

INTERACTIONS ENTRE SYSTÈMES OU ENSEMBLES
NORMATIFS*: L'HYPOTHÈSE DE LA "DYNAMIQUE DE
NORMES"

*INTERACTIONS BETWEEN NORMATIVE SYSTEMS OR SETS
THE «STANDARD DYNAMICS» HYPOTHESIS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 242-259

* Pour des raisons purement opératoire, on utilisera dans cet article le terme de «système normatif» pour désigner un ensemble de normes édictées par des auteurs intégrés à ce système, ordonnées entre elles et asservies à des finalités communes (cf. un système juridique national ou le droit de l'UE) ; on entendra par « ensemble normatif » un ensemble de normes auxquelles adhèrent différents sujets mais qui sont édictées par des auteurs divers et ne sont pas nécessairement coordonnées les unes par rapport aux autres (cf. les normes internationales).



Huges
FULCHIRON

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: L'essai analyse ce que l'on appelle la dynamique entre les normes : un phénomène qui concerne non seulement le droit international et le droit de l'Union Européenne, mais aussi le droit interne matériel. Il analyse en particulier l'importance de l'interaction normative dans différents domaines du droit : du droit des contrats et du commerce au droit des personnes et de la famille.

PALABRAS CLAVE: Interaction normative; droit international; droit de l'Union Européenne; droit interne.

ABSTRACT: *The essay analyzes the so-called dynamic between norms: a phenomenon that concerns not only international and European Union law but also substantive domestic law. In particular, it analyzes the importance of the normative interaction in different areas of law: from contract and commercial law to personal and family law.*

KEY WORDS: *Normative interaction; international law; European Union law; domestic law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- II. PRESENTATION DEL'HYPOTHESE DE LA DYNAMIQUE DES NORMES.- I. La loi du libéralisme maximum.- 2. Les méthodes utilisées par les juridictions chargées de garantir les droits et libertés fondamentaux.- 3. Les méthodes d'interprétation dynamique. 4. La référence au consensus.- III. LES PHENOMENES DE CONTAGION.- I. La loi de la compatibilité minimum.- IV. DISCUSSION AUTOUR PHENOMENE DE DYNAMIQUE DES NORMES.- I. Phénomène européen ou phénomène global?.- 2. Un phénomène doté d'un «dynamisme propre»?.- V. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCTION.

Dans le monde globalisé qui est le nôtre, systèmes et ensembles normatifs entrent en relation les uns avec les autres¹. Le phénomène n'intéresse pas seulement les spécialistes de droit international ou de droit européen : il concerne le droit dans ses différentes dimensions tant il est vrai que ses conséquences affectent profondément le droit « matériel » interne². Particulièrement évidente dans le domaine des contrats et plus généralement du droit des affaires où l'on raisonne souvent en termes de concurrence ou d'efficacité des systèmes juridiques, cette nouvelle réalité s'impose aussi en matière de droit des personnes et de la famille. Moins étudiée, elle y est pourtant d'autant plus intéressante que les phénomènes d'interactions y sont peut-être les plus forts.

A priori, l'affirmation peut sembler paradoxale : le droit des personnes et de la famille n'est-il pas traditionnellement considéré comme le bastion des particularismes nationaux ? En ce qu'elle touche les structures les plus profondes de la société, la famille constitue un élément de l'identité de chaque pays. D'où le lien souvent fait de façon spontanée entre droit de la famille et souveraineté des États, et, corrélativement, la méfiance à l'égard de normes « venues d'ailleurs³ ».

Pourtant, et à bien des égards, la famille et son droit sont devenus un véritable « laboratoire » des interactions entre normes nationales et internationales. Cette évolution est liée à l'internationalisation des sources du droit de la famille et à la place de plus en plus importante attachée aux droits et libertés reconnus aux

- 1 Cf. DELMAS-MARTY, M.: *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006 ; adde les réflexions de BERGE, J.S.: in *Les ordres juridiques* (SANTI ROMANO et J.S. BERGE), 2015, et réf. cit.
- 2 Cf. BONNET, B.: " Traités des rapports entre ordres juridiques ", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2016 et du même auteur, " Repenser les rapports entre ordres juridiques ", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2013.
- 3 CARBONNIER, J.: " Droit et passion du droit sous la Vème République ", Flammarion, Paris 1996, p. 47

• Hugues Fulchiron

Professeur de droit civil, droit international privé, droits fondamentaux, à l'Université Jean Moulin Lyon 3. E-mail: hugues.fulchiron@univ-lyon3.fr.

individus tels qu'ils sont garantis par de grands instruments internationaux⁴ : que l'on songe par exemple à la révolution qu'a entraînée dans de nombreux systèmes juridiques, dont le système juridique français, la reconnaissance des droits de l'enfant par la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE). Elle est également liée aux efforts de coopération entre Etats en matière de circulation des personnes et de leur statut familial : en témoignent les travaux réalisés en matière d'adoption internationale dans le cadre de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale ou les réflexions actuelles sur la cohabitation hors mariage ou sur la reconnaissance de la filiation des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse⁵.

En Europe, le phénomène d'internationalisation se double d'un phénomène d'europanisation avec la construction d'un espace juridique européen ou plus précisément d'un double espace juridique européen : celui du Conseil de l'Europe et celui de l'Union européenne. Or l'un et l'autre s'intéressent de plus en plus aux questions familiales⁶.

L'affirmation vaut bien sûr pour le Conseil de l'Europe, à travers l'importante production normative de ses différents organes⁷ et, surtout, la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme (Cour EDH), avec, en particulier, l'interprétation dynamique qu'elle donne de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸ (Conv. EDH).

Le même constat s'impose pour l'Union européenne. A priori, l'intérêt de l'Union européenne (UE) pour les questions familiales peut surprendre. Les finalités premières de la construction européenne sont avant tout politiques et économiques ; l'Union n'a d'ailleurs pas de compétence directe en la matière : les questions de mariage, de filiation, de responsabilité parentale, de successions etc. sont de la compétence des Etats⁹. Pour autant les Communautés européennes puis l'Union européenne ont très vite manifesté leur intérêt pour les questions familiales : conséquences attachées à la liberté de circulation et d'établissement du travailleur, construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice,

4 Cf. l'article précurseur de MEULDERS-KLEIN, M.T. : " Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? ", *La personne, la famille et le droit*, Bruylant, 1999, p. 495 s. Pour une réflexion générale sur la fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques, cf DUBOUT, E., TOUZE, S.: *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pédone, Paris, 2010.

5 Cf. le site de la conférence de DIP de La Haye

6 FULCHIRON, H., BIDAUD- GARON, C. : *Vers un droit européen de la famille*, Dalloz, Vanves, 2014.

7 Cf. not. les travaux de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou du Comité d'experts sur le droit de la famille, site du Conseil de l'Europe.

8 Cf. SUDRE, F.: *La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, Bruylant, Bruxelles, 2002. SUDRE, F.: *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

9 Les Traités soumettent d'ailleurs la matière familiale à une procédure particulière (cf. art. 81.3 TFUE).

promotion des droits fondamentaux, création de la citoyenneté européenne, ont placé l'individu et la famille au centre des préoccupations de l'Union¹⁰.

En Europe, ce sont donc trois niveaux de normes qu'il convient d'articuler entre elles : les normes nationales des différents Etats, les normes européennes et les normes internationales. Or, ces trois « ensembles normatifs » interagissent les uns avec les autres : non seulement les normes internationales et européennes exercent une profonde influence sur les normes nationales, parfois même en « forçant » certaines évolutions, mais encore les normes nationales, les normes européennes et les normes internationales sont désormais mises en réseau à travers les renvois qui se multiplient entre les différents textes de référence, et, surtout à travers l'utilisation par les jurisprudences nationales, européennes et internationales de normes appartenant à d'autres ensembles (normes nationales, européennes ou internationales). De plus, ces interactions entre normes qui s'influencent mutuellement, produisent un effet de levier qui, à bien des égards, accélère les évolutions : c'est ce que appellera le phénomène de « dynamique des normes ».

Il convient de poser l'hypothèse de la « dynamique des normes » (I) puis de la discuter (II).

II. PRESENTATION DE L'HYPOTHESE DE LA DYNAMIQUE DES NORMES.

La dynamique des normes est liée à différents phénomènes que, *jocandi causa*, on pourrait présenter sous forme de deux « lois d'évolution¹¹ » : la loi du libéralisme maximum (A), et la loi de la loi de la compatibilité minimum (B).

I. La loi du libéralisme maximum.

L'idée peut être résumée de la façon suivante: dans des ensembles normatifs qui interagissent les uns avec les autres, et tout particulièrement dans les systèmes normatifs coordonnés à travers la constitution d'ensembles régionaux

10 PANET, A.: *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne, Contribution à l'étude de la méthode de la reconnaissance mutuelle*, thèse, Lyon, 2014

11 Il faut bien sûr avoir conscience de tout ce que le terme de « loi » peut avoir d'excessif et de simplificateur. De plus, les évolutions présentées ont leur part d'erratisme, lié par exemple à la conjoncture politique propre à un pays donné à une époque donnée de son histoire. Dans les évolutions il n'y a en tout cas ni déterminisme (elles interviennent dans un contexte social et politique particulier), ni caractère linéaire (il peut y avoir de brusques accélérations, des points de blocage ou des changements de direction, parfois des retours en arrière, sans que, pour autant, la croissance générale soit interrompue, les évolutions prenant parfois des voies que l'on n'aurait pas imaginées au départ). Surtout il convient de se départir de toute idée de « progrès » (ce qui supposerait un jugement de valeur portées sur ces évolutions alors qu'il s'agit ici d'essayer de décrire un phénomène de la façon la plus objective possible) et de tout ce qui pourrait ressembler à une sorte de « sélection naturelle » des « bonnes lois » (d'un point de vue idéologique et/ou politique, en ce sens que triompheraient *nécessairement* les lois qui seraient les mieux adaptées aux besoins de la société) : pas de darwinisme juridique...

plus ou moins intégratifs, le système le plus « libéral » tend « naturellement » à s'imposer aux autres, soit directement, soit indirectement. Ce phénomène est particulièrement sensible lorsque ces ensembles placent aux centres de leurs préoccupations le respect des droits et libertés de l'individu : le dynamisme propre aux droits et libertés fondamentaux renforce et oriente la dynamique des normes.

On raisonnera essentiellement à partir du cas européen qui, comme on l'a souligné, est sans doute le plus significatif¹². Dans cet espace, la dynamique des normes est portée par les méthodes utilisées par les hautes juridictions chargées de garantir les droits et libertés de l'individu et par ce que l'on serait tenté d'appeler des phénomènes de contagion.

2. Les méthodes utilisées par les juridictions chargées de garantir les droits et libertés fondamentaux.

Deux méthodes que pratique notamment la cour EDH mais que d'autres juridictions nationales (notamment les juridictions constitutionnelles) ou régionales (que l'on songe par exemple à la Cour interaméricaine des droits de l'homme) utilisent d'une façon ou d'une autre méritent une attention particulière : la méthode ou plutôt les méthodes d'interprétation dynamique d'une part, la référence au consensus d'autre part.

3. Les méthodes d'interprétation dynamique.

Pour la Cour EDH, la Convention est un instrument vivant (d'autres juridictions nationales ou internationales ont utilisé des expressions comparables pour désigner leur texte de référence : l'image canadienne d'un « arbre vivant » par exemple¹³) qui doit être interprété à la lumière des conditions d'aujourd'hui¹⁴. En conséquence, son interprétation doit être animée par les principes de la « société démocratique » dont se réclame la cour *i.e.* le pluralisme, l'esprit d'ouverture et la tolérance vis à vis d'idées ou de comportements qui peuvent « heurter, choquer ou inquiéter » de larges fractions de la population (selon la formule de l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*¹⁵).

De plus, ce dynamisme interprétatif conduit la Cour à découvrir sans cesse de nouvelles dimensions aux droits et libertés garantis par la Convention : en

12 Cf. *infra*

13 Cf., dans la ligne de la théorie de « l'arbre vivant », la formule utilisée par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe (2004 CSC 79, (2004) 3RCS 698) : «*Notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de vie moderne*». Rapp. la position du CDH qui affirme que le PIDCP doit être interprété «*comme un instrument vivant et que les droits qu'il protège devraient être appliqués dans le contexte et à la lumière de la situation d'aujourd'hui*» (CDH, n°829/1998, *Judge c. Canada*, déc. 5 août 2003, req. n°7367/76).

14 Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, par. 31

15 Cour EDH, 26 octobre 1981, n°7525/76

développant par exemple les incidences du droit de toute personne au respect de son identité au titre du droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'article 8 Conv. EDH, la Cour met dans les plateaux de la balance de nouveaux poids en faveur des droits et libertés de l'individu, forçant les Etats à donner sans cesse plus de consistance aux arguments qu'ils avancent pour justifier l'atteinte qui leur est reprochée ou démontrer son caractère proportionné au but légitime recherché. Que s'ils n'y parviennent pas, ou si leurs arguments paraissent trop légers, l'arbitrage se fera en faveur des requérants, donc de solutions plus libérales. La question de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse en est une illustration topique¹⁶.

L'impact de cette interprétation dynamique est amplifié par la pratique de « globalisation des sources¹⁷ », textes et jurisprudence d'origines diverses étant mis au service d'une lecture du texte de référence, ce qui sauf exception, permet d'augmenter le niveau de protection garanti. En témoignent par exemple les références que font la Cour EDH ou la CJUE à la CIDE¹⁸, l'utilisation par la Cour EDH des sources légales et jurisprudentielles du droit de l'Union, et, réciproquement, les emprunts de la CJUE à la jurisprudence de la Cour EDH¹⁹. La méthode de globalisation peut conduire à mettre relation des normes qui n'appartiennent pas aux mêmes espaces : en témoigne l'utilisation réciproque de leurs jurisprudences respectives par la Cour EDH et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme²⁰.

Est ainsi assuré, avec des paliers et des « sas » liés notamment à la résistance des Etats ou à l'impact que pourrait avoir l'évolution en cause sur d'autres questions sensibles, une protection toujours renforcée des droits et libertés fondamentaux, dont les implications, de plus en plus nombreuses, donnent à l'individu une liberté croissante en matière personnelle et familiale. Et même quand le législateur ou le juge n'ose pas franchir le pas, la référence à d'autres systèmes permet, en quelque sorte, de fixer la ligne d'horizon.

16 Cf. les arrêts *Labassée c. France*, 26 juin 2014, n°65941/11 et *Menesson c. France*, 29 juin 2014, n°65192, *add. Grde ch.*, 10 avril 2019, avis consultatif, n°PI6-2018-001

17 Sur l'interprétation de la Convention à la lumière d'autres instruments internationaux, cf. not. WACHSMANN, P.: "Réflexions sur l'interprétation « globalisante » de la convention européenne des droits de l'homme", in *La conscience des droits, Mélanges*, J.P. COSTA (a cura di), Dalloz, Vanves, 2011, p. 665 s. et réf. cit.

18 Cf. par ex. les arrêts *Labassée* et *Menesson* de la Cour EDH (préc.) qui lisent le droit de l'enfant au respect de son identité (art. 8 Conv. EDH) à la lumière de l'article 9 de la CIDE (cf. *supra*).

19 Cf. par ex. l'arrêt *Schalck et Kopf* ou l'arrêt *Oliari*, préc. Dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume Uni*, du 11 juillet 2002, la Cour EDH, pour écarter sa jurisprudence antérieure et faire peser sur les Etats une obligation positive de reconnaître juridiquement la conversion sexuelle d'un transsexuel opéré et d'en tirer les conséquences en matière de mariage, s'était également appuyée sur l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux relatif au droit de se marier.

20 Sur les emprunts de la Cour EDH et de la CJUE à leurs jurisprudences respectives, cf. TURGIS, S.: *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Pedone, Paris, 2012, *op. cit.*, spéc. p. 404 s.

On pourrait faire des remarques comparables à propos d'une autre méthode utilisée par la Cour EDH et reprise sous des formes et à des degrés divers par d'autres juridictions: la référence au consensus.

4. La référence au consensus.

L'utilisation du consensus est l'illustration par excellence d'une interaction entre les systèmes normatifs nationaux et plus généralement entre les ensembles normatifs nationaux, régionaux et internationaux. Il s'agit d'en voir ici les conséquences en matière de dynamique des normes. On raisonnera là encore à partir de l'exemple de la Cour EDH.

Dans ses décisions, la Cour EDH prend très souvent appui sur ce qui constituerait la conception « consensuelle » de la famille, commune aux Etats partis, pour justifier l'adaptation de la Convention aux changements sociaux et à l'évolution des mœurs. Par ce biais, la cour fonde une évolution (comme dans l'arrêt *Marckx*²¹) ou plus souvent restreint la marge de liberté laissée aux Etats²². Dans un cas comme dans l'autre, la solution la plus libérale s'impose.

Il en va différemment, du moins en apparence, lorsque la Cour EDH recourt à l'argument du consensus pour bloquer une évolution, au motif que le consensus fait défaut ou que se dégage un consensus négatif (comme elle l'a fait par exemple sur la question du mariage homosexuel, cf. l'arrêt *Schalk et Kopf*²³). Mais qui ne voit que la référence au consensus porte en elle même la potentialité d'évolutions ultérieures, dès lors qu'un consensus « positif » se sera peu à peu formé ou que le consensus « négatif » se sera rompu ou qu'il s'inversera²⁴ ?

Un second facteur contribue à la « loi du libéralisme maximum » : les phénomènes de contagion

III. LES PHENOMENES DE CONTAGION.

Il ne s'agit pas seulement de constater que la présence de systèmes innovants dans le pays A pousse à la réforme le pays B (pour prendre là encore l'exemple du mariage entre personnes de même sexe, on dira : puisque les Hollandais l'ont fait, puisque les Hollandais et les Belges l'ont fait, puisque les Hollandais, les Belges et les Espagnols l'ont fait...). Le phénomène de contagion n'a alors rien que de très

21 Cour EDH, 13 juin 1979, n°6833/74

22 Cf. les arrêts *Oliari c. Italie* (Cour EDH, 21 juillet 2015, req. n°18766/11 et 36030/11, D. 2015, 1646, obs. F. SUDRE, ,2160, note H. FULCHIRON) et *Taddeucci et McCall c. Italie*, (Cour EDH, 30 juin 2016, req. n°51362/09, JCP 2016, act. 760, obs. F. SUDRE, D. 2016, p. 2100, note H. FULCHIRON).

23 Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, préc.

24 SUDRE, F.: "La mystification du « consensus européen »", JCP, 2015, p. 1369.

classique. De façon plus originale, il apparaît que le phénomène de contagion est induit par les interactions entre ensembles normatifs.

On pourrait, là encore, prendre l'exemple du mariage homosexuel. Imaginons un couple homosexuel néerlandais qui se marie aux Pays Bas ou un couple de Polonaises qui se marie en France. Les époux souhaitent s'installer en Pologne et s'y faire reconnaître en tant que couple marié. Conformément à un raisonnement classique, on serait tenté d'affirmer que ce mariage, quoique valablement célébré puisque les « époux » ont la nationalité d'un pays qui admet le mariage entre personnes de même sexe ou a sa résidence habituelle dans un tel Etat, ne peut produire d'effet en Pologne au motif qu'il doit être considéré comme inexistant (la catégorie « mariage » du droit polonais ne peut intégrer une forme d'union qui diffère radicalement de la définition même du mariage en droit interne) ou que l'ordre public polonais en matière internationale s'oppose à ce qu'il produise ses effets en Pologne, la Constitution polonaise affirmant le caractère hétérosexuel du mariage²⁵. Mais dans un système européen tel que celui de l'UE, gouverné par le principe de libre circulation des personnes un tel barrage peut-il tenir longtemps ? La CJUE ne prétendra-t-on pas que le reconnaître une telle union, valablement célébrée dans un pays membres, ne constitue pas une entrave aux droits et libertés de reconnus aux citoyens européens, notamment à la liberté de circulation et d'établissement, les « époux européens » étant en droit d'attendre que leur mariage soit reconnu dans les autres Etats membres et produise les mêmes effets qu'un mariage « ordinaire » ? En quelque sorte, on serait tenté de dire que la construction d'un espace de libre circulation des biens et des personnes postule la libre circulation des couples homosexuels. Après une longue série d'arrêts sur le nom, de l'arrêt Garcia Avello²⁶ à l'arrêt Bogendorff von Wolffersdorff²⁷, l'arrêt Coman²⁸, quand bien même la CJUE prétendrait lui donner une portée limitée, a ouvert la voie à un principe général selon lequel le refus de reconnaître une situation personnelle ou familiale valablement créée dans un Etat membre, constituerait au moins potentiellement une entrave à la liberté de circulation garantie à tout citoyen européen par le Traité UE (art. 21), une telle restriction ne pouvait être justifiée, selon l'arrêt Sayn-Wittgenstein, que par des considérations liées à l'ordre public, étant entendu, affirme la cour, que « l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ».

25 Cf. l'article 18 de la Constitution polonaise.

26 CJCE, 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia-Avello c. Belgique*, CJCE, 14 oct. 2008, aff. C-353/06, *Grunkin-Paul*, CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/209, *Sayn-Wittgenstein c. Autriche*, CJUE, 2 juin 2016, *Runevic-Vardyn c. Lituanie*, 12 mai 2011, C-391/09.

27 CJUE 2 juin 2016, *N. Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, C-438/14 ; adde CJUE 8 juin 2017, *Freitag c. Roumanie*, C-541/15,

28 CJUE, Grde ch., 5 juin 2018, C-673/16

Les mêmes forces sont à l'œuvre au niveau de la Cour EDH : dans les arrêts Wagner et al. c. Luxembourg²⁹ et Négrépointis-Giannis c. Grèce³⁰, la Cour semble poser, sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, un principe de reconnaissance, dans les Etats membres, des situations valablement créées dans un autre pays (i.e. valablement créée au regard des normes applicables dans ce pays, qui peut d'ailleurs être un pays tiers au Conseil de l'Europe). Seules pourraient justifier un refus des raisons liées à la défense de principes essentiels du pays d'accueil.

Or, une fois « accueilli » dans un système (j'allais dire un organisme) qui lui était a priori hostile, la solution étrangère va peu à peu « s'acclimater ». Le seuil de tolérance du pays d'accueil va s'abaisser, la réaction de son ordre public s'atténuer, ce qui ne peut qu'avoir une influence sur l'évolution du droit interne : comment en effet maintenir une interdiction en droit interne si au nom du principe de reconnaissance un Etat doit abaisser internationalement le seuil de ses interdictions ? D'autant que les limites de la reconnaissance sont des plus incertaines : fraude, liens de proximité, abus de droit etc., sont des instruments difficiles à manier. Seul l'ordre public pourrait permettre à un Etat de refuser la reconnaissance, mais un ordre public réduit à ses principes essentiels et cantonné par l'obligation de respecter les droits et libertés de la personne.

Particulièrement sensibles en Europe où se conjuguent les forces respectives des droits et libertés reconnus aux citoyens de l'UE et celles des droits fondamentaux garantis par la Cour EDH, les phénomènes de contagions touchent d'autres systèmes juridiques : que l'on songe là encore aux pays qui, quoiqu'hostiles au mariage entre personnes de même sexe, ont accepté de reconnaître les mariages valablement célébrés dans un autre Etat³¹. Là encore, le dynamisme des droits fondamentaux alimente la dynamique des normes.

La loi du libéralisme maximum se combine avec une autre loi, celle de la compatibilité minimum.

I. La loi de la compatibilité minimum.

Il est loin le temps où les systèmes juridiques vivaient isolés, cloisonnés, protégés les uns contre les autres par un bouclier d'ordre public international et seulement coordonnées par quelques règles de conflit. Ainsi, dans une UE, dominée par le principe de libre circulation des biens et des personnes, les systèmes s'importent

29 CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner c/ Luxembourg*,

30 CEDH, 2 mai 2011, n° 56759/08, *Negrepontis-Giannis c/ Grèce*

31 Par exemple, le 21 décembre 2006, la High court of Justice israélienne a admis que deux israéliens de même sexe mariés au Canada en 2003 pouvaient enregistrer leur mariage en tant que tel en Israël alors même qu'Israël ne connaît pas le mariage entre personnes de même sexe.

et s'exportent, et, parfois, se concurrencent. Le constat vaut pour le droit des contrats ou le droit des sociétés comme pour le droit de la famille. De ce point de vue, la construction de l'UE induit un changement radical de perspective. Le problème n'est plus seulement de savoir si tel système juridique ou tel élément de ce système est conforme ou non à telle ou telle norme supranationale. Au sein de l'espace de l'UE, cette question se double d'une autre question : les droits et situations créés valablement dans un Etat membre peuvent-ils circuler dans d'autres Etats membres ?

Des questions comparables se posent en Europe et hors Europe sous l'influence d'autres droits et libertés : ceux qui sont garantis par les droits fondamentaux reconnus à toute personne humaine. Dès lors que des droits lui ont été reconnus dans un pays donné, peut-on les lui refuser dans un autre ? Dans ce cas, l'exigence de reconnaissance ne concerne pas seulement les pays appartenant à un même ensemble normatif : elle prend une dimension « globale ».

Or, cette exigence de reconnaissance ne va pas sans influencer le fond même du droit : les personnes circulant avec leur statut familial, leurs droits acquis, leurs espérances légitimes, des systèmes de coordination doivent être mis en place qui supposent a minima la création d'instruments de liaison, voire une certaine standardisation du droit par des normes légiférées ou jurisprudentielles, cette standardisation alimentant en retour la dynamique dont elle est le produit.

Prenons l'exemple des instruments de coordination créés dans le cadre de la construction de l'ELSJ de l'UE. Dans le grand débat sur unification, harmonisation ou coordination des droits nationaux, la place de ces instruments semble claire : il s'agirait seulement de mettre en relation des systèmes qui conservent leur identité. Mais ces instruments n'en sont pas moins des outils d'harmonisation partielle des droits, voire d'unification du droit : par les définitions communes posées dans les textes européens, par les restrictions apportées au domaine de l'ordre public (les barrières s'abaissant pour accueillir les lois et les décisions étrangères), par la reconnaissance de l'optio juris etc. Même des instruments purement techniques en apparence, comme les certificats prévus par certains règlements de l'UE pour faciliter la circulation des actes au sein de l'espace européen (en matière successorale, en matière d'enlèvement d'enfant, de droit de visite ou d'obligation alimentaire par exemple), peuvent contribuer à cette harmonisation/unification. C'est d'ailleurs ce lien entre fond du droit et instruments de liaison qui explique les difficultés auxquelles se heurte la construction au niveau de l'UE d'un règlement sur l'état civil qui dépasserait la simple technique des actes constatant cet état,

tant sont imbriquées les éléments liés à l'état de la personne et le document qui les constate³².

Partiels, ces éléments, fussent-ils purement techniques en apparences, contribuent à une standardisation des droits. Or cette standardisation n'est pas seulement la conséquence de la dynamique des normes. Elle en est aussi une des forces de développement : d'une part en effet elle facilite la circulation ultérieure des modèles ; d'autre part, le standard peut devenir un modèle. Par là-même, la standardisation alimente le phénomène de « dynamique ». A travers les instruments communs ou à travers les modèles de référence posés, on oriente en effet les systèmes dans une perspective de réforme qui participe à la dynamique des normes par les évolutions qu'elles impliquent directement.

III. DISCUSSION AUTOUR PHENOMENE DE DYNAMIQUE DES NORMES.

Tel qu'il vient d'être présenté, le phénomène de dynamique des normes suscite un certain nombre d'interrogations. Il ne s'agit pas de porter un jugement de valeur sur une réalité qui est ce qu'elle est, mais d'en préciser la portée pour mieux en comprendre l'importance. De ce point de vue, deux questions doivent notamment être posées. S'agit-il d'un phénomène spécifiquement européen ou d'un phénomène « global » (A) ? Le phénomène serait-il doté d'un « dynamisme propre » en ce sens qu'il s'auto-alimenterait, au risque de ne plus pouvoir être vraiment contrôlé (B) ?

I. Phénomène européen ou phénomène global ?

On l'a dit, la dynamique des normes se manifeste avec une force particulière dans les pays européens, en raison du degré « d'intégration » des droits nationaux dans des ensembles régionaux (Conseil de l'Europe, Union européenne) ayant développé un système normatif qui pour des raisons juridiques (pour l'Union européenne) ou pour des raisons à la fois juridiques, politiques et symboliques (pour le Conseil de l'Europe), s'imposent aux Etats membres. L'intégration multiplie en effet les hypothèses d'interactions entre normes qui alimentent la dynamique. Combinée avec la promotion des droits fondamentaux, elle-même source d'interactions entre ensembles et systèmes normatifs, elle donne au phénomène sa pleine intensité. Mais celui-ci joue également dans d'autres régions du monde, par exemple en Amérique du Nord ou en Amérique latine. Parfois, c'est un pays, qui, dans une zone de « résistance », se laisse entraîner par cette dynamique (cf.

32 Cf. Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'union européenne...

pour le mariage entre personnes de même sexe la position de l'Afrique du Sud³³). En ce sens, le phénomène de dynamique des normes, lié aux interactions entre systèmes normatifs, notamment dans les matières marquées par la promotion des droits et libertés fondamentaux, est bien un phénomène « global ».

Les traductions et le rythme des évolutions engendrées sont très différents dans le temps (avec, parfois, des temps de stagnation et de brusques évolutions) et dans l'espace (selon les pays et les régions du monde). Elles peuvent se heurter dans tel ou tel système national à des phénomènes de résistance, voire de rejet. A certains égards, elles risquent de contribuer à creuser les différences, au moins momentanément, entre les systèmes nationaux qui, comme les pays européens, sont au cœur de cette dynamique et les systèmes qui, centrés sur la « nationalité » de leur droit, notamment en matière familiale, restent en marge des phénomènes contemporains de régionalisation et d'internationalisation des systèmes juridiques. De plus, il est des pays dont les normes structurantes, fortement marquées par une idéologie politique morale ou religieuse, refusent une évolution de leurs règles juridiques (mais l'immobilisme de leur droit ne signifie pas que ces sociétés ne soient pas travaillées en profondeur par des évolutions sociales comparables à celles qui traversent d'autres sociétés³⁴...). De ce point de vue, la dynamique des normes peut avoir à la fois un pôle « positif » (i.e. constituer une force d'évolution convergente entre systèmes), et un pôle « négatif³⁵ » (i.e. accentuer les ruptures entre systèmes : que l'on songe par exemple à des questions telles que le statut de la femme, l'égalité entre enfants nés en mariage ou hors mariage, le mariage entre personnes de même sexe ou l'homoparentalité). Reste à savoir si au-delà de ces divergences, la dynamique créée pourra entraîner l'ensemble des systèmes juridiques nationaux, sinon dans leurs règles, du moins dans leurs pratiques, selon une orientation commune.

2. Un phénomène doté d'un « dynamisme propre » ?

Empruntée au droit français de la responsabilité civile du fait des choses³⁶, l'expression « doté d'un dynamisme propre », conduit à s'interroger sur la force du phénomène et surtout sur le caractère autonome de son développement.

33 L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe par la loi du 30 novembre 2006 sur injonction de la Cour constitutionnelle, s'explique par le souci de lutter contre toutes les formes de discrimination au lendemain de l'abolition de l'apartheid.

34 Cf. FOBLETS, M.C., GAUDREAU-DESBIENS, J.F., DUNDES RENTELN, A.: *Cultural Diversity and the Law*, Bruylant-Yvon Blais, Bruxelles-Montreal, 2010.

35 Les termes « positifs » et « négatifs » n'incluent aucun jugement de valeur : leur utilisation tend seulement à décrire le phénomène à travers une image

36 Cf. MALAURIE, P., AYNES, L., STOFFEL-MUNCK, P.: "Droit des obligations", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence LGDJ*, 8^{ème} éd., n°203 et réf. cit.

Porté dans l'espace européen par la conjonction de deux forces, celles de la fondamentalisation du droit et celles de la construction d'un espace juridique intégré, il peut, à bien des égards, paraître irrépessible. S'y manifesterait le « toujours plus » d'une Cour EDH « sortie de son lit ». Et ne peut-on craindre que Cour EDH et CJUE ne se laissent entraîner dans une sorte de surenchère favorisée par l'articulation entre Conv. EDH et CDFUE telle que prévue par la Charte³⁷ ? Or, dira-t-on, en inventant sans cesse de nouveaux droits individuels on ne fait qu'attiser les revendications égoïstes, au risque de faire exploser la cohésion sociale³⁸. On risque également de remettre en cause des équilibres démocratiques déjà fragilisés par la montée en puissance du pouvoir judiciaire : les juges s'arrogeraient le pouvoir de procéder aux arbitrages qui, en principe, relèvent de la compétence des Etats et, plus profondément, des peuples à travers leurs représentants élus. La dynamique des normes constituerait ainsi un des instruments de la prise du pouvoir par les juges.

Poussant encore plus loin l'analyse, on pourrait se demander si le phénomène ne risque pas de dépasser ceux qui sont sensés le mettre en œuvre. Les forces que l'on libère de tout cadre, à travers l'interprétation dynamique ou la globalisation des sources notamment, ne sont-elles pas en train d'échapper aux juges eux-mêmes, entraînés dans une sorte de spirale ascendante de reconnaissance des droits, la reconnaissance de l'un appelant la reconnaissance de l'autre ? Les systèmes interagissant les uns avec les autres, les politiques menées par les législateurs et les juges nationaux interfèrent sans cesse avec celles que conduisent les juges supranationaux, sans que les logiques propres aux uns et aux autres soient toujours bien comprises et que les limites explicites ou implicites posées par les uns aient un sens pour les autres. L'interaction des systèmes normatifs dans un espace intégré tel que l'espace européen pris dans sa double dimension, produirait en quelque sorte une énergie que nul ne parviendrait plus à maîtriser, ni le juge, ni les Etats, ni les citoyens : l'apprenti sorcier...

De telles craintes doivent être apaisées. Tout d'abord, dans le dialogue que la Cour EDH et la CJUE développent autour des droits et libertés fondamentaux tels que garantis par la Conv. EDH et par la Charte, la CJUE fait preuve d'une grande prudence. A plusieurs reprises, les juges de Luxembourg ont affirmé que le droit de l'Union n'oblige les États membres à respecter les droits garantis par la Charte que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application des Traités, *i.e.* lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union³⁹. La Charte ne connaîtra donc pas le destin fabuleux

37 Cf. *supra*

38 Pour un rappel (critique) cf. par ex. O'BOYLE, M.: "The legitimacy of Strasbourg review : time for a reality check ? ", in *La conscience du droit*, Mélanges, P. COSTA (a cura di), Dalloz, Vanves, 2011, p. 489.

39 Cf. par ex. CJUE, 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Murat Dereci*.

de la Conv. EDH et la concurrence entre les deux instruments en est fortement limitée.

Ensuite, il faut se garder de croire que les évolutions décrites soient linéaires et moins encore inéluctables. Un instrument tel que la marge nationale d'interprétation peut servir de « joint de dilatation » permettant aux Etats d'adapter leurs droits sans renoncer à ce qu'ils considèrent comme des éléments de leur identité. En matière de reconnaissance des situations créées dans un autre Etat membre, l'exception d'ordre public, celui-ci fût-il réduit à son essence, aura une fonction comparable. Peuvent également intervenir des « systèmes de refroidissement » qui ralentissent les effets de réaction en chaîne causés par la dynamique des normes. Tel peut être le cas de la retenue dont fait preuve la Cour dans ses interventions sur un certain nombre de problèmes qui divisent profondément les Etats membres, comme le mariage entre personne de même sexe ou la gestation pour autrui : l'arrêt *Paradiso Campanelli*, rendu dans un contexte de GPA, est une illustration⁴⁰. Parfois même, sur les questions de droit à la vie⁴¹ ou de laïcité⁴² par exemple, elle préfère pratiquer l'art noble de l'esquive. Contribue à canaliser les évolutions le souci de la CJUE de préserver l'autonomie du droit de l'UE vis à vis de la Cour EDH : en témoigne notamment l'avis négatif rendu par la CJUE sur l'adhésion de l'UE à la Conv. EDH⁴³. Mais le système de refroidissement le plus efficace réside peut-être dans la volonté des Etats de réaffirmer leur autorité à travers, notamment, la redéfinition du principe de subsidiarité et son inscription dans le Protocole additionnel n°15⁴⁴ : lors de sa négociation, certains Etats n'ont pas fait mystère de leur intention d'user de ce texte pour faire rentrer la Cour dans son lit⁴⁵. Plus généralement, les diverses crises que connaissent aujourd'hui les Europes pourraient contribuer au ralentissement de la dynamique des normes.

V. CONCLUSIONS.

Parler de « dynamique des normes », c'est parler par image : il s'agit seulement de mettre un nom sur un phénomène. Né de la conjonction de forces particulières

40 *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Grde Chambre, 24 janvier 2017, n°25358/12.

41 Cf. les arrêts *SAS c. France*, du 1^{er} juillet 2014, req. n°43835/11, sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, ou *Osmanglu et Kocabas c. Suisse*, 10 janvier 2017, sur l'obligation pour les filles mineures scolarisées dans un établissement cantonal de suivre les cours de natation mixte.

42 Cf. l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc., dans lequel la Cour ayant statué sur l'absence de violation au regard de l'article 12 (droit de se marier et de fonder une famille) invoque l'exigence d'une lecture cohérente de la convention pour ne pas se prononcer sur l'essentiel, i.e. l'existence éventuelle d'une discrimination sur le fondement des articles 8 et 14.

43 Avis du 18 décembre 2014, préc.

44 Sur le protocole n°15, cf. MALIVERNI, G.: "Le protocole n°15 à la convention européenne de droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 51. SUDRE, F.: "La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour EDH ? ", *JCP G.*, 2013, p. 1086.

45 Cf. *La réforme de la Convention EDH : Interlaken, Izmir, Brighton et au delà*, 2014, publication disponible sur le site de la Cour EDH.

à un moment donné et dans un contexte juridique, politique et idéologique particulier, il peut prendre des formes multiples et, surtout, se développer à un rythme et avec une intensité très différents. Il revêt une dimension particulière en Europe parce que, comme on l'a souligné, s'y conjuguent les forces combinées de l'intégration politique et juridique portée par l'UE d'une part, et de la promotion par la Cour EDH des droits fondamentaux d'autre part : la rencontre de ces deux forces, leur articulation à travers les textes (cf. la Charte de l'UE) et le dialogue des juges, alimentent la dynamique. Dans d'autres pays, il peut se développer de façon plus discrète ou ne se traduire que dans des domaines particuliers (ceux des droits de la femme ou des droits de l'enfant par exemple). Il n'est reste pas moins qu'il s'agit bien d'un phénomène général dont il est encore difficile de mesurer les conséquences.

Phénomène marquant du droit contemporain, la « dynamique des normes » constitue peut-être une des caractéristiques d'un monde juridique « globalisé ».

BIBLIOGRAPHIE

BERGE, J.S.: *Les ordres juridiques* (avec S. ROMANO et J.S. BERGE), 2015.

BONNET, B.: " Repenser les rapports entre ordres juridiques", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2013.

BONNET, B.: "Traité des rapports entre ordres juridiques", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2016.

CARBONNIER, J.: "Droit et passion du droit sous la Vème République", Flammarion, Paris 1996, p. 47.

DELMAS-MARTY, M.: *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

DUBOUT, E., TOUZE, S.: *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pédone, Paris, 2010.

FOBLETS, M.C., GAUDREAU -DESBIENS, J.F., DUNDES RENTELN, A.: *Cultural Diversity and the Law*, Bruylant-Yvon Blais, Bruxelles-Montreal, 2010.

FULCHIRON, H., BIDAUD-GARON, C. : *Vers un droit européen de la famille*, Dalloz, Vanves, 2014.

MALAURIE, P., AYNES, L., STOFFEL-MUNCK, P.: "Droit des obligations", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence LGDJ*, 8ème éd., n°203.

MALINVERNI, G.: "Le protocole n°15 à la convention européenne de droits de l'homme", *Revue, trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 51.

MEULDERS-KLEIN, M.T.: " Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? ", *La personne, la famille et le droit*, Bruylant, 1999, p. 495 s.

O'BOYLE, M.: "The legitimacy of Strasbourg review : time for a reality check ?", in *La conscience du droit*, Mélanges, P. COSTA (a cura di), Dalloz, Vanves, 2011, p. 489.

PANET, A.: *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne, Contribution à l'étude de la méthode de la reconnaissance mutuelle*, thèse, Lyon, 2014.

SUDRE, F. : "La mystification du « consensus européen »", *JCP*, 2015, p. 1369.

SUDRE, F.: "La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour EDH ? ", *JCP G.*, 2013, p. 1086.

SUDRE, F.: *La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

SUDRE, F.: *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

TURGIS, S.: *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Pedone, Paris, 2012, p. 404 ss.

WACHSMANN, P.: "Réflexions sur l'interprétation « globalisante » de la convention européenne des droits de l'homme", in *La conscience des droits, Mélanges*, J.P. COSTA (a cura di), Dalloz, Vanves, 2011, p. 665 ss.