *et s.* ; Y. M. DONDEERS, *Towards a Right to Cultural Identity ?* (Antwerpen 2002)

« Chacun a multiples identités. Je suis citoyen de Londres, britannique, Anglais d'origine asiatique et de descendance pakistanaise, père, mari, adepte du club de foot de Liverpool, membre du Parti Travailleiste, membre de la Société Fabienne et musulman ».⁸

En effet, l'identité de l'individu est nécessairement multiple et relative, elle change et se développe dynamiquement au cours du temps.⁹

Dans ce contexte, il convient de se souvenir des débats qui ont accompagné l'introduction de l'art. 310 du Code civil français en 1975.¹⁰ Cette règle de conflit sur le divorce désignait la loi française lorsque les deux époux étaient de nationalité française ou domiciliés en France. En cas de divorce, les couples étrangers vivant en France étaient dès lors soumis à la loi française. De par cette règle de conflit unilatérale, le législateur français envisageait de faciliter la mise en œuvre de la loi applicable et de promouvoir l'intégration des Etrangers dans la société d'accueil.¹¹ Cependant, cette décision législative a suscité de vives polémiques, soit du point de vue théorique des conflits de lois, soit au regard du résultat pratique d'obliger de nombreux couples marocains résidant en France à divorcer selon la loi française.¹² Les représentants du Maroc en ont contesté cette règle face à leurs homologues français afin de chercher une solution diplomatique. En vue de respecter l'identité culturelle des couples marocains, la France a finalement décidé de conclure une convention bilatérale avec le Maroc (1981), garantissant l'application de la loi nationale au profit de ceux-ci en cas de divorce en France.¹³

30 *et s.* ; C. TAYLOR, *The Politics of Recognition*, in : Gutmann (éd.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition* (Princeton 1994) 25 *et s.*

8 The Telegraph, 8 mai 2016 (disponible sur : <http://www.telegraph.co.uk/>).

9 SEN, *supra* note 6, 28 *et s.*

10 Il a été introduit en 1975 (loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce) et transféré à l'art. 309 en 2005 (ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation). Aujourd'hui, la France est liée par le règlement Rome III pour la détermination de la loi régissant le divorce (*infra* note 60).

11 J. FOYER, L'article 310 nouveau du Code civil, *Semaine juridique*, éd. générale 1976, I-2762.

12 P. COURBE, Le divorce international : premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil, *Travaux du Comité français de droit international privé 1988-1990*, 123 *et s.* ; Ph. FRANCESKAKIS, Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international, *Revue critique de droit international privé 1975*, 554 *et s.* ; P. MALAURIE, La législation de droit international privé en matière de statut personnel, *Travaux du Comité français de droit international privé 1975-1977*, 178 *et s.* ; P. MAYER/V. HEUZE, *Droit international privé* (11^e éd., Issy-les-Moulineaux 2014) n° 579 *et s.*

13 Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire ; F. MONEGER, La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, *Revue critique de droit international privé 1984*, 267 *et s.*

Comme cet exemple le montre bien, la détermination de la loi personnelle peut avoir une incidence sur le respect de l'identité culturelle des personnes dans une société multiculturelle contemporaine. Déterminer la loi régissant les relations familiales transfrontalières est une question délicate. Quelle serait alors la meilleure méthode permettant de désigner la loi personnelle qui reflète l'identité culturelle de l'individu ? Les éléments de rattachement classiques pour la déterminer relèvent de la nationalité et de la résidence habituelle.

2. La détermination objective de la loi personnelle

a) Le principe de la nationalité

aa) Considérations historiques

L'origine du principe de la nationalité est liée à la formation des États-nations au XIX^e siècle. Ce fut le Code civil français (1804)¹⁴ qui marqua le début du principe de la nationalité, en prévoyant l'application de la loi française aux citoyens français, afin de les faire jouir de la législation la plus avancée en Europe, celle qui résultait de la Révolution. De manière comparable, le législateur autrichien de l'*ABGB* (1811)¹⁵ adopta des règles de conflit unilatérales en se référant à la loi nationale uniquement pour les ressortissants autrichiens.

Vers la deuxième moitié du XIX^e siècle, Pasquale Stanislao Mancini, homme savant, politique et juriste à l'époque du *Risorgimento* en Italie, fournit un fondement théorique au rattachement bilatéral à la nationalité, soit pour les propres ressortissants d'un Etat, soit pour ses ressortissants étrangers. Sous la direction de Mancini, le rattachement bilatéral fut inséré dans la législation italienne (1865).¹⁶ D'après lui, chaque individu était

14 Art. 3, al. 3 Code civil (1804).

15 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 3 et 34 (1811).

16 Art. 6 à 12 des dispositions préliminaires du Code civil italien (1865). Pour le principe de la nationalité chez Mancini, V., *inter alia*, E. JAYME, Pasquale Stanislao Mancini. IPR zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz (Ebelsbach 1980) 3 *et s.*; E. JAYME, Mancini heute – Einige Betrachtungen, in: Festschrift Konrad Zweigert (Tübingue 1981) 145 *et s.*; E. JAYME, Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 177 (1982 IV) 29 *et s.*; H.-P. MANSEL, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität (Munich 1986) (ci-après « *Personalstatut* ») 28 *et s.*; H.-P. MANSEL, L'adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 août 1896, in: Liber Memorialis François Laurent 1810–1887 (Bruxelles 1989) 869 *et s.*; Y. NISHITANI, Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht (ci-après « Mancini ») (Heidelberg 2000) 156 *et s.*; Y. NISHITANI, Global Citizens and Family Relations (ci-après « *Global Citi-*

empreint des caractéristiques de la nation à laquelle il appartenait, comme la race, l'histoire, la tradition, la langue, la religion, les mœurs et les lois, ainsi que de la conscience de la nationalité. Les États souverains étaient obligés d'accepter les Étrangers dont les statuts familiaux étaient attribués par leur Etat d'origine.¹⁷ S'appuyant sur les principes d'égalité et de respect mutuel des États-nations, Mancini réussit à établir un principe de la nationalité en conformité avec les méthodes bilatérales des conflits de lois.

Sous l'influence de l'école italienne¹⁸ le principe de la nationalité se répandit dans les autres systèmes juridiques continentaux au cours du XIX^e siècle.¹⁹ Ce fut également le cas avec l'Allemagne (1896) et le Japon (1898).²⁰

bb) Les significations actuelles de la nationalité

(1) Asie

Lors de la réforme du droit international privé japonais (*Hōrei*) de 1989 afin de réaliser l'égalité entre les époux, le parlement japonais a décidé,

zens ») Erasmus Law Review 7 (3) (2014) 136 ; L. I. de WINTER, Nationality or Domicile ? The Present State of Affairs », Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 128 (1969 III), 373 *et s.*

- 17 V. P. S. MANCINI, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, Journal de droit international Clunet 1 (1874) 293 ; P. S. MANCINI, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, in : Diritto internazionale (Napoli 1873) 27 *et s.*, 57 *et s.*
- 18 V., *e.g.*, E. CATELLANI, Les maîtres de l'École italienne du droit international au XIX^e siècle, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 46 (1933 IV) 705 *et s.*
- 19 MANSEL, Personalstatut, *supra* note 16, 28 *et s.* ; DE WINTER, *supra* note 16, 373 *et s.*
- 20 Art. 3 *et s.* du *Hōrei* (Loi n° 27 du 21 juin 1898). Y. NISHITANI, Mancini and the Principle of Nationality in Japanese Private International Law, in : Mansel *et al.* (éds.), Festschrift Erik Jayme, vol. 1 (Berlin 2004) 627 *et s.* Le *Hōrei* adopta le principe de la nationalité conformément à la tendance de la majorité des pays étrangers de l'époque (V. *Hōten Chōsa-kai* (éd.), *Hōrei giji sokki-roku* [Rapport en sténographie sur les délibérations législatives relatives au *Hōrei*] (Tōkyō 1986, réédition), 43, 47 ; *Hōten Chōsa-kai* (éd.), *Hōrei shūsei-an riyū-sho* [Rapport législatif sur la révision de l'ancien *Hōrei*, rédigé par Saburo Yamada] (Tokyo 1898) arts. 3 à 4, 13 à 16). Le colonialisme du Japon exigea l'assimilation des peuples subordonnés, bien que l'application de leur loi nationale ait été prévue. Sur l'identité de la nation japonaise à l'époque, V. E. OGUMA, *Tan-itsu minzoku shinwa no kigen*. 'Nihon-jin' no jigazō no keifu [L'origine d'une nation unique. La généalogie d'un autoportrait des « Japonais »] (Tōkyō 1995) 71 *et s.*

après de nombreuses délibérations, de maintenir le principe de la nationalité.²¹ Les éléments qui justifient cette décision législative se laissent synthétiser comme suit :

Premièrement, outre les avantages pratiques du rattachement à la nationalité, telles que la clarté, la stabilité et la continuité, le législateur a considéré que la nationalité reflétait les coutumes et les traditions auxquelles est attachée une personne. De plus, il a craint qu'un changement de rattachement au profit de la résidence habituelle, qui aurait entraîné l'application de la loi japonaise aux Coréens, aux Chinois et à de nombreux autres étrangers vivant au Japon, puisse être compris comme l'instrument d'une politique d'assimilation et une marque d'impérialisme de la culture japonaise.²² La considération du respect de l'identité culturelle des étrangers a été invoquée en faveur du maintien du principe de la nationalité.

Deuxièmement, la loi japonaise relative à la nationalité repose sur le principe du *jus sanguinis* et elle maintient la règle traditionnelle de la « nationalité unique et exclusive ».²³ Par conséquent, en principe, une personne étrangère doit renoncer à sa nationalité d'origine pour pouvoir être naturalisée au Japon (art. 5) et une personne mineure détenant la double nationalité, doit choisir entre la nationalité japonaise ou étrangère lorsqu'elle atteint l'âge de majorité (art. 14)²⁴ Au regard de ces règles particulièrement strictes, on estime que les personnes possédant la nationalité japonaise ont, dans la plupart des cas, un lien effectif avec le Japon (« nationalité effec-

-
- 21 V. T. KONO, Staatsangehörigkeitsprinzip und Reform des japanischen Internationalen Privatrechts, in : Jayme/Mansel (éds.), Nation und Staat im Internationalen Privatrecht (Heidelberg 1990) 262 *et s.* Ces règles de conflit ont été confirmés dans la réforme de 2006 réalisée par la promulgation de la Loi sur les règles générales d'application des lois (loi n° 78 du 21 juin 2006) (ci-après « LRGAL ») ; pour une traduction française, V. Y. OKUDA/N. TOUBKIN, Loi sur les règles générales d'application des lois (*Hō no tekiyō ni kansuru tsūsoku-hō*). Loi n° 78 du 21 juin 2006 reformant la loi n° 10 de 1898, *Journal de droit international Clunet* 2007, 921 *et s.*
- 22 T. MINAMI, *Kaisei hōrei no kaisetsu* [Réforme du *Hōrei* expliquée] (Tōkyō 1992) 46 *et s.* ; J. TORII, Revision of Private International Law in Japan, *Japanese Annual of International Law* 33 (1990) 54 *et s.* ; J. YOKOYAMA, Private International Law in Japan (Alphen aan den Rijn 2013) 28 *et s.* ; aussi Y. NISHITANI, *Kokusai kazoku-hō ni okeru kojīn no 'identity'* [L'identité de l'individu en droit international privé de la famille], *Minshōhō Zasshi* 152 (3) (2015) 239 *et s.*
- 23 Art. 2 et 3 de la loi japonaise sur la nationalité (*Kokuseki-hō*) (loi n° 147 du 4 mai 1950, modifiée en 2008).
- 24 De plus, lorsque l'enfant né à l'étranger obtient à la naissance tant la nationalité japonaise qu'une nationalité étrangère, il lui faut déclarer expressément qu'il ou elle entend conserver la nationalité japonaise sous peine de la perdre rétroactivement (art. 12). La constitutionnalité de cette règle a été récemment confirmée par la Cour suprême en 2015 (Cour suprême japonaise, 10 mars 2015, *Minshū* 69-2, 265).

tive »). Puisque le nombre d'étrangers vivant sur le sol japonais est encore limité à 2,7 % de la population,²⁵ l'application de la loi nationale peut encore refléter les cultures, les coutumes et les valeurs traditionnelles dont la personne concernée est empreinte.

Troisièmement, la pratique de l'état civil a joué un rôle significatif. Au Japon, il est notable que non seulement la célébration du mariage, mais aussi le divorce par consentement mutuel, la reconnaissance de paternité et l'adoption simple s'effectuent par une simple déclaration auprès de l'officier de l'état civil.²⁶ Or, celui-ci est dépourvu d'autorité pour examiner les faits et les règles juridiques de manière substantielle, il est obligé de se limiter à la vérification formelle des documents soumis par les parties. Si la résidence des parties avait été choisie comme rattachement prioritaire, cette limite aurait considérablement compliqué sa détermination. Finalement, eu égard à la mise en œuvre effective des règles de conflit, la loi nationale de la personne continue d'être appliquée.²⁷

Au regard de ces considérations, la politique législative de rattachement à la nationalité mérite d'être maintenue au Japon. La Corée du Sud (2001),²⁸ Taïwan (2010)²⁹ parmi d'autres pays asiatiques ont encore recours à ce principe,³⁰ toutefois la Chine (2010) est passée au principe de la rési-

25 Fin 2018, la population du Japon a diminué de 126 443 180 habitants et le nombre des étrangers était 3 423 060. Les Chinois étaient 958 257, les Taïwanais 141 458, les Coréens du Sud 543 938, les Coréens du Nord 29 559 les Vietnamiens 337 162 et les Philippins 307 694. Le nombre de Brésiliens a augmenté rapidement à la suite de la réforme de la loi sur l'immigration favorisant le séjour des deuxième et de troisième générations d'émigrés japonais en 1990. Ce nombre avait atteint 313 771 en 2007, mais s'est rapidement réduit à 204 347 en 2018. Pour les statistiques, V. <http://www.moj.go.jp/> et <http://www.e-stat.go.jp/>.

26 Art. 739, 763 à 765, 779, 781, 800 et 819 Code civil japonais ; V. Y. NISHITANI, *Das japanische Familienregister und grenzüberschreitende Rechtsverhältnisse*, ZJapanR/J.Japan.L 14 (2002) 229 *et s.* ; Y. NISHITANI, *Reformüberlegungen zum japanischen Familienrecht*, in : Gebauer/Huber (éds.), *Gestaltungsfreiheit im Familienrecht* (Tübingen 2017) 114 *et s.*

27 De même, les rattachements en cascade prévoient une référence subsidiaire à la résidence habituelle (surtout les art. 25 et 28). Le ministère de la Justice a ainsi édicté une circulaire sur la constatation de la résidence habituelle pour faciliter la tâche de l'officier de l'état civil. D'après les critères de la circulaire, la résidence habituelle est en principe acquise après cinq années de séjour. Mais certains cas particuliers sont envisagés, par exemple l'étranger marié avec une Japonaise qui s'installe au Japon, acquiert la résidence habituelle au bout d'un an. V. la circulaire (*tsūtatsu*) du ministère de Justice du 2 octobre 1989 (Min-ni, No. 3900).

28 Art. 11 *et s.* du droit international privé (DIP) coréen (loi n° 6465 du 7 avril 2001).

29 Art. 9 *et s.* DIP taïwanais (loi du 26 mai 2010).

30 A. KUNITOMO, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip im japanischen Internationalen Privatrecht*, in : Kroeschell/Cordes (éds.), *Vom nationalen zum transnationalen*

dence habituelle, en raison de la pluralité des systèmes juridiques qui coexistent au sein du pays.³¹

(2) Europe

Contrairement à l'Asie, dans les autres parties du monde, le sens du rattachement à la nationalité change peu à peu. Traditionnellement, cette notion exprime l'appartenance de l'individu à un Etat-nation. Après leur fondation à l'époque moderne, ceux-ci ont fixé respectivement les conditions d'obtention de la qualité de ressortissant, afin de délimiter l'étendue de leur population et de définir ses caractéristiques. L'unité de la nation a été conçue différemment selon les États, s'appuyant soit sur le *jus sanguinis* du peuple en Allemagne et au Japon,³² soit sur la collectivité territoriale constituée par les résidents en France³³ soit sur « l'allégeance perpétuelle » à la Couronne au Royaume-Uni.³⁴ En général, les conditions d'acquisition de la nationalité à la naissance reflètent cette conception. Le principe du *jus sanguinis*, c'est-à-dire de l'acquisition de la nationalité sur la base de la consanguinité, a été adopté au Japon et en Allemagne, tandis que la France

Recht (Heidelberg 1995) 118 *et s.* Les pays asiatiques qui suivent traditionnellement le principe de la nationalité sont l'Afghanistan (W. M. NASEH, *Conflict of Laws – State Practice in Afghanistan*, in : Garimella/Jolly (éds.), *Private International Law. South Asian State's Practice* (Singapore 2017) 75 *et s.*, l'Indonésie (S. GAUTAMA/H. WIKNJOSASTRO, *Some Aspects of Indonesian Private International Law*, *Malaya Law Review* 32 (2) (1990) 420 *et s.*), la Thaïlande (loi 10 mars 1938 dite « Conflict of Laws Act, B.E. 2481 ») et le Vietnam (T. H. T. NGUYEN, *Private International Law in Vietnam* (Tubingue 2016) 2 *et s.*).

- 31 Code du droit international privé chinois (loi du 28 octobre 2010) ; V. R. HUANG, *Chūkoku kokusai shihō no hikaku-hō-teki kenkyū* [Études comparatives sur le droit international privé chinois] (Nara 2015) 49 *et s.* ; S. DEISSNER, *Interregionales Privatrecht in China. Zugleich ein Beitrag zum chinesischen IPR* (Tubingue 2012) 171 *et s.*
- 32 H. EGAWA/Y. HAYATA/R. YAMADA, *Kokuseki-hō* [Loi sur la nationalité], (3^e éd., Tōkyō 1997) 38 *et s.*, 59 *et s.* ; S. SHIMIZU, *Europe to Doitsu kokuseki-hō no kai-sei : 'Schröder' seiken to gaikoku-jin no 'shakai tōgō'* [Réformes des lois sur la nationalité en Europe et en Allemagne : le gouvernement de Schröder et l'intégration sociale des étrangers], in : Miyajima/Yoshimura (éds.), *Imin, 'minority' to hen-yō suru sekai* [Immigrés, minorités et le monde en mutation] (Tōkyō 2012) 126 *et s.* ; cf. F. J. NEUMANN, *Volk und Nation* (Leipzig 1888) 108 *et s.*
- 33 R. BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood in France and Germany* (Cambridge/MA *et al.* 1992) 3 *et s.*
- 34 M. TADOKORO, *Kokusai jinkō idō to kokka ni yoru 'membership' no 'governance'* [La circulation transfrontalière de la population et la gouvernance de leurs membres par les États], in : Endo (éd.), *'Global Governance' no rekishi to shisō* [L'histoire et l'idéologie de la gouvernance globale] (Tōkyō 2010) 202 *et s.*

se réfère au principe du *jus soli* depuis 1851, qui est venu s'ajouter à celui du *jus sanguinis*.³⁵

Aujourd'hui, la France emploie soit le principe du *jus sanguinis*, soit le principe du *jus soli*, et elle accepte largement la double nationalité. Cette politique législative vise à maintenir le lien avec les Français émigrés et, en même temps, à promouvoir la formation d'une communauté avec les résidents en France en tant que société d'accueil, dans la mesure où les familles y vivent depuis plusieurs générations.³⁶ En effet, la proportion d'individus qui possèdent la nationalité française est limitée à quarante pour cent chez les immigrés de la première génération, tandis qu'elle s'élève à quatre-vingt-dix-huit pour cent chez ceux de la deuxième et de la troisième génération.³⁷

Or, de manière remarquable, l'Allemagne a également introduit le *jus soli* en 1999, tout en maintenant le *jus sanguinis*, en raison de la nécessité de faciliter l'intégration sociale des immigrés ayant une résidence habituelle de longue durée dans le pays. D'après ces règles, toute personne née en Allemagne acquiert la nationalité allemande si un de ses parents y réside habituellement au moins depuis huit ans.³⁸ De plus, il n'est plus requis de choisir entre la nationalité allemande et étrangère pour les nationaux d'un des Etats-membres de l'Union européenne (UE) ou de la Turquie.³⁹ De par ces développements, les lois sur la nationalité convergent peu à peu dans divers pays européens.⁴⁰

Face à ce phénomène contemporain, l'incidence de la nationalité se relativise en Europe. Les individus ne sont plus empreints des caractéristiques d'un seul Etat-nation, comme la « race » (origine ethnique), l'histoire, la tradition, la langue, la religion, les mœurs, les lois ou la conscience de la nationalité, comme Mancini l'avait présumé. Les individus possèdent plutôt une appartenance à plusieurs États et tentent souvent d'acquérir une

35 V. les art. 18 *et s.* du Code civil français.

36 L'enfant obtient la nationalité française si un de ses parents est de nationalité française, ou par naissance en France si un de ses parents est né en France (art. 18 *et s.* Code civil). Si seul l'enfant est né en France, il peut acquérir la nationalité française à l'âge de majorité, sous réserve de certaines conditions (art. 21-7 Code civil).

37 Fiches thématiques : Population immigrée, 115 (disponible sur : <http://www.insee.fr/>).

38 Art. 4, al. 3, n° 1 Staatsangehörigkeitsgesetz (BGBl. 1999 I 1618) ; C. BENICKE, Auswirkungen des neuen Staatsangehörigkeitsrechts auf das deutsche IPR, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2000, 171 *et s.*

39 Zweites Gesetz zur Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes, du 13 novembre 2014, BGBl. 2014 I 1714.

40 R. HANSEN/P. WEIL, Citizenship, Immigration and Nationality: Towards a Convergence in Europe ?, in : Hansen/Weil (éds.), Towards a European Nationality. Citizenship, Immigration and Nationality Law in the EU (Hampshire *et al.* 2001) 5 *et s.*

nationalité étrangère pour des raisons politiques, économiques ou utilitaires. Il est intéressant de constater que même les États considèrent désormais qu'une multiple affiliation de leurs ressortissants, y compris ceux d'autres États, est plus favorable que désavantageuse.⁴¹ Par conséquent, la nationalité ne peut plus être caractérisée par le symbole de l'allégeance exclusive de l'individu à un Etat ou le « plébiscite de tous les jours » pour reprendre les termes d'Ernest Renan.⁴² Plusieurs auteurs ont évoqué l'« argument de démocratie » pour justifier l'application de la loi nationale en droit international privé, à travers la participation des individus à la vie politique et législative de l'Etat dont ils sont ressortissants,⁴³ ceci s'avère fictif aujourd'hui au regard de la multiplicité des nationalités.⁴⁴

cc) L'identité culturelle

Du point de vue de l'identité culturelle, l'application de la loi nationale est justifiée aussi longtemps que les individus restent attachés à l'Etat dont ils sont ressortissants. En effet, lorsque les immigrants musulmans en Europe maintiennent des liens culturels et traditionnels avec leur Etat d'origine au Proche ou Moyen Orient, le principe de la nationalité signifierait de respec-

41 BRUBAKER, *supra* note 33, 144 *et s.* ; O. W. VONK, Dual Nationality in the European Union (Leiden 2012) 48 *et s.* ; G.-R. DE GROOT/H. SCHNEIDER, Die zunehmende Akzeptanz von Fällen mehrfacher Staatsangehörigkeit in West-Europa, in : Festschrift Koresuke Yamauchi (Berlin 2006) 65 *et s.*

42 A propos de la nation française, Renan a déclaré symboliquement en 1882 que « l'existence d'une nation est un plébiscite de tous les jours ». E. RENAN, Qu'est-ce qu'une nation ?, in : Ukai *et al.* (éds.), Qu'est-ce qu'une nation ? (édition japonaise : Tōkyō 1997) 62.

43 H.-P. MANSEL, Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht. Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person ? (ci-après « Staatsangehörigkeit »), in : Jayme (éd.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht (Heidelberg 2003) 135 *et s.* ; H.-P. MANSEL, Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht (ci-après « Kulturelle Identität »), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 43 (2008) 164 *et s.* ; H.-P. MANSEL, The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules of Member States, in : Boele-Woelki *et al.* (éds.), Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr (Zürich 2010) 297 *et s.* ; C. STERN, Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa (Baden-Baden 2008) 48 *et s.* ; sur les débats au Japon, V. H. SANO, *Hōtekiyō tsūsoku-hō ni okeru hongoku-hō-shugi* [Le principe de la nationalité dans la LRGAL], Kokusai-hō Gaikō Zasshi 115 (3) (2016) 51.

44 Y. NISHITANI, Identité culturelle en droit international privé de la famille, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 401 (2019) chapitre III-B.

ter leur identité culturelle.⁴⁵ Ce serait le cas avec les immigrés marocains ou algériens qui continuent de pratiquer l'« endogamie », c'est-à-dire le mariage entre les cousins, ce qui a une incidence sur les successions au sein de la famille musulmane.⁴⁶ Un autre exemple est celui des femmes musulmanes qui à porter volontairement le voile, alors qu'elles auraient refusé de couvrir leur tête ou leur corps dans leur Etat d'origine.

Toutefois, même si les immigrés de la première génération restent régulièrement liés à la culture, les mœurs et la religion de leur Etat d'origine, cela ne s'applique plus nécessairement aux immigrés des deuxième ou troisième générations. Nés dans le pays récepteur et ayant obtenu la nationalité de celui-ci, les descendants d'immigrés peuvent être plutôt bien intégrés dans la société réceptrice. Ils deviennent sensibles à la culture et aux valeurs fondamentales de la société d'accueil en y vivant longtemps, de sorte qu'ils deviennent « biculturels » et appartiennent socialement et culturellement à la fois au pays d'origine et à celui de résidence habituelle.⁴⁷

La nationalité de l'Etat d'origine ne représentant qu'une partie des multiples identités de l'individu, elle ne peut pas être le seul critère utilisé pour définir l'appartenance d'un individu. Ce n'est dès lors que dans les cas « idéaux-typiques »⁴⁸ que l'identité d'une personne est reflétée dans sa nationalité.⁴⁹

b) Le principe de la résidence habituelle

aa) La situation actuelle en Europe

En Europe, le principe de la nationalité commença à être critiqué dès les années 1950. Il fut observé que l'acquisition de la nationalité, comme lien relevant du droit public entre l'Etat et l'individu, dépendait souvent de décisions politiques, sociales ou économiques, sans refléter les liaisons personnelles ou les relations familiales de la personne concernée au niveau du droit privé. De surcroît, la nationalité, en tant qu'élément de rattachement, présente des inconvénients intrinsèques en cas de double nationalité, d'apatride ou de réfugié. La réalisation de l'égalité des sexes rend également impossible de se rattacher à la nationalité en cas de mariage mixte. Dans ces cas, il faut se référer à un rattachement subsidiaire et supplémen-

45 BRUBAKER, *supra* note 33, 148.

46 E. TODD, *La diversité du monde. Structures familiales et modernité* (version japonaise : Tōkyō 2008) 206 *et s.*

47 MANSEL, *Staatsangehörigkeit*, *supra* note 43, 133.

48 MANSEL, *Staatsangehörigkeit*, *supra* note 43, 130 *et s.*, 135 ; H.-P. MANSEL, *Kulturelle Identität*, *supra* note 43, 164 *et s.*

49 D. MILLER, *Citizenship and National Identity* (Cambridge *et al.* 2000) 35.

taire, tel que la résidence habituelle, la conscience de l'appartenance ou le for, afin de déterminer la loi applicable.⁵⁰

Il est notable qu'à partir des années 1950, la Conférence de La Haye de droit international privé, dont l'objet est la création d'instruments internationaux, a adopté de nombreuses Conventions sur le fondement de la résidence habituelle en tant que notion uniforme, commune aux systèmes juridiques du *common law* et du *civil law*. Elle se substitue ainsi à la nationalité qui était le principe directeur uniquement en *civil law*.⁵¹ Elle se trouve notamment dans les Conventions qui ont particulièrement réussi en matière d'obligations alimentaire,⁵² d'enlèvement d'enfants,⁵³ d'adoption⁵⁴ et de

-
- 50 R. CASSIN, La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 34 (1930 IV), 752 *et s.* ; S. BRAGA, Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip ? (Erlangen 1954), 9 *et s.* ; E. WAHL, Zur Entwicklung des Personalstatuts im europäischen Raum », in : Wahl *et al.* (eds.), Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung (Heidelberg 1967) 123 *et s.* ; P.-H. NEUHAUS, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts (2^e éd., Tubingue 1976) 210 *et s.*
- 51 Sur l'histoire du principe de la résidence habituelle, v. D. BAETGE, Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht (Tubingue 1994) 3 *et s.* ; J. KROPHOLLER, Internationales Privatrecht (6^e éd., Tubingue 2006) 281 *et s.* La notion de la résidence habituelle ne devrait pas se fonder sur la « quantité », c'est-à-dire la durée de séjour, mais sur la « qualité », notamment l'intégration dans l'environnement social et familial. Sur la notion de la résidence habituelle, V. A. DUTTA, Der gewöhnliche Aufenthalt. Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2017, 139 *et s.* ; N. LOWE/M. EVERALL QC/M. NICHOLLS QC, International Movement of Children, (2^e éd., Bristol 2016) paragraphes 2.21 *et s.* ; B. LURGER, Die Verortung natürlicher Personen im europäischen IPR und IZVR : Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt, Staatsangehörigkeit, in : von Hein/Rühl (éds.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Tubingue 2016) 217 *et s.* ; B. RENTSCH, Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts (Tubingue 2017) 68 *et s.* ; R. SCHUZ, The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis (Oxford *et al.* 2013) 175 *et s.* ; M.- P. WELLER/B. RENTSCH, Habitual Residence : A Plea for 'Settled Intention', in : Leible (éd.), General Principles of European Private International Law (Aphen aan den Rijn 2016) 175 ; pour la jurisprudence de la CJUE, V., *inter alia*, CJCE, 2 avril 2009, C-523/07 [A] ; CJUE, 22 décembre 2010, C-497/10 PPU [Mercredi *c. Chaffe*], Rép. 2010 I-14309 ; CJUE, 15 février 2017, C-499/15 [W *c. X*] ; CJUE, 8 juin 2017, C-111/17 PPU [OL *c. PQ*] ; CJUE, 10 avril 2018, C-85/18 PPU [CV *v. DU*] ; CJUE, 28 juin 2018, C-512/17 [HR *c. KO*] ; CJUE, 17 octobre 2018, C-393/18 PPU [UD *v. XB*].
- 52 Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants ; Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ; Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

protection des enfants et des adultes.⁵⁵ Dans ces matières impliquant des parties faibles telles que les femmes et les enfants, le rattachement à la résidence habituelle assure la protection des personnes par l'application de la loi qui reflète leur centre de vie, qu'elles connaissent bien et que le juge peut aisément appliquer. La référence à la résidence habituelle permet également de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant par l'application de la loi de son environnement familial et social.⁵⁶

Au sein de l'UE, on peut observer la nette tendance d'un passage du principe de la nationalité à celui de la résidence habituelle.⁵⁷ Une série de règlements de l'UE a été adoptée pour unifier les règles du droit international privé de la famille en matière d'obligations alimentaires,⁵⁸ de divorce⁵⁹ de régimes matrimoniaux⁶⁰ et de successions.⁶¹ Dans tous ces règlements, le

53 Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

54 Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

55 Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs ; Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ; Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

56 J. AKIBA, *Hōrei no kaisei kitei to jōkyō-sho kijun-setsu no ronkyō ni tsuite* [Les nouvelles règles de conflit dans le *Hōrei* et les arguments en faveur du principe de la résidence habituelle], *Kokusai-hō Gaikō Zasshi* 90-2 (1991) 13 *et s.*

57 D. HENRICH, *Europäisierungsbemühungen im internationalen Familien- und Erbrecht*, in : Roth (éd.), *Europäisierung des Rechts* (Tübingue 2010) 77 *et s.* ; D. HENRICH, *Europäisierung des internationalen Familienrechts : Was bleibt vom EGBGB ?*, in : *Festschrift Ulrich Spellberg* (München 2010) 195 *et s.*

58 Art. 15 du règlement (CE) no 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, *J.O.* 2009, L 7/1.

59 Art. 8, lit. a) et b) du 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, *J.O.* 2010, L 343/10 (ci-après « Rome III »).

60 Art. 26, al. 1 lit. a) du règlement (UE) 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, *J.O.* 2016, L 183/1 ; art. 26, al. 2 du règlement (UE) 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, *J.O.* 2016, L 183/30.

61 Art. 21, al. 1 du 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, *J.O.* 2012, L 201/107.

rattachement principal est désormais celui de la résidence habituelle. Ce rattachement présente l'avantage de se référer au centre de vie de la personne. De plus, l'application de cette loi conduit à appliquer la loi du for à toutes les personnes vivant dans ce même Etat. Cela favorise le traitement égalitaire de tous les habitants et l'intégration sociale au sein de la société d'accueil.⁶² D'autre part, le principe de la nationalité se heurte désormais à de nouveaux obstacles en cas de double nationalité, puisque celle du for ne peut plus recevoir de préférence en vertu du principe d'égalité des citoyens de l'UE.⁶³ D'un point de vue pratique, la résidence habituelle possède l'avantage d'assurer le parallélisme entre le for et la loi, car la compétence judiciaire internationale se base en général sur la résidence habituelle. Le juge peut dès lors appliquer sa propre loi à un litige international.⁶⁴

bb) L'identité culturelle

Du point de vue de l'identité culturelle, l'application de la loi de la résidence habituelle est justifiée lorsque les immigrés sont socialement intégrés dans l'Etat d'accueil. Il serait opportun, par exemple, d'appliquer la loi néerlandaise au divorce d'époux turcs qui vivent depuis plusieurs décennies aux Pays-Bas et y sont intégrés socialement et culturellement. En outre, les enfants, se développent en général, en s'habituant rapidement à l'environnement social où ils vivent, acquérant ainsi leur identité culturelle.⁶⁵ Dans le même sens, le « principe de subsidiarité », qui consiste à accorder une préférence à l'adoption nationale par les parents adoptifs résidant habituellement dans le même pays que l'enfant, joue en matière d'adoption internationale dans le cadre de la Convention de La Haye de 1993.⁶⁶ Ce principe est considéré comme judicieux en vue de respecter l'identité culturelle de l'enfant.⁶⁷

62 H.-P. MANSEL, Stellungnahme anlässlich der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments zum Grünbuch für internationales Erb- und Testamentsrecht, (Bruxelles, le 21 nov. 2005) (http://www.europarl.europa.eu/hearings/20051121/juri/mansel_de.pdf) (consulté le 22 août 2019).

63 V. S. BARIATTI, Multiple Nationalities and EU Private International Law : Many Questions and Some Tentative Answers, Yearbook of Private International Law 2011, 4 *et s.* ; CJUE, 2 octobre 2003, C-148/02 [*Garcia Avello*], Rec. 2003, I-11613 ; CJUE, 16 juillet 2009, C-168/08 [*Hadadi*], Rec. 2009, I-6871.

64 MANSEL, Kulturelle Identität, *supra* note 43, 171 ; D. MARTINY, Ein Internationales Scheidungsrecht für Europa. Konturen einer Rom III-Verordnung, Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (München 2005) 127.

65 M.-P. WELLER, Der 'gewöhnliche Aufenthalt' : Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff, in : Leible/Unberath (éds.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung ? (Sipplingen 2013) 302.

66 Art. 4, lit. b) de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale, *supra* note 54.

Néanmoins, l'application de la loi de la résidence habituelle peut ne pas refléter l'identité culturelle de l'individu. Dans la mesure où les immigrés maintiennent leurs liens culturels avec leur Etat d'origine et qu'ils ont le sentiment de lui appartenir, on leur imposerait indûment des règles et valeurs discordantes par l'application de la loi de la résidence habituelle. Il suffit de se remémorer la polémique suscitée par l'art. 310 du Code civil face aux époux marocains vivant en France⁶⁸ Il en irait de même lorsque les immigrés restent dans leur propre communauté au sein de la société d'accueil et y pratiquent leurs religion, coutumes, mœurs et traditions d'origine, constituant des « enclaves culturelles »⁶⁹ Les politiques d'assimilation ou d'intégration dans les pays d'accueil risquent paradoxalement de renforcer les liens des immigrés avec leur Etat d'origine⁷⁰ De plus, les diasporas, dont les membres sont dispersés dans différents pays dans le monde, peuvent maintenir une forte allégeance culturelle et politique à leur pays d'origine sans être intégrées dans les sociétés d'accueil⁷¹ Dans nos sociétés multiculturelles contemporaines il peut même arriver que certains groupes de personnes ne réussissent à trouver leur identité culturelle ni dans l'Etat de leur résidence habituelle, ni dans leur Etat d'origine, ni dans aucun autre. On peut citer les exemples des Sinti, de la secte des baha'i⁷² ou des baptistes⁷³ ; tous ont un style de vie différent de celui de la majorité des membres des sociétés dans lesquelles ils vivent.

En conséquence, l'application de la loi de la résidence habituelle ne peut pas toujours réaliser l'identité culturelle des personnes concernées.

67 E. JAYME, Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, in : Heinrich/Jayme/Sturm (éds.), Ehe und Kindschaft im Wandel (Francfort-sur-le-Main 1998), 50 *et s.* ; V. C. LIMA MARQUES, Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts (Francfort-sur-le-Main 1997).

68 V. *supra* II.1.

69 MANSEL, Kulturelle Identität, *supra* note 43, 173.

70 BRUBAKER, *supra* note 33, 148.

71 P. S. BERMAN, Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders (New York *et al.* 2012) 70 *et s.*

72 D. HENRICH, Partiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität, in : Deutsches, ausländisches und internationales Familien- und Erbrecht. Ausgewählte Beiträge (Bielefeld 2006) 440.

73 MANSEL, Kulturelle Identität, *supra* note 43, 173.

III. LA DICHOTOMIE ENTRE LA NATIONALITE ET LA RESIDENCE HABITUELLE

1. *Les méthodes de coordination*

a) *Considérations générales*

Il est difficile de trouver le juste équilibre si l'identité culturelle de certaines personnes est mieux reflétée par leur nationalité, tandis que d'autres entretiennent des liens plus étroits avec l'Etat de leur résidence habituelle. Comment surmonter cette dichotomie des doubles critères de rattachement ?

Premièrement, on peut penser au renvoi, tel qu'il a été consacré dans la Convention de La Haye de 1955.⁷⁴ Toutefois, celui-ci ne permet pas de sortir de cette impasse, puisqu'il ne fait que choisir l'un des éléments de rattachements objectifs, de manière abstraite et uniforme, sans fournir de solution univoque en ce qui concerne la détermination de la loi applicable.

Deuxièmement, le « principe de reconnaissance » dans l'UE peut servir à planifier l'application de la loi applicable. Ce principe exige que le nom (ou l'état) d'une personne établie dans un des États-membres de l'UE soit reconnu en tant que tel. Sans prêter attention à la loi qui a été appliquée, la situation intervenue à l'étranger est reconnue. Le principe de reconnaissance reste neutre au regard du rattachement pour déterminer la loi applicable.⁷⁵ Toutefois, ce principe ne sert pas non plus à transcender le schisme entre la nationalité et la résidence habituelle, ni même ne peut-il assurer le

74 Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile.

75 Art.s 18 et 21 TFUE (art.s 12 et 18 TCE) ; V. CJEU, 2 octobre 2003 [*Garcia Avello*] (*supra* note 63) ; CJEU, 14 octobre 2008, C-353/06 [*Grunkin Paul*], Rec. 2008, I-7639 ; CJEU, 22 décembre 2010, C-208/09 [*Sayn-Wittgenstein*], Rec. 2010, I-13693 ; CJUE, 12 mai 2011, C-391/09 [*Runevič-Vardyn*], Rec. 2011, I-3787 ; CJUE, 2 juin 2016, C-438/14 [*Bogendorff von Wolfersdorff*] ; sur le principe de reconnaissance dans l'UE, V. D. COESTER-WALTJEN, *Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?*, in : Festschrift Erik Jayme, vol. 1 (München 2004), 121 *et s.* ; S. FRANCO, *Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille?*, in : Fulchiron/Bidaud-Garon (éds.), *Vers un statut européen de la famille?* (Paris 2014), 111 *et s.* ; M. GRÜNBERGER, *Alles Obsolet? Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR*, in : Leible/Unberath (éds.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* (Sipplingen 2013) 81 *et s.* ; H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 70 (2006) 705 *et s.* ; K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht* (Tubingue 2009) ; J. LEIFELD, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts* (Tubingue 2010).

respect de l'identité culturelle de l'individu, car la seule question qui se pose est de savoir dans quel Etat-membre de l'UE la situation juridique a été créée.⁷⁶ Quoique certains auteurs fassent valoir que la reconnaissance du nom ou de l'état des personnes favorise le respect de l'identité individuelle, en garantissant la continuité du nom ou des relations familiales,⁷⁷ ce postulat ne s'applique que dans des situations particulières, dans lesquelles les personnes maintiennent leur identité culturelle d'origine après leur déplacement dans un autre pays.

b) L'identité culturelle et l'autonomie de la volonté

En tant que voie alternative, il convient de réfléchir à la possibilité de permettre aux parties de choisir la loi applicable à leurs relations familiales transfrontalières. En effet, avec l'essor des mouvements transfrontaliers de personnes et l'accroissement des échanges de cultures et de valeurs, un seul lieu auquel la personne s'identifie ne peut guère être précisé. A mesure que la relation entre la personne et le sol se relativise, le lien intrinsèque entre l'identité individuelle et le territoire se perd.⁷⁸ En conséquence, la « loi propre » de l'individu ou de la famille⁷⁹ se définit difficilement par le biais d'un lien objectif territorial. Il serait opportun de rechercher la loi à laquelle la personne se sent appartenir, puisque ce sont les acteurs privés qui sont le plus impliqués dans leurs relations familiales. L'identité culturelle étant conçue de manière intime et subjective, en s'appuyant sur la liberté morale, il est logique et raisonnable de permettre aux parties de sélectionner elles-mêmes la loi applicable à leurs relations familiales.

En vertu de l'autonomie de la volonté, les parties peuvent remplacer la loi de leur résidence habituelle par leur loi nationale lorsqu'elles ont un lien plus étroit avec leur pays d'origine. A l'inverse, lorsqu'elles sont intégrées dans leur société d'accueil et qu'elles ont un lien plus étroit avec celle-ci, elles peuvent se référer à la loi de leur résidence habituelle même si la nationalité est le critère de rattachement principal. La dichotomie entre les deux principes serait ainsi effectivement surmontée, tout en préservant pour

76 COESTER-WALTJEN, *supra* note 75, 123 *et s.* ; GRÜNBERGER, *supra* note 75, 158 *et s.* ; KOHLER, *supra* note 6, 402 *et s.* ; MANSEL, *supra* note 75, 717 *et s.*

77 A. BUCHER, La dimension sociale du droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 341 (2009), 377 ; H. MUIR WATT, The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United States ? : Family Law : European Federalism and the 'New Unilateralism', *Tulane Law Review* 82 (1983) 1198 *et s.*

78 Cf. BERMAN, *supra* note 71, 63 *et s.*

79 C'est-à-dire la « proper law of the individual or family ». V. CARLIER, *supra* note 6, 252.

chaque système juridique des points de rattachement divergents, qu'ils soient celui de la résidence habituelle, ou de la nationalité. En même temps, grâce à l'autonomie de la volonté, les parties peuvent construire leur rapports juridiques familiaux conformément à leurs projets et planifier au mieux leur vie transfrontière.⁸⁰

Les immigrés coréens, installés au Japon pendant la période coloniale, ont tendance à conserver la nationalité coréenne et à maintenir leurs traditions et coutumes d'origine pour des raisons historiques. Mais aujourd'hui, les deuxième et troisième générations sont socialement intégrés et culturellement adaptés à la société japonaise. Ils représentent un certain « biculturalisme ».⁸¹ L'autonomie de la volonté nous permettrait de maintenir le principe de la nationalité, ouvrant en même temps la possibilité aux étrangers vivant au Japon de choisir la loi japonaise pour constituer des relations familiales en conformité avec leur identité culturelle.⁸²

2. La mise en œuvre de l'autonomie de la volonté

a) La pénétration de l'autonomie de la volonté

En Europe, tous les règlements de l'UE dans le domaine du droit international privé de la famille, adoptés depuis 2008, prévoient une certaine liberté du choix de la loi applicable par les parties. Il s'agit du conflit de lois en matière d'obligations alimentaires, de divorce, des régimes matrimoniaux et de successions.⁸³ Ce phénomène, qui recueille souvent les fa-

80 CARLIER, *supra* note 6, 246 *et s.* ; FOLETS et YASSARI, *supra* note 2, 45 *et s.* ; KOHLER, *supra* note 6, 411 *et s.* ; MANSEL, Kulturelle Identität, *supra* note 43, 174 *et s.* ; A. E. VON OVERBECK, La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé, in : Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq, vol. 2 (Gent 1966), 1096 *et s.* ; M.-P. WELLER, Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2014, 228.

81 Y. ONUMA/J. SO, *Zainichi Kankoku/Chōsen-Jiin to Jinken* [Les droits humains des Coréens vivant au Japon], (2^e éd., Tōkyō 2005) 89 *et s.*

82 K. LEE, *Zainichi kankoku-jin no zokujin-hō* [La loi personnelle des Coréens vivant au Japon], Jurisuto 1025 (1993) 100 *et s.* ; KUNITOMO, *supra* note 30, 120 *et s.*

83 Art. 15 du règlement sur les obligations alimentaires ; art. 16 et 18 du règlement sur les régimes matrimoniaux ; l'art. 22 du règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ; art. 22 du règlement sur la succession. De plus, une proposition académique d'un règlement sur la loi applicable au nom de 2016 prévoit également l'autonomie de la volonté (art. 5). V. A. DUTTA/T. HELMS/W. PINTENS, Ein Name in ganz Europa. Vorschläge für ein Internationales Familienrecht der Europäischen Union (Francfort-sur-le-Main 2016) 134 *et s.*

veurs de la doctrine⁸⁴ s'aligne sur les tendances générales de l'individualisation et de la contractualisation du droit matériel de la famille en Europe. En effet, au regard de la diversification des relations familiales dans la société, l'autonomie de la volonté se renforce, de même que les conventions conjugales et la liberté de tester s'étendent.⁸⁵ L'introduction de l'autonomie de la volonté au niveau du droit international privé permettrait d'étendre la portée de la libre constitution des rapports juridiques de la famille à l'instar des tendances à l'œuvre dans le droit matériel.⁸⁶

Toutefois, il faut se rappeler que, à la différence des contrats ou de la responsabilité délictuelle, les catégories de rapports juridiques en droit de la famille sont limitées et la disposition des parties est restreinte par les normes impératives. C'est pourquoi les lois qui peuvent être sélectionnées sont le plus souvent limitées à celles qui ont un lien substantiel avec le fond du cas, à savoir la loi nationale et la loi de la résidence habituelle, ainsi éventuellement que la *lex fori* et la *lex rei sitae*.⁸⁷ Quels seraient alors les domaines dans lesquels le choix de la loi applicable pourrait être admis ?

84 J. BASEDOW, *The Law of Open Societies. Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws* (Brill/Nijhoff, 2015) 115 *et s.*, 230 *et s.* ; A. DUTTA, *Entwicklungen im internationalen Familien- und Erbrecht der Europäischen Union bis Gogova*, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2016, 434 *et s.* ; D. HENRICH, *Zur Parteiautonomie im europäisierten internationalen Familienrecht*, in : *Liber Amicorum Walter Pintens*, vol. 2 (Cambridge *et al.* 2012) 701 *et s.* ; H.-P. MANSEL, *Party Autonomy, Legal Doctrine on Choice of Law, and the General Section of the European Conflict of Laws*, in : Leible (éd.), *General Principles of European Private International Law* (Alphen aan den Rijn 2016), 133 *et s.* ; Y. NISHITANI, *Global Citizens*, *supra* note 16, 141 *et s.* ; S. SHAKARGY, *Marriage by the State or Married to the State ? On Choice of Law in Marriage and Divorce*, *Journal of Private International Law* 9 (2013) 530 *et s.* ; M.-P. WELLER, *Vom Staat zum Menschen : Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit*, *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 81 (2017) 761 *et s.* ; M.-P. WELLER/N. BENZ/C. THOMALE, *Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie*, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2017, 257 *et s.* ; sur les fondements idéologiques, V. LEQUETTE, *supra* note 1, 406 *et s.* ; G. P. ROMANO, *La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes*, *Revue critique de droit international privé* 2006, 512 *et s.*

85 V., e.g., S. HOFER/D. HENRICH/D. SCHWAB (éds.), *From Status to Contract ? Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht* (Bielefeld 2005) 1 *et s.*

86 K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht* (Tübingen 2013) 171 *et s.* ; D. COESTER-WALTJEN/M. COESTER, *Rechtswahlmöglichkeiten im Europäischen Kollisionsrecht*, in : *Festschrift Klaus Schurig* (Munich 2012), 33 *et s.*

87 MANSEL, *supra* note 84, 146.

b) Les matières pertinentes pour l'autonomie de la volonté

Historiquement, le libre choix de la loi applicable a été d'abord introduit en matière de successions sous la forme de la « *professio iuris* » du testateur, notamment en Suisse.⁸⁸ Il a ensuite été étendu aux régimes matrimoniaux et récemment aux obligations alimentaires, au divorce et au nom. Les sources juridiques sont les législations nationales⁸⁹ ainsi que les Conventions de La Haye⁹⁰ et les règlements de l'UE susmentionnés.⁹¹ En ce qui concerne les rapports juridiques patrimoniaux, la portée de la libre disposition des parties est étendue en droit matériel de la famille. Dès lors, au niveau du droit international privé, l'autonomie de la volonté aurait l'avantage de permettre aux parties de mieux gérer leur patrimoine et de planifier leur succession, tant que la nécessaire protection des parties faibles et des tiers serait garantie. Bien que les pays asiatiques soient encore réticents à introduire l'autonomie de la volonté dans leur droit positif, ils ont de même ouvert cette voie au moins en matière de régimes matrimoniaux au Japon, en Corée du Sud et à Taïwan⁹² et en matière successorale en Corée du Sud.⁹³

S'agissant des systèmes juridiques européens, l'autonomie des parties est désormais prévue également pour le divorce et la séparation de corps en tant que principe directeur du règlement Rome III.⁹⁴ qui élargit l'éventail des lois éligibles par rapport à certaines législations nationales antérieures.⁹⁵ En effet, lors de la promulgation de l'art. 310 du Code civil français en tant que règle de conflit unilatérale,⁹⁶ l'application de la loi française aux époux marocains résidant en France a été perçue comme une inadmissible manifestation d'impérialisme culturel et assimilatoire. Le règlement Rome III,

88 V. A. E. VON OVERBECK, L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé, in : Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux (Bruxelles 1993) 628 *et s.* ; sur les développements en Suisse, V. Y. NISHITANI, *Mancini, supra* note 16, 314 (note 158).

89 Sur les successions, V., *e.g.*, l'art. 90, al. 2 et l'art. 91, al. 2 DIP suisse ; l'art. 25, al. 2 EGBGB ; sur les régimes matrimoniaux, V. *e.g.*, l'art. 52 DIP suisse ; aussi l'ex-art. 15 DIP autrichien ; l'ex-art. 15, al. 2 EGBGB.

90 Art. 3 et 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ; art. 5 et 6 de la Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort ; art. 7 et 8 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

91 V. *supra* note 83.

92 Art. 26, al. 2 LRGAL ; art. 38, al. 2 DIP coréen ; art. 48, al. 1 DIP taïwanais.

93 Art. 49, al. 2 DIP coréen.

94 Art. 5, al. 1 lit. a) à d) Rome III.

95 Art. 55, al. 2 DIP belge ; art. 1, al. 2 et 4 du statut de divorce international néerlandais ; art. 17, al. 1, et art. 14 EGBGB.

96 V. *supra* I.1.

néanmoins, contourne ce reproche, puisqu'aux époux est accordé le choix de la loi nationale de l'un d'eux, au lieu de la loi de leur résidence habituelle commune qui serait autrement applicable.

L'autonomie de la volonté est également apte à déterminer la loi applicable au nom, car en général il est considéré dans les systèmes juridiques occidentaux comme un élément du droit de la personnalité qui reflète la culture, les mœurs, les traditions et la religion de la personne concernée.⁹⁷ Il serait dès lors expédient d'accepter l'autonomie de la volonté à propos de la loi régissant le nom dans le but de permettre son libre choix, comme c'est déjà le cas en Allemagne et en Suisse.⁹⁸

Or, en ce qui concerne la filiation et l'autorité parentale, il est indispensable d'assurer la protection nécessaire aux enfants. Toutefois, le risque de mettre en cause leur intérêt supérieur est inhérent à la sélection de la loi applicable par ses parents, gardiens ou tuteurs. Il va sans dire que l'Etat se réserverait le droit d'intervenir, par la voie de l'ordre public ou de la référence aux droits fondamentaux, afin d'empêcher l'application d'une loi inadmissible. Dans ces matières sensibles, il serait néanmoins raisonnable d'exclure *a priori* l'autonomie de la volonté afin d'éviter un contrôle systématique de la loi désignée.⁹⁹ Quant à la filiation, il conviendrait dès lors de s'appuyer sur un rattachement alternatif avec des éléments objectifs en faveur de l'établissement de la filiation,¹⁰⁰ à la différence du rattachement unique à la nationalité ou à la résidence habituelle du parent ou de l'enfant, comme c'est le cas notamment en France, en Belgique ou en Suisse.¹⁰¹ D'autre part, dans un but d'effectivité de la protection, l'autorité parentale et les mesures de protection de l'enfant devraient être régies objectivement par la loi de sa résidence habituelle car elle reflète son environnement social et coïncide généralement avec le for.¹⁰²

IV. CONCLUSION

A une époque de globalisation telle que la nôtre, les sociétés deviennent de plus en plus multiculturelles et multiethniques. Ce n'est pas seulement le cas avec les pays européens, les États-Unis, le Canada et l'Australie, cela s'applique également aux pays asiatiques, y compris le Japon, qui attend

97 GRÜNBERGER, *supra* note 75, 159.

98 Art. 10, 47 et 48 EGBGB ; art. 37, al. 2 DIP suisse ; cf. GRÜNBERGER, *supra* note 75, 159.

99 FOLETS/YASSARI, *supra* note 2, 49.

100 Art. 19, al. 1 EGBGB ; arts. 28 et 29 LRGAL ; arts. 40 et 41 DIP coréen.

101 Art. 311-14 Code civil français ; art. 62 DIP belge ; art. 68, al. 1 et 2 DIP suisse.

102 Arts. 15 à 22 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants de 1996.

une augmentation rapide de sa population immigrée, invitée à s'y installer pour des raisons liées au manque de main d'œuvre. Face à la mobilité dynamique des personnes et à l'augmentation de l'immigration, de nombreux pays sont confrontés au défi important de l'accommodement culturel au sein de la société réceptrice. La détermination de la loi personnelle peut avoir une incidence sur l'intégration des étrangers et le respect de leur identité culturelle.

Les pays européens observent une tendance à l'abandon du principe de la nationalité et à l'adhésion au principe de la résidence habituelle en soumettant tous les habitants et les immigrés à la loi du pays d'accueil, tandis que les pays asiatiques maintiennent en général le principe de la nationalité en mettant en relief le lien des immigrés avec leur pays d'origine. Toutefois, ni la résidence habituelle, ni la nationalité ne reflètent toujours l'identité culturelle des personnes concernées. Afin de surmonter la dichotomie classique entre ces deux éléments de rattachement et de réaliser au mieux l'identité culturelle de l'individu, il convient d'admettre l'autonomie de la volonté et d'étendre son champ d'application même en matière de droit de la famille, hormis dans les rapports juridiques délicats qui impliquent l'ordre public et l'intérêt supérieur de l'enfant.

A cet égard, la politique législative en faveur de l'autonomie de la volonté dans les pays européens fournit un modèle significatif pour le Japon et d'autres pays asiatiques. Notre réflexion sur l'accommodement culturel en lien avec les rapports juridiques familiaux transfrontaliers à travers le monde mérite d'être poursuivie.