



Article scientifique

Article

2022

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

La notion de résidence habituelle dans les relations familiales  
transnationales. Quel avenir ?

---

Bumbaca, Vito

**How to cite**

BUMBACA, Vito. La notion de résidence habituelle dans les relations familiales transnationales. Quel avenir ? In: FAMPra.ch, 2022, vol. 1, n° 2022, p. 1–37.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159116>

**AUFSÄTZE ARTICLES ARTICOLI**

1 *Vito Bumbaca*: La notion de résidence habituelle dans les relations familiales transnationales

38 *Janina Schneider/Luca Maranta*: Formalizing Family: Stiefkindadoptionen durch Regenbogenfamilien aus praktischer und rechtstheoretischer Sicht

67 *Ornella Larenza*: Violations des obligations d'entretien et interdépendances parents-enfants dans les foyers monoparentaux en Suisse

107 *Liliane Denise Minder*: Sexuelle und reproduktive Selbstbestimmungsrechte von Mädchen und Frauen mit geistigen Behinderungen: eine Bestandesaufnahme

**DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI**

135 Gesetzgebung – Législation – Legislazione

**RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA****HERAUSGEBERINNEN**

ANDREA BÜCHLER  
MICHELLE COTTIER

**BEGRÜNDET VON**

INGEBORG SCHWENZER

**Schriftleitung**

Sabine Aeschlimann

**Redaktionsmitglieder**

Christine Arndt  
Margareta Baddeley  
Linus Cantieni  
Jeanne DuBois  
Roland Fankhauser  
Christiana Fountoulakis  
Thomas Geiser  
Urs Gloor  
Alexandra Jungo  
Daniel Rosch  
David Rüetschi  
Joachim Schreiner  
Jonas Schweighauser

**online+**

Ihre Vorteile auf  
einen Blick: Seite 134

**en ligne+**

Vos avantages en un  
coup d'œil: Page 134



Stämpfli Verlag

www.famptra.ch

## IMPRESSUM

23. Jahrgang – Année – Anno; Februar – Février – Febbraio  
Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale  
Zitervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch  
ISSN 1424-1811 (Print), e-ISSN 2504-1460 (Online)

**Herausgeberinnen** Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: [lst.buechler@rwi.uzh.ch](mailto:lst.buechler@rwi.uzh.ch)

Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, E-Mail: [Michelle.Cottier@unige.ch](mailto:Michelle.Cottier@unige.ch)

**Begründet von** Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Leimenstrasse 42, CH-4051 Basel, E-Mail: [ingeborg.schwenzer@unibas.ch](mailto:ingeborg.schwenzer@unibas.ch)

**Schriftleitung** Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen  
Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: [aeschlimann@svwam.ch](mailto:aeschlimann@svwam.ch), [fampira-ius@unibas.ch](mailto:fampira-ius@unibas.ch)

**Redaktion** lic. iur. Christine Arndt, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Dr. iur. Linus Cantieni, Rechtsanwalt; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo; Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch, Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management; Dr. iur. David Rüetschi, Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat.

**Verlag** Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Telefon: ++41 31 300 63 25  
E-Mail: [verlag@staempfli.com](mailto:verlag@staempfli.com)  
Internet: [www.staempfliverlag.ch](http://www.staempfliverlag.ch)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

**Inserate** Stämpfli Kommunikation, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Telefon: ++41 31 300 63 82  
E-Mail: [inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com)

**Abonnemente** Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Telefon: ++41 31 300 63 25  
E-Mail: [zeitschriften@staempfli.com](mailto:zeitschriften@staempfli.com)

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 497.– (Print und Online), Online Sfr. 428.–  
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: Sfr. 139.– (exkl. Porto)  
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus € 519.–, Online € 428.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

# La notion de résidence habituelle dans les relations familiales transnationales

## Quel avenir ?

Vito Bumbaca, docteur en droit, Université de Genève<sup>1</sup>

**Mots-clés :** *Résidence, domicile, intérêts, intercountry, ONU-Comités, guide.*

**Stichwörter :** *Aufenthalt, Wohnsitz, Interesse(n), zwischenstaatlich, UN-Ausschuss/Ausschüsse, Leitfaden.*

## I. Introduction

### 1. Avant-propos

La notion de résidence habituelle fait encore l'objet de nombreux débats en droit international privé. Des difficultés pratiques sont souvent rencontrées pour la détermination de la compétence internationale et du droit applicable. Certains auteurs regrettent l'absence d'une définition juridique uniforme, alors que d'autres plaident en faveur d'une interprétation purement factuelle, au cas par cas, sans besoin de « lignes directrices ».

L'auteur de cette contribution est du modeste avis qu'il faudrait commencer par distinguer la notion de résidence habituelle dite « internationale » de celle dite « interne ». Il s'agirait concrètement de clarifier une fois pour toute la portée transnationale, ou *dimension internationale*, qui corrobore ce critère adaptable aux faits, évitant toute notion, artificielle, interne ou intranationale.

En effet, notre analyse montrera que l'approche nationale utilisée pour déterminer la résidence habituelle au sein de situations familiales transnationales est souvent incompatible avec ses origines et son mode de fonctionnement axés sur le principe de proximité factuelle-actuelle, ici appelée « proximité qualifiée ». Encore, il sera avancé que les difficultés liées à l'application de la résidence habituelle ne relèvent pas de l'absence ou la présence d'une définition juridique, notamment internationale, mais plutôt d'un manque d'orientation factuelle uniforme, sous forme de guide pra-

<sup>1</sup> Cette contribution est centrée sur les éléments de recherche obtenus dans le cadre de la thèse doctorale « *Habitual Residence in Cross-border Family Relationships* », soutenue par l'auteur de cette contribution, le 21 juin 2021 à l'Université de Genève (<https://www.unige.ch/droit/theses/archives/2021/bumbaca/>).

tique, qui permettrait de se référer à des facteurs analogues applicables à des cas analogues.

## 2. *Dimension internationale et approche centrée sur le suivi personnel-familial*

La dimension internationale de la résidence habituelle trouve ses origines à une période ancienne de l'histoire du droit international privé uniforme.<sup>2</sup> Sa première mise en œuvre « conventionnelle » date d'avant 1896, notamment dans le domaine de la procédure civile.<sup>3</sup> Cette dimension est également innovante dans la mesure où, parmi les mouvements familiaux transfrontaliers actuels – dont les mariages et les divorces mixtes, y compris la natalité par des nouvelles techniques reproductives ne cessent d'accroître –<sup>4</sup> la résidence habituelle permet un suivi familial transnational mieux coordonné, plus efficace, grâce à une évaluation centrée purement sur les faits : une anamnèse factuelle.

C'est, par conséquent, cette même dimension, à la fois historique et moderne, qui détermine le haut degré d'adaptabilité factuelle de ce critère fondé sur le *suivi*

2 À titre indicatif, pour plus de détails sur le droit international privé uniforme, v. OPERTI BADÁN, *Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain : dilemme ou convergence ?* Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2012, in : *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*.

3 Convention du 14 novembre 1896 relative à la procédure civile (<<https://assets.hcch.net/docs/438b59d0-e6a2-454a-b818-0e3b211fc050.pdf>> visité le 23.9.2021), domaine exclus de la présente contribution. VAN HOOGSTRAATEN, *La codification par traités en droit international privé*, in : *Recueil Des Cours*, 1967, 359.

4 En 2019, la télévision suisse RTS mentionnait que 36 % (40 % à Genève) des mariages célébrés cette année-là étaient des mariages mixtes, dont environ deux couples mixtes sur cinq ont divorcé (source : [binational.ch](http://binational.ch)). Contrairement au taux général de mariage, qui diminue partout dans l'Union européenne et en Suisse, on observe une augmentation constante – à l'exception de quelques légères chutes annuelles – des mariages et divorces mixtes, respectivement. En 2018, Aljazeera a évoqué une augmentation des mariages sino-africains, notamment en raison des investissements commerciaux de la République populaire de Chine dans le continent africain – il y a 40 ans, cela aurait été impossible et il aurait été ainsi considéré comme un « mariage à la baisse », selon certains interviewers. En 2018, dans la Fédération de Russie, les mariages mixtes ont atteint 14 % du taux brut de nuptialité. Au cours de la même année, aux États-Unis et en Angleterre/Pays de Galles, respectivement 11 % jusqu'à 20 % (source : Pew Research Center), et 7 % (source : BBC), selon le sexe et la race, du total des mariages étaient mixtes (taux brut de mariage). En Angleterre et au Pays de Galles, 19 % du total des divorces concernait des couples mixtes (taux brut de divorce). Nous constatons également une baisse générale de la natalité à l'intérieur de l'UE et de la Suisse : 1,5 naissance par femme a été indiquée en 2019 (source : Eurostat). La diminution générale de la natalité n'a pas affecté l'augmentation triplée des naissances par mères porteuses, en 2015, notamment au Royaume-Uni : 331 demandes d'enregistrement de naissance contre 117 en 2011. Chaque année, en Ukraine, plus de 2000 enfants naissent de mères porteuses – il s'agit d'une estimation basse (source : HCDH). En 2017, au Canada, 249 enfants sont nés d'une mère porteuse, contre les 180 de l'année précédente (source : CBC). Nous encourageons la prise en compte des statistiques mentionnées ici avec précaution.

*personnel-familial* dans un contexte transnational. Il est préconisé qu'une telle approche – *adult-child-family-centred approach* – repose sur l'examen des intérêts actuels et personnels du bénéficiaire, qu'il soit un enfant ou un adulte, une famille, ayant des attachements familiaux dans deux ou plusieurs pays, en favorisant le tracement d'un lieu d'enracinement, d'acclimatation ; et dans la mesure du possible d'un *seul* lieu d'acclimatation. Dans cette contribution, nous allons rappeler la valeur ajoutée « dimensionnelle-personnelle » de la résidence habituelle, par opposition à d'autres critères de rattachement tels que le domicile et la nationalité, ainsi nous appliquerons cette approche au droit international de la famille dans son ensemble.

### 3. *Méthodologie : perspectives historique et future*

Il est important, dans un premier temps, de se référer aux origines de la notion transnationale de résidence habituelle – *intercountry habitual residence*. Cette perspective historique nous sera utile afin de pouvoir analyser son fonctionnement actuel et formuler des propositions pour son avenir. Par conséquent, on parcourra d'abord ses racines historiques, les plus importantes, en relation avec sa mise en œuvre internationale, pour ensuite affirmer sa primauté dans le domaine du droit international de la famille, au sein des conventions de La Haye (HCCH) et des règlements de l'Union européenne (UE). Cette primauté est typique du domaine familial international,<sup>5</sup> quant à la détermination de la compétence, générale,<sup>6</sup> internationale et du droit applicable en vertu des traités pertinents évoqués ici.

Nous formulerons, dans un deuxième temps, des propositions s'appuyant sur une analyse comparative, à la fois casuistique, englobant plus de 400 sentences, et législative, visant plus de 15 ordres juridiques – selon le cadre familial sous examen. Dans le cas du mariage, nous avons analysé environ neuf ordres juridiques contrairement aux régimes matrimoniaux et aux successions, où nous en avons examiné approximativement six. Plus en général, au milieu de notre étude comparée, nous avons examiné 24 ordres juridiques, englobant l'UE comme ordre juridique régional.<sup>7</sup> Les ordres juridiques suivants ont été très utiles pour notre étude : Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Brésil, Canada, Chine, Danemark, Espagne, États-Unis, Fédération de Russie, France, Italie, Jamaïque, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Seychelles, Singapour, Suisse, Turquie.

5 STONE, *The Concept of Habitual Residence in Private International Law*, *Anglo-American Law Review* 2000, 342, 343. KEYES, *Jurisdiction in International Family Litigation: A Critical Analysis*, *UNSW Law Journal* 2004, 42, 47.

6 Pour une interprétation uniforme de « *jurisdiction* » en droit international privé, v. MICHAELS, *Jurisdiction*, *Foundations in: BASEDOW ET AL. (éd.), Forthcoming*, in: *Encyclopedia of Private International Law*, 2016.

7 Sur l'ordre juridique de l'UE v. BESSON, *How international is the European legal order?*, *NoFo* 2008, 50, 51.

#### 4. *Fil rouge et propositions*

##### a) Fil rouge

Nos propositions trouvent leurs fondements dans le principe de proximité qualifiée que la résidence habituelle se borne à tracer,<sup>8</sup> à un moment déterminant,<sup>9</sup> compte tenu de sa flexibilité et adaptation en l'absence de définition juridique.<sup>10</sup> Cette dernière est en effet découragée par notre étude car l'objectif, à la fois historique et innovant, de la résidence habituelle, dérivant de sa dimension internationale, ne saurait être compatible avec une méthode d'application artificielle aux antipodes d'une méthode d'application factuelle.<sup>11</sup> Plus précisément, c'est l'absence d'un encadrement légal – qui est en revanche typiquement prévu pour le domicile – qui permet une évaluation concrète et immédiate de la présence physique, régulière et stable, du bénéficiaire à un moment pertinent de sa vie.<sup>12</sup>

Cependant, une utilisation discrétionnaire, sans orientation uniforme des facteurs permettant de tracer un lieu familial prédominant, peut porter préjudice aux

8 BOELE-WOELKI, *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerp/Oxford, 2015, 357.

9 Dans les domaines du divorce, de la responsabilité parentale, de l'obligation alimentaire, des régimes matrimoniaux, de la protection internationale de l'adulte, ce moment correspond en règle générale à la saisine, respectivement, au sujet de la compétence internationale et du droit applicable selon les traités examinés dans cette contribution. En ce qui concerne le domaine des successions, le décès du *de cuius* est le moment pertinent à la fois pour la compétence internationale et pour le droit applicable au sens du droit international privé européen uniforme. Pour les questions relatives à la célébration du mariage ou à l'enregistrement du partenariat, le tracement de la résidence habituelle devrait avoir lieu au moment du mariage ou du partenariat, au sein d'une période de temps appréciable avant la célébration ou l'enregistrement (par ex. six mois). Sur les effets du mariage, dont principalement le nom, le moment est en principe celui de la saisine. Enfin, concernant la filiation et le statut d'un enfant né par un processus de gestation pour autrui, notre proposition vise la résidence habituelle de l'enfant et/ou du gardien (parent commanditaire ou mère porteuse) soit au moment de la naissance ou au moment de la demande d'état civil en relation à la compétence internationale et le droit applicable (v. BGH, Mar. 20, 2019, Docket n° XII ZB 530/17, ECLI:DE:BGH:2019:200319BXIIIZB530.17.0; WILSON, *International Surrogacy and the Adoption (Intercountry) Act: Defining Habitual Residence*, *New Zealand Family Law Journal* 2016, 217; Council on General Affairs and Policy of the Conference, *Report of the fifth meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy*, 2019). Nous précisons que pour le mariage/partenariat et ses effets, ainsi que pour la filiation, il n'y a pas de droit international privé uniforme, à l'exception de la Convention de La Haye de 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages applicable à l'Australie, au Luxembourg et aux Pays-Bas.

10 BEAUMONT/McELEAVY, *The Hague Convention On International Child Abduction*, Oxford 1999, 89.

11 STONE, *Anglo-American Law Review* 2000, 342, 343. YOKOYAMA, *Private International Law in Japan*, Wolters Kluwer, 2017, 33.

12 DE STEIGER, *Rapport explicatif sur la Convention HCCH Protection des mineurs de 1961*, HccH, 1961, 13. BELLET/GOLDMAN, *Rapport explicatif sur la Convention HCCH Divorce de 1970*, HccH, 1968, 11.

principes de prévisibilité et de sécurité juridique.<sup>13</sup> Ce résultat n'est pas satisfaisant, avant tout pour le bénéficiaire qui fait valoir (parfois en vain) son droit fondamental d'accès à la justice.<sup>14</sup> Dès lors, des modes d'évaluation factuelle harmonisés, notamment par contexte, sont encouragés. Des discussions à ce sujet devraient avoir lieu à l'intérieur d'un « forum » privilégié du droit international privé de la famille, notamment la Conférence de La Haye de droit international privé. Il sied de préciser qu'une telle proposition aura des meilleures chances de succès lorsque les travaux de la Conférence seront soutenus par la Commission européenne, le Conseil de l'Europe, bénéficiant également du soutien essentiel des Nations unies, le Comité des droits de l'enfant et le Comité des droits des personnes handicapées.

#### b) Propositions

Un guide pratique, un manuel (« *handbook* ») et/ou un protocole international seraient très utiles pour surmonter, voire éviter, les conflits potentiels relatifs à la détermination de la résidence habituelle – par conséquent de justice – tels que ci-après : (i) un enfant habitant avec ses deux parents dans un État A, déplacé ou retenu illicitement par l'un d'eux dans un autre État B : un jugement déterminant la résidence habituelle de l'enfant dans ce dernier État peut affecter son développement harmonieux, son intégration sociale et son éducation. (ii) Les litiges parentaux, portant notamment sur l'établissement de la résidence habituelle d'un enfant à naître, ou d'un enfant en bas âge, peuvent également influencer les conditions et les décisions relatives à sa naissance et son environnement familial. (iii) Une séparation conjugale ou partenariale dans un État A, lieu de « vie conjugale » des époux/partenaires, suivie d'une demande de liquidation du régime patrimonial dans un autre État B, lieu de « vie professionnelle » d'un seul époux/partenaire : les autorités judiciaires de l'État B pourraient émaner un jugement tendant à favoriser l'un des conjoints, sans se préoccuper de leurs liens familiaux communs, portant préjudice à l'autre conjoint, entre autres, en termes de sa capacité financière. (iv) Un exemple de cadre non conflictuel est celui du *de cuius* qui a planifié sa succession selon la loi d'un État A, dont après

13 HILBIG-LUGANI, Habitual Residence in European Family Law, in : BOELE-WOELKI/DETHLOFF/GEPHART (éd. 4), Family Law and Culture in Europe, 2014, 249, 253. Pour des interprétations de prévisibilité et de sécurité juridique en droit international privé de la famille v. PFEIFFER, Legal certainty and predictability in international succession law, J. Priv. Int. Law 2016, 566 ; BIAGIONI, Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility Between Legal Certainty and Children's Fundamental Rights, European Papers 2019, 285, 289.

14 L'accès à la justice, y compris en matière civile, en tant que droit fondamental est désormais conçu dans une multitude d'instruments, ainsi que dans la jurisprudence : Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), art. 6 and 13 ; Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), art. 8 et 10. L'accès à la justice est entendu dans notre recherche comme le droit/obligation correspondant à la garantie de remèdes juridiques efficaces (v. Résolution A/RES/67/1 Assemblée générale des Nations Unies ; conclusions de l'avocat général Colomer concernant l'affaire Roda Golf & Beach Resort SL, 5 mars 2009, C-14/08).

son décès elle est régie par le droit d'un autre État B en vertu d'une interprétation erronée de sa dernière résidence habituelle : une telle situation entraverait les principes de prévisibilité et de sécurité juridique. (v) Un adulte incapable de discernement vivant dans un État A et déplacé contre sa volonté dans un autre État B : la détermination de la résidence habituelle de l'adulte dans ce dernier État peut impacter négativement ses intérêts et droits, tels que sa santé, ainsi que sa stabilité émotionnelle et financière. Plus de clarté quant à la hiérarchie des facteurs principaux, décisifs, et secondaires, non décisifs, applicables au traçage de la résidence habituelle, selon le cadre familial, permettrait d'éviter des mauvaises pratiques, disparates, nationales. Notre analyse factuelle et hiérarchique s'est appuyée sur le « *two-fold test approach* », une méthodologie fondamentale pour la formulation de nos propositions.

Il faut néanmoins admettre que, dans certaines situations, l'usage de la résidence habituelle pourrait parfois lui aussi se révéler artificiel. Nous nous référons aux mouvements transfrontaliers caractérisés par un mode de vie nomade, comme dans les cas des migrants vulnérables, des mineurs en bas âge, des apatrides, pour en citer quelques-uns. Ces scénarios, qui ne sont plus très rares, devront faire l'objet d'autres critères, davantage flexibles, tels que la *résidence habituelle prospective* et, à défaut, la *simple présence physique*. Lorsque nous réfléchissons à ces contextes, mais plus en général aux mouvements familiaux transnationaux actuels, le domicile et la nationalité, même effective,<sup>15</sup> ne sauraient désormais plus remplir leur but, concernant notamment la détermination d'une proximité réelle et immédiate. Dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH), un couple roumain a vécu en Italie, lieu de naissance de l'enfant. La mère et l'enfant ont déménagé en Roumanie sans le consentement du père. Ce-dernier a déposé une demande de retour au titre de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants devant les autorités italiennes, puis devant les tribunaux roumains. Le retour de l'enfant a été ordonné en première instance et annulé en appel. Par la suite, la mère a introduit une demande de divorce et de garde devant les tribunaux roumains. Ceux-ci ont prononcé le divorce et attribué la responsabilité parentale exclusive à la mère, fixant la résidence habituelle de l'enfant en Roumanie en vertu du domicile légal des parents. À cet égard, la Cour de Strasbourg a déclaré que la résidence habituelle de l'enfant se trouvait en Italie au moment déterminant, c'est-à-dire avant le déplacement illicite, en vertu : du lieu de naissance de l'enfant ; du lieu de vie après la naissance ; de l'inscription à l'état civil et de l'accès au système de santé italien par le biais d'une assurance maladie italienne ; de la vie familiale effective des parents avant la naissance de l'enfant ; de l'intégration de l'enfant dans un environnement familial et social, interprétée selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). La Cour a confirmé que la détermination factuelle de la résidence habituelle ne doit pas être assimilée à la notion

---

15 En ce qui concerne la notion de « nationalité effective », se référer aux affaires suivantes : *Nottebohm, Liechtenstein c. Guatemala*, 6 avril 1955 ; TF, 18 août 2004, 5C.86/2004.

de domicile légal (§ 48). Si tel n'était pas le cas, le bien-être de l'enfant aurait été jugé par les autorités d'un État avec qui l'enfant n'avait aucune proximité personnelle, à l'exception de la nationalité et du domicile légal de ses parents.<sup>16</sup>

Au-delà des critères de rattachement, référence est faite à des moyens alternatifs de résolution de conflits, soit l'arbitrage international et la « méthode »<sup>17</sup> de l'évaluation transfrontalière « *intercountry assessment* ». Enfin, l'intervention de certains organismes *super partes*,<sup>18</sup> afin de résoudre les conflits évoqués précédemment, est également envisagée dans cette contribution.

## II. Cadre historique, légal et transnational

### 1. Bref tour d'horizon historique et cadre légal

La notion de résidence habituelle fait son premier pas dans la Convention de La Haye de 1986 sur la procédure civile. On peut en principe affirmer que ses origines – en quelque sorte son « appellation d'origine » – dans le cadre de ladite convention trouvent leurs racines dans le « *gewöhnlicher Aufenthalt* » du droit allemand.<sup>19</sup> À partir de ce moment historique, toutes les conventions de La Haye relatives au droit international de la famille ont graduellement adopté la résidence habituelle comme critère prédominant.<sup>20</sup> Le domicile est systématiquement écarté, sauf quelques utilisations de moindre importance.<sup>21</sup>

En premier lieu, il convient de citer, au sujet de la protection internationale de l'enfant, la Convention de La Haye de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, et la Convention de La Haye de 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs. La résidence habituelle trouve application dans ces conventions de manière complémentaire avec la nationalité, laquelle

16 Michnea c. Roumanie n° 10395/19 du 7 octobre 2020. Sur la rigidité des notions de domicile et de nationalité, s'opposant à celle de résidence habituelle, v. HILL, *Private International Law*, Edinburgh, 2014, 16; BEAUMONT/MCELEAVY, *The Hague Convention On International Child Abduction*, Oxford, 1999, 89; Agulian and Another v. Cyganik [2006] EWCA Civ 129, § 47, 53-54.

17 Pour de plus amples informations sur cette méthode, v. PANNAIKADAVIL-THOMAS/BUMBACA, *The role of international social services in private international law*, in: *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, 531, 534.

18 Sur le caractère *super partes* de certains organismes en matière de responsabilité parentale, v. ROMANO, *Vers des tribunaux transnationaux pour les familles transnationales ? L'exemple de la responsabilité parentale*, *Semaine Judiciaire* 2019, 245, 275.

19 DE WINTER, *Nationality or Domicile ? The present state of affairs*, in: *Recueil Des Cours*, 1969, 423.

20 LAGARDE, *Rapport explicatif sur la Convention HCCH Protection des enfants de 1996*, HccH, 1998, § 40.

21 Des exemples sont l'art. 9 du Protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, les art. 3 et 13 de la Convention de La Haye de 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps.

prime spécialement dans la CLaH-1902.<sup>22</sup> Cette rivalité découlant des notions de nationalité et de résidence habituelle a mené à l'intervention unique de la Cour internationale de Justice. L'affaire concernait un nourrisson, Marie Elisabeth, de nationalité néerlandaise, résidant (de manière permanente) en Suède, de père néerlandais et de mère suédoise. En décembre 1953, la mère de Marie Elisabeth est décédée en Suède. En mars 1954, le père – qui avait été nommé tuteur de la mineure en vertu du droit néerlandais (art. 378 du Code civil) – a introduit une demande d'enregistrement relatif à la tutelle auprès des autorités suédoises, qui a été acceptée. Ces mêmes autorités ont désigné le grand-père maternel de Marie Elisabeth comme tuteur (homme de confiance) en vertu de leur droit national. En avril 1954, les autorités suédoises placèrent le nourrisson sous le régime de l'éducation protectrice («*Skyddsufffostran*»), qui était une mesure publique. En conséquence, Marie Elisabeth a été placée sous la tutelle d'une autorité publique dans le but de prévenir tout préjudice potentiel pour l'enfant. En juin 1954, les autorités néerlandaises ont institué la tutelle de Marie Elisabeth en faveur d'un tuteur adjoint, son père étant toujours considéré comme tuteur de plein droit. Les tuteurs ont donc fait appel pour supprimer le régime d'éducation protectrice. En septembre 1954, les autorités suédoises ont rejeté le recours et annulé l'enregistrement de la tutelle du père. Des litiges judiciaires et administratifs ont suivi jusqu'à 1957, lorsque les autorités néerlandaises ont décidé de soumettre une requête devant la CIJ pour obtenir un jugement sur le prétendu non-respect par la Suède de la Convention de La Haye de 1902. Les autorités néerlandaises contestaient le régime d'éducation protectrice mis en place par les autorités suédoises, se fondant sur le champ d'application de la Convention de 1902 pour régir la tutelle selon la loi de la nationalité du mineur. Les autorités suédoises ont fait valoir que le père avait causé à sa fille des graves problèmes de santé, de sorte que sa tutelle ne pouvait s'appliquer dans l'intérêt supérieur de Marie Elisabeth. Elles ont également soutenu que sa résidence continue se trouvait en Suède. La CIJ a précisé que l'objectif de la Convention de tutelle de 1902 était de résoudre les conflits de lois liés aux questions de tutelle uniquement. En l'espèce, l'affaire concernait des mesures de prise en charge publique (telles que l'éducation protectrice), la Cour a donc maintenu que celles-ci ne relevaient pas du champ d'application de la Convention. Selon la Cour, ces mesures étaient soumises à des restrictions d'ordre public visant à protéger les enfants – la protection des enfants n'était pas encore envisagée par cette Convention. La Cour a confirmé le principe selon lequel la loi régissant la tutelle d'un mineur est celle de sa nationalité. En outre, la Cour a conclu que les obligations de protection d'un enfant selon le droit (national) de l'État où il réside doivent être respectées, même si elles ne sont pas énoncées directement dans les dispositions de ladite Convention. La CIJ a donc rejeté la requête des Pays-Bas, car aucune violation de la Convention n'a été constatée.

---

22 Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède) 1958 C.I.J. Rep. 8, 55.

Pour résoudre cette rivalité, potentiellement conflictuelle, les États contractants ont par la suite opté pour la mise en œuvre de la résidence habituelle comme critère principal, respectivement, dans la CLaH-1980, et dans la Convention de La Haye de 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 – ici la nationalité est indiquée de façon exceptionnellement subsidiaire (cf. article 8). La Convention de La Haye de 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille et le Protocole de La Haye de 2007, tout comme la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, méritent d'être citées, puisque leurs rapports explicatifs fournissent d'importantes précisions par rapport au rôle de la résidence habituelle de l'enfant et du créancier d'aliments en général.<sup>23</sup>

L'activité du Bureau permanent de la Conférence de La Haye a été tout aussi importante au sujet d'autres matières familiales, comme les régimes matrimoniaux et les successions. Toutefois, les instruments adoptés, parmi ces domaines, n'ont pas eu le succès escompté. En effet, peu d'États se sont empressés de les ratifier,<sup>24</sup> même si la jurisprudence prononcée en lien avec ces instruments s'est révélée très clarificatrice pour l'analyse factuelle de la résidence habituelle, en particulier en relation avec la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.<sup>25</sup>

23 À titre indicatif, dans le rapport explicatif sur le Protocole, il est indiqué que le changement de résidence habituelle a lieu au moment où elle acquiert un caractère stable, pas avant (v. BONOMI, Rapport explicatif sur le Protocole HCCH Loi applicable aux obligations alimentaires de 2007, HcCH, 2013, 33-35).

24 La Convention de La Haye de 1973 sur l'administration internationale des successions est applicable au Portugal, à la République tchèque et à la Slovaquie ; la Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort n'a reçu aucune ratification.

25 Applicable seulement à la France, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Nous nous permettons de citer les décisions pertinentes, telles que ci-après : Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 14 mai 2014, 12-29.922 ; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 avril 2012, 10-27.016 ; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 19 décembre 2012, 12-16.633. Les facteurs à retenir dans ces décisions sont les suivants : (i) la période appréciable pour déterminer où est établie la première résidence habituelle immédiatement après le mariage. Sur cet élément, on constate une divergence par rapport au délai suffisant pour déterminer l'installation du couple, ou de la famille ; (ii) l'existence d'une maison familiale (louée ou possédée) dans laquelle le couple, et éventuellement les enfants, vit. Cette existence est également étayée par des preuves administratives telles que la correspondance, les factures, les comptes bancaires, contenant la référence à l'adresse du couple ou de la famille ; (iii) la réinstallation régulière, dans les cas où l'un des conjoints ou partenaires vit pendant certaines périodes séparément pour différentes raisons (par exemple, travail, visa, demande de permis) ; (iv) le lieu de naissance et le lieu de résidence de l'enfant ; (v) l'intention qui doit être prouvée par des éléments tangibles tels que ceux mentionnés ici ; (vi) la nationalité commune ; (vii) le lieu de célébration du mariage. Ce-dernier doit souvent être un élément complémentaire, non décisif, et ce n'est que dans des circonstances spécifiques qu'il peut être considéré comme déterminant lorsqu'il indique une « base familiale » à un moment donné.

Une exception au succès raté, concernant les adultes en droit international de la famille, est la Convention de La Haye de 2000 sur la protection internationale des adultes vulnérables. Cette convention contient, du modeste avis de l'auteur de cette contribution, un grand potentiel, même s'il faut admettre que sa ratification est encore minimale.<sup>26</sup> La jurisprudence des tribunaux de l'Allemagne,<sup>27</sup> de la France,<sup>28</sup> de la Suisse<sup>29</sup> et, spécialement, du Royaume-Uni<sup>30</sup> ont permis une très bonne maîtrise des éléments casuistiques, conventionnels ou non,<sup>31</sup> applicables à l'anamnèse de la résidence habituelle dans cette matière complexe. Celle-ci vaut également pour l'enlèvement d'adultes vulnérables, lequel ne fait pas l'objet de la CLaH-2000. La jurisprudence analysée en matière d'enlèvement a montré que la détermination de la résidence habituelle de l'adulte dans le cadre d'un déplacement ou d'une rétention illicite devrait prendre en considération une approche uniforme, fondée sur l'intégration familiale et sociale de l'adulte concerné. Son évaluation devrait tenir compte de l'installation de l'adulte avant l'acte illicite.

Il nous appartient d'ajouter quelques mots sur l'activité de l'Union européenne. À ce sujet, il sied d'admettre que la jurisprudence la Cour de Justice de l'Union européenne nous a largement facilité la tâche concernant la recherche des facteurs principaux, décisifs, applicables à la détermination de la résidence habituelle dans les

26 Treize États <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=71>> visité le 23.9.2021.

27 OLG Koblenz (13. Zivilsenat), Beschluss vom 14.2.2017 – 13 UF 32/17; LG Augsburg, 5. Zivilkammer, 30.1.2018 – 054 T 161/18; LG Cottbus, 7. Zivilkammer, 9.5.2018 – 7 T 28/17.

28 Cour d'appel de Rennes, 15 octobre 2013, 13/02113; Arrêt n° 101 du 27 janvier 2021 (19-15.059) – Cour de cassation – Première chambre civile – ECLI:FR:CCAS:2021:C100101.

29 TF, 21 juin 2017, 5A\_68/2017; Tribunal Cantonal du Valais, Cour civile II, 7 septembre 2017, C1 17 8.

30 JO v. GO & Ors, 2013, EWHC 3932; An English Local Authority v. SW and Another (2014) EW-COP 43; A.F. v. M.S. (first respondent)+PGS (Second Respondent) (20 December 2011) Sheriffdom of Lothian & Borders At Selkirk, AW6/11; Al-Jeffery v. Al-Jeffery (2016) EWHC 2151 (Fam); Re MN (Recognition and Enforcement of Foreign Protective Measures) (2010) EWHC 1926; Re QD (Jurisdiction: Habitual Residence) (2019) EWCOP 56; In the matter of PO (2013) EWCOP 3932.

31 À cet égard, les facteurs décisifs sont : l'avis de l'adulte avant l'incapacité ; son intérêt supérieur et la protection efficace de son bien-être ; la vie sociale dans la communauté locale ; la présence continue de la famille auprès de l'adulte et les soins qui lui sont prodigués ; le lieu de situation des biens avec une attention particulière accordée à l'habitation principale occupée. La nationalité doit être considérée comme un critère de remplacement, mais pas comme un facteur déterminant inhérent à l'établissement de la résidence habituelle. Les ordonnances du tribunal ou les mesures analogues ne devraient pas être retenues. Le facteur temporel n'est pas appliqué de manière cohérente. Une longue durée serait en principe requise pour le changement de la résidence habituelle dans le cadre d'un enlèvement.

domaines les plus divers, notamment le divorce,<sup>32</sup> la responsabilité parentale,<sup>33</sup> l'obligation alimentaire,<sup>34</sup> les successions.<sup>35</sup> En matière de responsabilité parentale, un ar-

- 32 Demande de décision préjudicielle présentée par l'Audiencia Provincial de Barcelona (Espagne) le 6 octobre 2020 – M P A / L C D N M T (Affaire C-501/20). Le couple, elle espagnole, lui portugais, concerné par la demande de décision préjudicielle de la CJUE, s'est marié à l'ambassade d'Espagne en Guinée-Bissau. Ils ont vécu environ cinq ans en Guinée-Bissau avec leurs enfants avant de s'installer au Togo. Trois ans après leur arrivée, une séparation de fait est intervenue. L'épouse a déposé, entre autres, une demande de divorce devant les juridictions espagnoles, qui se sont déclarées compétentes en première instance et l'ont rejetée en appel. L'affaire a été renvoyée devant la CJUE. La Cour de Luxembourg fournit des indications spécifiques concernant l'évaluation factuelle qui sera suivie, en particulier : « *In assessing the habitual residence of the spouses seeking to divorce, it is necessary to determine the duration, regularity and stability of the spouses' residence in a country such as Togo. Account must be taken of the fact that their residence in that country is directly related to the performance of their duties [...]. The question also arises as to whether the connecting factors of the mother's nationality (Spanish), her residence in Spain prior to the celebration of the marriage, one of the children's nationalities and their place of birth (Spain) may be taken into account in determining habitual residence.* »
- 33 À titre indicatif, la CJUE a confirmé que la résidence habituelle de l'enfant doit être déterminée en vertu du critère de proximité et de son intérêt supérieur. L'évaluation de la résidence habituelle doit avoir lieu au moment où l'acte introductif d'instance est déposé auprès du tribunal. La présence physique de l'enfant et le degré de protection garanti conformément à ses intérêts sont une condition essentielle pour l'établissement de la résidence habituelle au moment pertinent (cf. *Purrucker c. Vallés Pérez*, 15 juillet 2010, C-256/09, ECLI:EU:C:2010:437; *W et V c. X*, 15 février 2017, C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118).
- 34 Les arrêts de la CJUE examinés dans ce domaine fournissent des indicateurs importants pour l'évaluation de la résidence habituelle. Cette notion dénote un lien particulièrement étroit au regard de la proximité et de la bonne administration de la justice, préservant les intérêts du créancier. La loi de la résidence habituelle devrait présenter les liens les plus étroits avec la situation familiale du créancier. Dans les procédures interconnectées impliquant des enfants, leur intérêt supérieur est crucial. Ainsi, l'interprétation de la résidence habituelle de l'enfant aux fins du Règlement n° 4/2009 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 et du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 devrait être uniforme (cf. *A c. B*, 16 juillet 2015, C-184/14, ECLI:EU:C:2015:479; *R c. P*, 5 septembre 2019, C-468/18 ECLI:EU:C:2019:666; *KP c. LO*, 7 juin 2018, C-83/17, ECLI:EU:C:2018:408; *Sanders c. Verhaegen, Huber c. Huber*, 18 décembre 2014, C-400/13, C-408/13, ECLI:EU:C:2014:246).
- 35 *E. E. & K.-D. E.*, 16 juillet 2020, C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569. Dans cette affaire, une mère lituanienne et son fils s'étaient installés en Allemagne pour vivre avec son mari. Avant son décès en Allemagne, elle avait rédigé un testament en Lituanie, désignant son fils en tant que légataire universel. La mère était propriétaire d'un appartement en Lituanie. À son décès (en Allemagne), son fils s'est adressé à un notaire lituanien à la fois au sujet de l'appartement et pour obtenir un certificat de succession. Le notaire a refusé les deux demandes en raison de la dernière résidence habituelle de la défunte, qui se trouvait en Allemagne au moment de son décès. Le fils de la défunte a fait appel contre cette décision. Par la suite, la procédure a atteint la Cour suprême de Lituanie (« *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* »), qui a décidé de suspendre la procédure et de demander à la CJUE de statuer à titre préjudiciel. Selon la Cour, les éléments décisifs pour l'évaluation de la résidence

rêt de la Cour de Luxembourg, daté de 2018,<sup>36</sup> a précisé pour la première fois que certains éléments ne devraient pas être considérés décisifs.<sup>37</sup> Cette confirmation a encouragé notre approche casuistique, factuelle et hiérarchique : le « *two-fold test approach* » déjà évoqué.

## 2. *Le caractère transnational de la résidence habituelle*

### a) Interprétation intra- et internationale, régionale c. une méthode d'évaluation uniforme

D'après notre recherche, sans une méthode d'évaluation uniforme, la résidence habituelle peut trébucher sur une mauvaise interprétation nationale. Si l'on est attentifs aux modes d'opération de ce critère de rattachement factuel dans les différents ordres juridiques nationaux, les dissimilarités concernant son application sont évi-

---

habituelle étaient la durée et la régularité de l'installation de la défunte aux deux moments pertinents (au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, cf. 23 du Règlement [UE] n° 650/2012 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). Cette installation doit être évaluée de manière cumulative aux conditions (élément objectif) et aux raisons (élément subjectif) de celle-ci. Une attention particulière est accordée à l'intégration familiale et sociale du défunt, plus appropriée vis-à-vis de la proximité, et non à la durée de son installation (élément temporel). La Cour a soutenu que, selon le considérant 24 du Règlement, dans les situations où l'évaluation s'avère complexe, la nationalité et/ou la localisation des biens seraient déterminantes (§ 39). Selon la Cour, les autorités devraient considérer la résidence habituelle du défunt comme établie dans un seul État (§ 40, 41, 45). En ce qui concerne la loi applicable, la Cour a estimé que le « lien manifestement le plus étroit » au regard de l'art. 21, paragraphe 2, du Règlement devait être interprété de manière stricte (§ 45). Elle ne devrait s'appliquer que lorsque la défunte s'est installée assez récemment dans un État avant son décès.

36 HR, 28 juin 2018, C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513.

37 *Ibidem*. *Facteurs décisifs sont* : (i) le fait pour l'enfant d'avoir généralement habité avec ses parents, depuis sa naissance jusqu'à la séparation de ces derniers, dans un lieu donné ; (ii) la circonstance selon laquelle le parent exerçant, depuis la séparation du couple, la garde effective de l'enfant séjourne toujours au quotidien avec lui dans ce lieu et y exerce son activité professionnelle, laquelle s'inscrit dans le cadre d'une relation de travail à durée indéterminée ; et (iii) le fait pour l'enfant d'avoir, dans ledit lieu, des contacts réguliers avec son autre parent, qui réside toujours en ce même lieu (§ 66). En revanche, *facteurs non décisifs sont* : (i) les séjours que le parent exerçant la garde de l'enfant a effectués, par le passé, avec celui-ci, sur le territoire de l'État membre dont ce parent est originaire dans le cadre de ses congés ou de périodes de fêtes ; (ii) les origines du parent en question, les attaches d'ordre culturel de l'enfant à l'égard de cet État membre qui en découlent et ses relations avec sa famille résidant dans ledit État membre, et (iii) l'éventuelle intention dudit parent de s'établir avec l'enfant, à l'avenir, dans ce même État membre.

denes, à la fois entre chaque ordre juridique (ou groupe d'ordres juridiques)<sup>38</sup> et avec la notion de résidence habituelle transnationale, autrement dite conventionnelle ou communautaire.<sup>39</sup> Un exemple concret est la Suisse, laquelle a adopté ce critère en suivant les normes de la Convention de La Haye de 1954 sur la procédure civile,<sup>40</sup> même si son application dans la Loi fédérale suisse de 1987 sur le droit international privé (LDIP) s'éloigne quelque peu de celle des textes internationaux auxquels la Suisse a adhéré.<sup>41</sup>

Plus précisément, contrairement à la notion transnationale de résidence habituelle,<sup>42</sup> la LDIP lui consacre une (quasi-)définition.<sup>43</sup> En outre, à l'intérieur de la même loi, cette notion « interne », intranationale, de résidence habituelle devrait se différencier de la notion, également intranationale, de domicile en vertu d'une distinction fondée principalement sur la présence, ou l'absence, des éléments temporels(-objectifs) et subjectifs –<sup>44</sup> même si la pratique suisse s'efforce d'approcher

38 Les résultats de notre recherche montrent que dans certains ordres juridiques nationaux, la résidence habituelle fonctionne de la même manière qu'au plan international (notamment au Canada, en Allemagne, en Espagne, au Royaume-Uni), par opposition à d'autres ordres juridiques où son interprétation nationale peut différer de la pratique internationale (notamment en Argentine, dans la Fédération de Russie, en Afrique du Sud, en Suisse).

39 Sur la signification attribuée à « notion conventionnelle ou communautaire », v. HILL/Ní SHÚILLEABHÁIN, *Clarkson & Hill's Conflict of Laws* (5th ed.), Oxford, 2016, 348 ; I. REIG FABADO, *La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores*, Cuad. derecho transnac. 2011, 877, 882 ; CJUE, OL c. PQ, 8 juin 2017, C-111/17, ECLI:EU:C:2017:436, § 41, CJEU, UD c. XB, 17 octobre 2018, C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835, § 46-47 ; TF, 23 mai 2018, 5A\_121/2018, § 3.1 ; Cour de cassation, civile, 14 décembre 2005, 1880, 05-10.951.

40 DUTOIT, *Droit International Privé, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5<sup>e</sup> éd., Bâle, 2016, art. 20.

41 La Suisse est un État membre, très influent, au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé. On peut facilement se référer aux rapports explicatifs Lalive (Rapport explicatif sur la Convention HCCH Successions de 1973), BONOMI (n. 23), cf. rapport sur le Protocole de 2007, ainsi qu'aux initiatives auxquelles l'Autorité centrale (OFJ) joue un rôle primordial par l'intermédiaire de sa codirectrice, Madame JOËLLE SCHICKEL-KÜNG, notamment en matière de protection internationale de l'enfant, de filiation, de gestation pour autrui (GPA) – Madame SCHICKEL-KÜNG a présidé la 4<sup>e</sup> réunion du groupe d'experts en matière de filiation et GPA.

42 CARRUTHERS, *Discerning the meaning of habitual residence of the child in UK courts*, in : *Yearbook of Private International Law 2019/2020*, 1, 15 ; TF, 23 avril 2012, 5A\_889/2011, § 4.1.

43 L'auteur de cette contribution n'est pas convaincu quant à la teneur de la définition de l'art. 20 de la LDIP. Celle-ci aurait plutôt le caractère d'une référence contextualisée en ce que la résidence habituelle doit être recherchée dans les faits et circonstances de chaque affaire concernée.

44 Art. 20 LDIP : « Au sens de la présente loi, une personne physique : a. a son domicile dans l'État dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir ; b. a sa résidence habituelle dans l'État dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée. »

les deux notions.<sup>45</sup> Concrètement, une telle différenciation, basée sur les éléments objectifs et subjectifs, est largement dépassée au niveau international. Sur ce point, la CJUE a souvent indiqué que la durée, tout comme l'intention,<sup>46</sup> ne sont pas des éléments déterminants pour l'évaluation de la résidence habituelle, mais ils peuvent néanmoins apporter de l'aide complémentaire à son analyse.

Encore, le Conseil de l'Europe<sup>47</sup> est le précurseur d'une résolution, datant de 1972,<sup>48</sup> qui fournit des éléments plus exhaustifs, distinctifs, par rapport à l'application « régionale » de ces deux notions.<sup>49</sup> Cette résolution serait censée s'appliquer à la Suisse en vertu de son appartenance à cette admirable institution.

Il sied de préciser que le rapport explicatif sur le Protocole de 2007, qui ne s'applique pas à la Suisse, mais dont la contribution des experts suisses est notée, clarifie que le domicile et la résidence habituelle ne sont pas nécessairement similaires,<sup>50</sup>

45 TF, 24 septembre 2012, 5A\_270/2012, § 4.2: « Le domicile est déterminé selon les critères prévus par l'art. 20 al. 1 let. a LDIP, dont la teneur correspond à celle de l'art. 23 al. 1 CC »; Cour de Justice de Genève du 1<sup>er</sup> septembre 2020 DAS/139/2020, § 3.3.2.2: « Que ce soit sous l'angle de la LDIP ou du droit européen, comme allégué par l'appelant, les critères de rattachement applicables pour déterminer le domicile, respectivement la résidence habituelle d'une personne sont similaires [...] » TF, 5 avril 2012, 5A\_659/2011: « Il est vrai que l'élément objectif du domicile (i. e. la présence physique en un endroit donné) ne suppose pas nécessairement que le séjour ait déjà duré un certain temps; si la condition subjective (i. e. l'intention de rester durablement en ce lieu) est par ailleurs remplie, la constitution d'un domicile peut se produire dès l'arrivée dans le nouveau pays; en d'autres termes, pour déterminer si l'intéressé s'y est créé un domicile, ce n'est pas la durée de sa présence à cet endroit qui est décisive, mais bien la perspective d'une telle durée (arrêts 5C.99/1993 précité consid. 3a; 5C.163/2005 du 25 août 2005 consid. 4.1; 5A\_398/2007 du 28 avril 2008 consid. 3.2; 5A\_432/2009 précité; *idem*, pour la résidence habituelle. »

46 Mercredi c. Chaffe, 22 décembre 2010, C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829, § 51; OL c. PQ, 8 juin 2017, C-111/17, ECLI:EU:C:2017:436, § 49-51.

47 Le Comité européen de coopération juridique (CDCJ).

48 Résolution n° 72, 18 janvier 1972.

49 Au sens de la résolution, la résidence d'une personne (adulte ou enfant) est déterminée uniquement par des critères factuels. Elle ne dépend pas du « droit légal » de résider. Une personne a une résidence dans un pays ou dans un lieu à l'intérieur d'un tel pays si elle y séjourne pendant une certaine période. Ce séjour ne doit pas nécessairement être continu. Pour déterminer si une résidence est habituelle, il faut tenir compte de la durée et de la continuité de la résidence ainsi que d'autres faits de nature personnelle ou professionnelle qui indiquent des liens durables entre une personne et sa résidence. L'établissement volontaire d'une résidence et l'intention d'une personne de la maintenir (déterminants pour la notion de domicile) ne sont pas des conditions pour l'existence d'une résidence – simple ou habituelle. Mais les intentions d'une personne peuvent être prises en compte pour déterminer si elle possède une résidence ou le caractère de cette résidence. La résidence simple ou habituelle d'une personne ne dépend pas de celle d'une autre personne.

50 Cf. Rapport BONOMI (n. 23), § 139: « Il arrive cependant que pour leur régime matrimonial, les époux jouissent de certaines options additionnelles, non prévues par le Protocole, comme par exemple la loi du domicile (qui ne coïncide pas nécessairement avec la résidence habituelle). »

par opposition à ce qui est avancé dans la réforme du chapitre 6 de la LDIP en matière successorale.<sup>51</sup>

Or, ce conflit d'interprétation intra- et internationale, régionale, est peu satisfaisant. Surtout, une distinction entre éléments subjectif, objectif, temporel, qui est souvent faite, non seulement en droit suisse, mais dans d'autres ordres juridiques,<sup>52</sup> pour « catégoriser » la résidence habituelle, et la différencier du domicile, ne saurait plus convaincre.<sup>53</sup> Pour l'auteur de cette contribution, en matière familiale, la notion de domicile pourrait facilement être remplacée par celle indiquant une résidence habituelle transnationale, y compris dans la LDIP suisse.<sup>54</sup> Un seul critère de rattachement factuel, mieux flexible et adaptable, est suffisant du point de vue de notre recherche, sans devoir débattre davantage sur la subjectivité, objectivité et temporalité de ces deux notions.<sup>55</sup>

b) Coordination visant les intérêts du bénéficiaire à l'écart d'une définition

Le besoin d'uniformité que nous attribuons à l'évaluation transnationale de la résidence habituelle ne doit, néanmoins, pas être confondu avec la recherche d'une

51 Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions), Rapport explicatif à l'Avant-projet, 14 février 2018, <[www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-02-14/vn-ber-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-02-14/vn-ber-f.pdf)>, p. 6 : « La résidence habituelle au sens du règlement européen et le domicile au sens de la LDIP coïncident en général, comme on l'a dit plus haut. »

52 En droit luxembourgeois, v. Cass., civ., 4.4.2019, n° 65/2019 ; en droit français, v. FRANCESCAKIS, Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel, in : Travaux du Comité français de droit international privé, 1965, 291, 313 ; en droit commun, v. SAGE, La mise en œuvre de la notion de domicile dans le droit international privé néo-zélandais, RJP 1999, 71, 77-80.

53 Sur la subtilité de cette distinction, v. BELLET/GOLDMAN (n. 12), 11 ; SUK, The New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea, in : Yearbook of Private International Law, 2003, 99, 110 ; ROGERSON, Habitual Residence : The New Domicile ?, International and Comparative Law Quarterly 2000, 86, 100 ; DUTOIT (n. 40), art. 20.

54 Nous pouvons nous référer, pour comparaison, à d'autres ordres juridiques adoptant une seule notion factuelle, ou une seule interprétation contextualisée applicable aux deux notions : Manitoba, « *The Domicile and Habitual Residence Act* », C. C. S. M. c. D96, 1987, s. 2-3 ; Australie, « *Family Law Act* » 1975, Part V, p. 39 (entre résidence habituelle ou résidence ordinaire) ; Nauru, « *Conflict of Laws Act* » 1974, p. 3 ; République dominicaine, « *Ley 544-14 de Derecho Internacional Privado* », 15 octobre 2014, art. 5 ; Argentine, « *Código Civil y Comercial de la Nación* », art. 2613.

55 À titre indicatif, un critère de rattachement principalement fondé sur l'élément temporel, contrairement aux notions de résidence habituelle et de domicile, est le « *home state* » prévu dans le « *US Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* » 1997 (UCCJEA) et du « *US Uniform Adult Guardianship And Protective Proceedings Jurisdiction Act* » 2007 (UAGPPJA). La p. 102 du UCCJEA prévoit que le « *home state* » est : « L'État dans lequel un enfant a vécu avec un parent ou un tuteur pendant au moins six mois consécutifs, immédiatement avant le début d'une procédure relative à la garde dudit enfant. Dans le cas d'un enfant âgé de moins de six mois, le terme désigne l'État dans lequel l'enfant a vécu depuis sa naissance avec l'une des personnes mentionnées. Une période d'absence temporaire de l'une des personnes mentionnées fait partie de cette période. »

définition à tout prix. Les États contractants de la Conférence de La Haye et les États membres de l'UE ont déjà refusé une telle option.<sup>56</sup> Par conséquent, nous soutenons l'absence de définition, qui pourrait autrement répliquer les problèmes rencontrés avec l'application du domicile.<sup>57</sup>

Le « *two-fold test approach* » remplace cette solution par une équation plutôt simple : certains éléments demeurant décisifs, la résidence habituelle est établie, sans besoin de rechercher des éléments ultérieurs parmi d'autres États concernés – il se peut qu'un enfant, ou un adulte, ait des rattachements plus ou moins forts avec deux ou trois États, mais leur recherche n'est point nécessaire pour l'anamnèse, une résidence habituelle, parfois principale, étant suffisante si la proximité qualifiée est atteinte.<sup>58</sup>

Finalement, l'importance de déterminer une seule résidence habituelle, principale, demeure essentielle pour évaluer la capacité familiale, l'enracinement, l'entourage, le développement harmonieux de l'enfant, tout comme l'intégration personnelle et familiale de l'adulte, à un moment pertinent et au sein d'une période de temps appréciable. Le tracement d'une résidence habituelle principale cristallisera le lieu de proximité où les autorités seront dans la mesure de répondre le plus efficacement et immédiatement aux intérêts de la personne concernée.<sup>59</sup> Celui-ci est également l'objectif de l'évaluation transfrontalière « *intercountry assessment* » typique du Service Social International (SSI)<sup>60</sup> qui a fait l'objet de notre étude.

56 LAGARDE (n. 20), § 40; BONOMI/WAUTELET, Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012, Bruylant 2016, 192.

57 CARRUTHERS, Discerning the meaning of habitual residence of the child in UK courts, in : Yearbook of Private International Law 2019/2020, 1, 8.

58 Conclusions de l'avocat général Campos SÁNCHEZ-BORDONA, 8 juillet 2021, affaire C-289/20, IB c. FA, § 77-78 : « Au demeurant, dès lors que la résidence habituelle est assimilée au centre des intérêts vitaux de la personne, il ne serait pas cohérent d'accepter que plusieurs résidences présentent simultanément ce caractère. Rien ne s'oppose, en revanche, à l'existence de plusieurs résidences » simples « (53), c'est-à-dire à ce qu'une personne ait, outre sa résidence habituelle *ou principale*, une ou plusieurs autres résidences (de vacances, pour des raisons professionnelles ou similaires). Ces dernières n'ont aucun effet dans le contexte de l'article 3 du règlement n° 2201/2003 ».

59 *Ibidem*, § 57 : « Le rapport Borrás explique le choix des fors et leur caractère alternatif : ils répondent aux intérêts des parties, ils constituent une réglementation souple, adaptée à la mobilité des personnes, et ils révèlent la proximité, entendue comme un lien de rattachement réel entre la personne et un État membre. Ils visent en définitive à être favorables aux personnes concernées sans porter atteinte à la sécurité juridique. »

60 Un réseau d'ONG qui compte 140 antennes dans le monde, dont le secrétariat général est basé à Genève.

Si ce lieu est traçable, par le biais de certains éléments décisifs, la présence d'autres facteurs n'est pas pertinente.<sup>61</sup> Ce qui importe est la facilité pour les autorités les plus proches du bénéficiaire, géographiquement et personnellement, de pouvoir examiner ses intérêts et ses droits. En ce sens, les moyens de coordination et de coopération entre les États concernés, tels que le « transfert de juridiction »,<sup>62</sup> ou la « *perpetuatio fori* »,<sup>63</sup> prévus au sein du Règlement (CE) n° 2201/2003 dit de Bruxelles II-bis, sont épaulés ici au vu de l'ensemble des domaines du droit de la famille.

C'est justement le caractère transnational de la résidence habituelle qui nécessite une coordination juridictionnelle transfrontalière entre plusieurs États ; plus important, une évaluation transfrontalière devrait être menée entre les autorités multidisciplinaires de ces mêmes États.<sup>64</sup>

61 *Ibidem*, cf. SÁNCHEZ-BORDONA (n. 58), § 78.

62 Il s'agit typiquement du mécanisme relatif au transfert de compétence internationale prévu dans le domaine de la responsabilité parentale (cf. art. 8-9 de la CLaH-1996 et art. 15 du Règlement de Bruxelles II-bis), qui peut également affecter la détermination de la loi applicable. Ce mécanisme est particulièrement utile dans les situations où le tribunal de l'État A, bien que premier saisi, puisse juger que la résidence habituelle soit située dans l'État B. Une telle approche collaborative s'avère utile puisqu'elle permettrait de prévenir les conflits de compétence internationale découlant des conflits d'interprétation/détermination de la résidence habituelle. La litispendance permet de geler le déclenchement de ce processus dans l'État du tribunal premier saisi, en évitant les procédures parallèles portant sur le même objet et les mêmes parties (v. ROGERSON/LEHMANN/GARCIMARTIN, *Lis pendens and Related actions*, in : DICKINSON/LEIN (éd.), *The Brussels I Regulation Recast*, 2015, 328, art. 29-34).

63 Le Règlement de Bruxelles II-bis prévoit à son art. 9 que les autorités de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant, et de l'actuelle résidence habituelle du parent bénéficiaire du droit de visite, conservent leur compétence internationale pendant trois mois, uniquement pour les procédures relatives au droit de visite. Dans le cadre de la CLaH-1996, art. 5, al. 2, la *perpetuatio fori* trouve application, à titre exceptionnel, concernant les procédures entre États contractants et non contractants, indépendamment de la durée (trois mois) ou de la matière litigieuse (le droit de visite). Par conséquent, dans les procédures impliquant des États contractants, le changement de résidence habituelle de l'enfant entraînerait « automatiquement » un transfert de compétence en vertu de la Convention. L'élément temporel de la *perpetuatio fori* garantit une meilleure sécurité juridique quant aux situations où l'enfant, l'adulte vulnérable, a abandonné sa dernière résidence habituelle sans en acquérir une nouvelle ; et la compétence internationale des autorités de la dernière résidence habituelle est maintenue. Pour une application concrète de cette règle, se référer à l'arrêt suivant : (A Child) (Finland) (Habitual Residence), 2017, EWCA Civ 80.

64 Il est intéressant de noter que les tribunaux suisses (« Tribunal de Protection ») exerçant leur compétence internationale en matière de protection des enfants et des adultes vulnérables ont été récemment équipés de juges spécialisés dans des domaines extrajuridiques, même si la dimension transnationale de ladite évaluation, typique de l'activité du SSI, peut encore être absente (<<http://ge.ch/justice/tribunal-de-protection#:~:text=Le%20Tribunal%20de%20protection%20se,fonction%20de%20juges%20de%20paix>> visité le 23.9.2021).

c) Vers une notion interétatique

La résidence habituelle transnationale « *intercountry habitual residence* » se contrepose à la notion intranationale de domicile. Les Règlements de l'UE,<sup>65</sup> y compris la Convention de Lugano, servent d'orientation. Selon ces instruments, le domicile des personnes physiques renvoie à la notion interne de domicile de chaque État contractant/membre,<sup>66</sup> par opposition à la notion transnationale de résidence habituelle.<sup>67</sup>

En droit de la famille, la jurisprudence suisse n'est pas uniforme quant à l'interprétation de résidence habituelle et de domicile.<sup>68</sup> Cela étant, le domicile et la résidence habituelle se recourent.<sup>69</sup> Si cette affirmation était considérée généralement comme correcte, il nous appartient d'indiquer que la résidence habituelle, tout comme le domicile ne sauraient être évalués à la lumière de l'article 20 de la LDIP, car cette disposition contient une claire distinction telle que déjà évoqué ci-dessus. À notre avis, il faudrait alors modifier ladite disposition en essayant de s'aligner à la dimension internationale sous examen.<sup>70</sup> De surcroît, les juridictions suisses ont souvent jugé que le domicile et la résidence habituelle ne doivent pas être interprétés au sens du Code civil suisse (notion purement interne de domicile).<sup>71</sup> D'autres instances ont plutôt affirmé le contraire.<sup>72</sup> Un contraste peu bénéfique pour les bénéficiaires, suisses

65 Cf. Bruxelles II-bis, les Règlements régimes matrimoniaux et partenariaux (Règlement [UE] 2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux ; Règlement (UE) 2016/1104 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), et le Règlement n° 650/2012 dit Règlement successions.

66 À titre indicatif, art. 59 CL ; art. 44 Règlement successions ; art. 43 Règlements régimes matrimoniaux et partenariaux.

67 *Ibidem*, cf. SÁNCHEZ-BORDONA (n. 58), § 47.

68 Note 45.

69 DUTOIT (n. 40), art. 20.

70 Pour ce faire, nous proposons la référence suivante : « Au sens de la présente loi, une personne physique : (1)(b) a sa résidence habituelle dans l'État dans lequel elle vit de façon régulière et stable au sein d'une période de temps appréciable, indépendamment de la durée et de son intention. » Et pour le domicile, voici une légère modification proposée : « Au sens de la présente loi, une personne physique : (1)(a) a son domicile dans l'État dans lequel elle réside habituellement, conformément à son intention. »

71 Cf. Cour de Justice de Genève, Arrêt DAS/139/2020 : « Les dispositions du code civil suisse relatives au domicile et à la résidence ne sont pas applicables (art. 20 al. 2 in fine LDIP). »

72 TF, 23 mars 2015, 5A\_30/2015 : « La notion de domicile – qui correspond à celle de l'art. 23 CC » ; TF, 24 septembre 2012, 5A\_270/2012 : « Le domicile est déterminé selon les critères prévus par l'art. 20 al. 1 let. a LDIP, dont la teneur correspond à celle de l'art. 23 al. 1 CC. »

et étranger-e-s, d'une justice internationale tachée d'imprévisibilité. Encore, en droit suisse, le domicile d'« un étudiant, un expatrié, un travailleur saisonnier » serait toujours « vivant »<sup>73</sup> auprès de son État d'origine, contrairement à la résidence habituelle qui se constituerait dans l'État de présence, soi-disant occasionnelle.<sup>74</sup> Cette distinction « statutaire » nous paraît artificielle.

Afin de surmonter les différentes pratiques nationales, l'interprétation de la notion de résidence habituelle transnationale ne devrait pas s'appuyer sur une notion interne, quelle que soit la nature de l'acte, étant lui aussi interne (p. ex. LDIP ou CCS). Les faits, dans un cadre transfrontalier, seront la seule source d'évaluation. Pour atteindre ce but, les autorités nationales devront écarter toute interprétation intranationale, et se prévaloir d'une anamnèse comparative, contextualisée, à la lumière des pratiques régionales et nationales concernées par l'affaire, au regard des objectifs et des termes du traité international en question.<sup>75</sup>

Quid d'un cadre extraeuropéen, hors convention de La Haye ou règlement de l'UE ? Dans ce cas – malgré le fait qu'en l'absence de droit international privé uniforme la proposition qui suit pourrait rester lettre morte – il est recommandé de se référer à la fois à la jurisprudence, de la CJUE et à celle des tribunaux nationaux, prononcée dans des situations familiales analogues, par rapport à celle faisant l'objet de l'examen des autorités.<sup>76</sup> D'après cette approche, si le juge suisse était appelé à évaluer la résidence habituelle d'un enfant sino-marocain, physiquement présent en Suisse au moment de la saisine concernant une action relative au droit de garde, son analyse devrait prendre en considération certains facteurs décisifs tels que la présence physique de l'enfant, son entourage (socio-familial, scolaire), son acclimatation, son développement harmonieux, projetés dans son propre intérêt, afin de déterminer le lieu régulier et stable de sa vie dans une période de temps appréciable.

73 Ce terme fait référence expresse au domicile d'origine en droit commun (cf. SAGE).

74 TF, 6 septembre 2016, 5A\_812/2015.

75 Cf. TF, 23 avril 2012, 5A\_889/2011, § 4.1.

76 L'application de la résidence habituelle en dehors des traités devrait prendre en compte son identité factuelle et sa dimension transnationale dans des situations familiales spécifiques, en recherchant la continuité juridique dans le domaine du droit international de la famille. En pratique, son évaluation devrait être compatible avec l'analyse jurisprudentielle effectuée dans des situations familiales transfrontalières analogues. En particulier dans les affaires intra-UE, la mise en œuvre nationale de la résidence habituelle devrait s'appuyer sur les orientations de la CJUE en matière de droit de la famille. Dans les affaires inter-UE, cette étude recommande de continuer à adopter les orientations de la CJUE, en tant que pratique régionale uniforme, et de se référer à l'analyse de la jurisprudence comparative nationale inhérente au domaine du droit de la famille en question. Cette dernière méthodologie est également conseillée dans les affaires transfrontalières n'impliquant pas l'UE.

D'autres facteurs pourraient être recherchés dans la jurisprudence suisse, chinoise<sup>77</sup> et marocaine,<sup>78</sup> idéalement avec l'aide des juges chinois et marocains,<sup>79</sup> afin que le juge suisse puisse assurer, dans son anamnèse factuelle, le respect des composantes culturelles de l'enfant.<sup>80</sup> Ce mode de fonctionnement de la résidence habituelle a été similairement adopté, notamment par la Cour suprême des États-Unis dans une affaire italo-américaine<sup>81</sup> et par la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles dans une affaire anglo-autrichienne,<sup>82</sup> relatives au domaine de l'enlèvement international d'enfants. Dans ladite affaire italo-américaine, d'une durée de quatre ans et demi, la Cour suprême des États-Unis a dû traiter un différend entre M<sup>me</sup> Monasky (américaine) et M. Taglieri (italien). Le couple s'est rencontré aux États-Unis où, en 2011, le mariage a été célébré. Par la suite, ils ont décidé de s'installer en Italie. Au départ, M. Taglieri s'est installé à Palerme, où il a commencé à travailler. Cinq mois plus tard, lorsque M. Taglieri s'est vu offrir un emploi à Milan, M<sup>me</sup> Monasky l'a rejoint. Moins d'un an après, M. Taglieri a accepté une offre d'emploi à Lugo, à environ trois heures de distance de Milan, où il louait un appartement. En 2014, la première altercation physique a eu lieu. La même année, M<sup>me</sup> Monasky est tombée enceinte – elle a fait valoir qu'elle avait été forcée. En janvier 2015, l'enfant est né au cours de discussions tumultueuses entre le couple. En avril 2015, après avoir quitté le domicile conjugal avec l'enfant, M<sup>me</sup> Monasky a signalé à la police locale qu'elle était victime d'abus, puis elle a abandonné l'Italie avec l'enfant et s'est installée aux États-Unis, dans l'Ohio, avec la famille maternelle – l'enfant avait environ 8 semaines. En mai 2015,

77 De nombreux jugements rendus par les tribunaux chinois ont indiqué la résidence habituelle comme facteur de rattachement principal, conformément aux règles de conflit de lois chinoises (<<https://www.chinacourt.org/article/detail/2012/12/id/803895.shtml>> visité le 23.9.2021). C'est le cas dans les questions envisageant le divorce (Tribunal populaire intermédiaire de Pékin, 2015, n° 8343), la garde (2016甯01民再131号), la pension alimentaire (Cour d'appel de la ville de Zhongshan, province du Guangdong, 2011, n° 776). Dans ces décisions, la résidence habituelle a été interprétée en s'appuyant à la fois sur le facteur temporel (une année consécutive) et celui factuel dont la localisation du centre des intérêts d'une personne (intégration dans un lieu de vie, intention et intérêts patrimoniaux).

78 Le Royaume du Maroc s'est engagé à adopter la notion transnationale de résidence habituelle dans le domaine de la protection internationale de l'enfant par le biais de sa ratification apportée à la CLaH-1996.

79 Voici des exemples de coordination judiciaire transfrontalière: « *UK-Pakistan Judicial Protocol on Children Matters* », 2003, <<https://www.reunite.org/wp-content/uploads/2020/07/Pakistan-Guide-2020.pdf>> visité le 23.9.2021; et « *Judicial Protocol Regulating Direct Judicial Communications Between Scotland, and England & Wales in Children's Cases* », 2018, <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/07/judicial-protocol-cross-border-uk-cases-july2018-1.pdf>> visité le 23.9.2021.

80 En ce qui concerne l'élément culturel comme facteur d'évaluation, v. *L v. M* (Rev 1) [2019] EWHC 219 (Fam), § 63.

81 *Monasky v. Taglieri*, US Supreme Court, 18-935, 2019.

82 *K and T*, [2021] EWHC 1525 (Fam).

après avoir obtenu le droit de garde par les tribunaux italiens, M. Taglieri a déposé une demande de retour devant les tribunaux américains («*District Court for the Northern District of Ohio*») en vertu de la CLaH-1980, laquelle a été acceptée, et le retour a été ordonné. La Cour d'appel a confirmé la décision. La Cour suprême s'est référée à des facteurs spécifiques pour la détermination de la résidence habituelle de l'enfant, en excluant d'autres. La Cour a fait un choix, en termes de cas « familial » et « temporel », en se référant à des précédents de tribunaux étrangers d'outre-mer. En confirmant la décision de l'instance inférieure, la Cour suprême a adopté un ensemble important de principes et d'éléments, dont entre autres le fait qu'un accord parental ne saurait pas être déterminant pour l'évaluation de la résidence habituelle de l'enfant. L'affaire anglo-autrichienne, mentionnée ci-dessus, concernait deux enfants, R. et H., les deux nés en Angleterre et de nationalité britannique. L'aîné avait déjà vécu sept ans en Angleterre et le plus jeune enfant venait de naître lorsque la famille s'est déplacée en Autriche pour des raisons liées à l'activité professionnelle du père. À la suite de violences domestiques commises par le père, surtout à l'encontre de la mère, les deux d'origine turque, cette dernière a quitté le domicile conjugal avec les enfants pour se réinstaller en Angleterre. Une demande visant le retour des enfants en Autriche au sens de la CLaH-1980 a été déposée par le père. En évaluant la résidence habituelle des enfants aux fins de leur retour en Autriche, la Cour a considéré que celle-ci se situait en Angleterre au moment pertinent, soit avant le prétendu déplacement illicite vers l'Angleterre. La Cour a fondé sa décision en particulier sur l'évaluation sociale des services sociaux autrichiens et anglais, visant le bien-être des deux enfants, s'appuyant principalement sur la volonté de l'enfant aîné de vivre en Angleterre – le pays qu'il considérait comme « *home* » par opposition au cadre familial précaire relatif à leur séjour en Autriche (cf. § 73-74, 78-79).

Au demeurant, certains États ont fait preuve de modernité en adoptant une approche transnationale, uniforme, applicable à la fois au sein et en dehors des traités pertinents. La Suisse a prévu l'extension de l'application de la CLaH-1996 et de la CLaH-2000 aux contextes transfrontaliers concernant le territoire helvétique (État contractant) et celui des États non contractants comme par exemple la Chine et les États-Unis. Il s'agit précisément de l'article 85 al. 1 et 2 de la LDIP en vertu duquel la notion transnationale de résidence habituelle s'appliquerait également en dehors du champ d'application géographique desdits traités. L'Angleterre, quant à elle, a aussi conçu une notion transnationale de résidence habituelle en l'adaptant au domaine de la protection internationale de l'adulte, malgré que la CLaH-2000 ne soit seulement applicable à l'Écosse.<sup>83</sup> L'absence de ratification n'a pas empêché les instances judiciaires anglaises de se référer à la jurisprudence écossaise dans le cadre

---

83 Cf. note 30.

de la Convention. Enfin, la Fédération de Russie est également en train d'envisager des modifications relatives à la notion interne de résidence habituelle en lui attribuant un caractère transnational.<sup>84</sup> Le Ministère russe des finances a récemment soumis à la Douma une proposition législative visant à modifier le critère de résidence fiscale, dans le sens d'une diminution de la durée de « séjour » requise, qui passerait de 183 à 90 jours ; alternativement, il a été proposé de fournir une référence contextualisée selon laquelle la résidence habituelle serait le centre des intérêts vitaux d'une personne, indépendamment de la durée. Selon cette proposition, l'interprétation des intérêts vitaux devrait reposer sur des facteurs déterminants tels que la résidence familiale principale, l'activité professionnelle principale et le lieu de situation des principaux biens. L'enseignement à tirer de cette proposition est qu'il existe un souhait commun dans la législation russe d'introduire un concept quelque peu harmonisé de résidence habituelle applicable à des fins fiscales et civiles. Cette proposition fait suite à l'accusation de fraude fiscale portée contre Shakira par les autorités espagnoles, qui ont fait valoir que, même si la chanteuse internationale avait sa résidence fiscale aux Bahamas, elle vivait *de facto* en Espagne.

### III. La résidence habituelle prospective et la simple présence physique : critères de remplacement

#### 1. *La prospective d'une acclimatation potentielle*

L'absence de résidence habituelle est désormais une réalité.<sup>85</sup> La pratique anglaise, pour la première fois, nous en a fourni l'évidence dans le domaine de la protection internationale de l'enfant.<sup>86</sup> Dans les pratiques suisse et américaine, on ren-

---

84 La jurisprudence russe a été très utile, en ce sens, v. Industrial District Court (Stavropol Territory) [2014] 2-7124 ; Magaramkent District Court (Republic of Dagestan) [2015] 2-683 ; District Court of Novosibirsk [2017] 2-4444 ; Kanavinskiy District Court (Nizhniy Novgorod) [2017] 2-4633 ; Moscow Regional Court (Moscow Region) [2017] 9-77 ; Kursk Regional Court (Kursk Oblast) [2017] 33-830 ; Buturlinsky District Court (Nizhny Novgorod Region) [2018] 2-93 ; Leninsky District Court (Krasnodar Territory) [2018] 2-11195.

85 *Ibidem*, cf. SÁNCHEZ-BORDONA (n. 58), § 95.

86 NH v. AH, 30 July 2015, High Court of Justice Family Division. Ici, il s'agissait d'un enfant de 15 ans qui vivait en Suisse, pendant des séjours alternés au Zimbabwe, en Allemagne et en Australie. À la suite d'un différend avec sa mère, l'enfant a déménagé en Angleterre. Les tribunaux britanniques ont tout d'abord retenu leur compétence sur la base de l'art. 11 de la CLaH-1996, puis ont conclu à l'absence de résidence habituelle de l'enfant en vertu de l'art. 6, al. 2.

contre également ce scénario alors que les juges se montrent réticents,<sup>87</sup> ce pourquoi les chercheur-e-s sont obligé-e-s d'enquêter davantage.<sup>88</sup>

Dans un arrêt récent, la Cour de Justice de Genève a conclu qu'un individu, ayant alterné des séjours en Belgique, France, Suisse, décédé en Allemagne, n'avait ni de domicile ni de résidence habituelle au moment de son décès.<sup>89</sup> L'analyse avait pris en compte la notion de résidence habituelle selon la LDIP et le Règlement successions.<sup>90</sup> Toutefois, au regard dudit Règlement, nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel. En effet, la Cour a soutenu que les notions de domicile et de résidence habituelle au sens de la LDIP, et la notion de résidence habituelle d'après le Règlement, sont « similaires dès lors qu'elles se réfèrent, dans un cas comme dans l'autre, à la volonté, au centre d'intérêts, ainsi qu'à la présence physique de l'intéressé, étant précisé qu'il doit être tenu compte de l'ensemble des circonstances de vie de ce dernier ». Nous avons déjà traité longuement ce point, ainsi que les raisons de notre désaccord, dans la section précédente.<sup>91</sup>

87 TF, 23 mai 2018, 5A\_121/2018 (v. BUMBACA, Commentaire : Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil Arrêt du 23 mai 2018 en la cause de C. contre A., B. – 5A\_121/2018, FamPra.ch 2019, 282). Au sujet du droit américain, *ibidem*, cf. Monasky v. Taglieri.

88 Ces cas peuvent être recherchés, notamment, auprès de l'Autorité centrale suisse (OFJ) et de l'Institut suisse de droit comparé.

89 Cf. Cour de Justice de Genève, Arrêt DAS/139/2020 : « Il a notamment retenu que le de cuius avait un mode de vie nomade, qu'il n'était jamais resté durablement dans aucun lieu et n'avait pas fixé le centre de ses intérêts à un endroit donné. Il ne possédait ainsi aucun domicile au sens de la LDIP, ni de résidence habituelle en Suisse ou à l'étranger. [...] Force est ainsi d'admettre que le domicile, respectivement la résidence habituelle du de cuius, ne peuvent être déterminés. ».

90 *Ibidem* (note 45).

91 À notre avis, la question n'est pas principalement celle évoquée par la Cour de Justice, c'est-à-dire d'énumérer tout simplement les quelques éléments évoqués par les considérants du Règlement, mais plus précisément d'interpréter la hiérarchie invoquée au milieu de ces mêmes considérants, qui ne coïncide pas spécialement avec ceux de la pratique suisse (cf. notes 45-72). L'arrêt ne précise pas si les « intérêts familiaux » du défunt étaient situés en Suisse. Le défunt, selon la décision suisse, avait désigné une autre personne comme légataire universel, plutôt que ses frères et sa sœur. À notre sens, selon les orientations du Règlement (considérant 24), la résidence habituelle du défunt aurait pu encore être déterminée en fonction de sa nationalité en tant que « facteur spécial ». La nationalité et la localisation des biens sont d'égale importance selon le Règlement. Dans l'affaire pendante devant les juridictions genevoises, le *de cuius* possédait la nationalité française et ses seuls biens étaient localisés en France. Or, l'approche de l'UE vis-à-vis de la nationalité et du lieu de situation des biens n'est pas au demeurant non plus très satisfaisant ; la nationalité étant également un critère résiduel et le lieu de situation des biens ne se montrant pas toujours prévisible au sens du Règlement (cf. BONOMI/WAUTELET [n. 56], art. 10). Cela ne nous empêche pas de conclure, néanmoins, que la Cour n'a pas interprété en profondeur les objectifs dudit Règlement en relation à l'interprétation européenne uniforme de la résidence habituelle. Enfin, il ressort de la décision que le but principal de l'installation du défunt en Suisse était son hospitalisation, un facteur non décisif, après quoi il a déménagé en Allemagne.

Pour faire face à la situation de l'absence de résidence habituelle – outre l'autonomie de la volonté du *de cuius* comme il a été prévu à l'intérieur de la réforme du chapitre 6 de la LDIP (articles 86-88) –<sup>92</sup> nous proposons l'adoption d'une notion contemporaine qui pourrait vraisemblablement s'approcher au critère des liens les plus étroits, soit la « *closest connection* ». Il s'agirait concrètement de donner une interprétation uniforme de « liens les plus étroits » dont le champ d'application nous paraît actuellement peu délimité.<sup>93</sup>

Partant, si un enfant ou un adulte, assujetti à une vie nomade, n'a pas pu atteindre une présence physique régulière et stable lors d'une période de temps appréciable, certains éléments seraient néanmoins indicatifs d'une acclimatation potentielle.<sup>94</sup> Cette solution permettrait de garder en toute cohérence le fil rouge relatif à la proximité qualifiée sur lequel la prédilection de la résidence habituelle, très justement, se fonde.

Tout ce que nous venons d'indiquer nécessite une précision. La règle de l'acclimatation prospective, lorsque nous la situons au sein des règles actuelles, se réfère seulement à la compétence internationale. Notre étude a élargi l'application de ce

---

92 Le Règlement prévoit le seul choix possible de la loi applicable en faveur de la nationalité du *de cuius*. À notre avis, des lois supplémentaires fondées sur une proximité qualifiée à un moment donné peuvent favoriser une prévisibilité et une sécurité juridique plus efficaces. À cet égard, la dernière ou l'avant-dernière résidence habituelle du défunt devraient être des alternatives valables dans des situations où la loi de la nationalité peut être peu satisfaisante et la dernière résidence habituelle ne peut pas être déterminée. Les mêmes critères, y compris la nationalité, s'appliquent à la possibilité de concevoir, dans le Règlement, une *professio fori* qui n'est actuellement pas prévue pour le *de cuius* (*ibidem*, BONOMI/WAUTELET [n. 56], 202).

93 Par exemple, le critère relatif aux liens les plus étroits s'applique en tant que facteur de rattachement subsidiaire dans les règlements de l'UE applicables aux questions de succession et de régimes matrimoniaux; mais il semble moins pertinent dans les conventions de La Haye sur le droit de la famille. Cette recherche a examiné la notion de « lien significatif » (« *significant connection* »), dont l'interprétation en droit américain se focalise sur des facteurs caractéristiques (cf. UAGPPJA). Nous avons traité également de la notion de « lien particulier » (« *particular connection* ») dans le cadre de Bruxelles II-bis et de « lien étroit » (« *substantial connection* ») dans les domaines de la protection des enfants et des adultes.

94 LEGOMSKY, Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: the Meaning of Effective Protection, *International Journal of Refugee Law* 2003, 567, 675: « *The applicant should not be returned to a third country with which he or she lacks meaningful links, even if that third country is otherwise willing and able to provide effective protection. Mere transit or other momentary physical presence in the third country should not be deemed sufficient. Examples of meaningful links include family connections, cultural ties, knowledge of the language, the possession of a residence permit, the applicant's previous period of residence in the other State, and any other connections that would expedite or enhance the prospects of integration.* » Ces éléments peuvent être des indicateurs valables, applicables de manière cumulative ou non.

critère au droit applicable selon certaines modalités.<sup>95</sup> La raison de prévoir l'application d'un seul critère, à la fois pour la compétence internationale et le droit applicable, consiste dans la volonté de l'auteur de cette contribution de prioriser la concentration du for et du *jus* dans le même lieu.<sup>96</sup>

## 2. *La présence physique sous l'égide de la proximité simple*

### a) La CLaH-1996 et la CLaH-2000

La CLaH-1996 et la CLaH-2000 méritent sans autre d'être citées par rapport à cette approche. En l'absence de résidence habituelle, c'est la présence physique de l'enfant, ou de l'adulte, qui demeure applicable (cf. article 6 desdites conventions). D'après notre recherche, cette solution reste efficace dans des situations complexes telles que la migration vulnérable. Quelle serait la nationalité effective d'un adulte d'origine kurde affecté d'incapacité ? Est-ce que les autorités du lieu de la nationalité ou du domicile d'un mineur non accompagné d'origine malienne, ayant son dernier domicile en Libye, seraient les plus appropriées pour se pencher sur sa tutelle ou son placement en famille d'accueil lorsque cet enfant même aurait fui les deux pays pour un meilleur avenir ? Si l'un ou l'autre protagoniste est physiquement en Suisse au moment de la saisine, les autorités suisses seraient compétentes en l'absence d'une résidence habituelle établie dans un autre État contractant. Le Règlement de Bruxelles II-bis a adopté cette même approche en matière de responsabilité parentale (cf. article 13).

Quant au domaine de l'enlèvement international d'enfants, la simple présence physique n'est plus utile après le déplacement ou la rétention illicite au sens de la CLaH-1980. Il serait fort aléatoire si l'on envisageait la cristallisation de la compétence internationale vis-à-vis de la garde de l'enfant en vertu de sa présence physique après l'acte illicite. En revanche, la simple présence physique de l'enfant, ou de son parent gardien dans le cas du nouveau-né (avant le déplacement ou la rétention illi-

---

95 La règle de l'acclimatation prospective devrait être utile pour déterminer le « lien étroit » au sens de l'art. 15(2) de la CLaH-1996. Elle peut être introduite en vertu de l'art. 16 pour les questions de responsabilité parentale. Certains auteurs ont indiqué le recours possible à une résidence habituelle prospective, une résidence qui n'est pas encore de degré habituel, bien que ce degré puisse être atteint de manière tangible (BUCHER, La résidence habituelle – pivot de la procédure internationale relative aux droits de l'enfant, in : FOUNTOULAKIS/JUNGO (éd.), La procédure en droit de la famille, 2020, 45, 59). Cela a été confirmé dans les conclusions de l'avocat général (§ 83) du 16 mai 2017 sur l'affaire OL c. PQ, C-111/17 PPU.

96 Dans le domaine du divorce, ce résultat serait possible, parmi 17 États membres de l'UE, en raison de l'application de la loi du for (Règlement n° 1259/2010 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, art. 8 lit. d).

cite) trouve application tel que dans le domaine de la responsabilité parentale évoqué ci-dessus – conformément à la CLaH-1996, la CLaH-1980 n'étant pas applicable en l'absence de résidence habituelle.<sup>97</sup> De notre point de vue, il sera toujours plus efficace de prévoir la détermination de la compétence internationale et du droit applicable en vertu d'une proximité immédiate, à la place de se baser sur la recherche artificielle, forcée à tout prix, d'une résidence quelconque, prétendument habituelle.<sup>98</sup>

#### b) Autres domaines du droit de la famille

En ce qui concerne les domaines de l'obligation alimentaire, des régimes matrimoniaux et des successions, c'est le *forum necessitatis* qui trouve application au sens des règlements UE précédemment évoqués.<sup>99</sup> Cette règle de compétence subsidiaire et exceptionnelle, de nécessité, s'applique en l'absence de résidence habituelle, mais aussi de tout autre chef de compétence prévu au sein de chaque instrument de référence.<sup>100</sup> Il n'y a pas d'interprétation uniforme quant au lieu qui devrait déterminer ce forum de nécessité. *In concreto*, il faudra déterminer que (i) la demande de liquidation du régime matrimonial, de pension alimentaire ou d'ouverture de la succession ne peut pas être intentée devant les instances d'un État tiers et, cumulativement, que (ii) l'action soit suffisamment liée à un État membre.<sup>101</sup> Outre la difficulté liée au respect de ces deux conditions, le degré d'imprévisibilité est très significatif, notamment en relation à l'interprétation de la notion de « lien suffisant » avec un État membre. Sur ce point, certaines pratiques nationales ont soutenu qu'un ordre fixant la résidence de l'enfant, dans le domaine des aliments, ou le lieu de situation du fonds de pension, en matière de régimes matrimoniaux, seraient des indicateurs fiables.<sup>102</sup>

97 S (A Child – Hague Convention 1980 – Return To Third State) [2019] EWCA Civ 352, 57, 65: « *It was an order which required the mother to move to a state with which she and A clearly had connections but in which they had not been living and to which there was no existing agreement or arrangement that they would move [...] there is no other order which it would now be appropriate to make under the 1980 Convention.* »

98 B (A Child) (Abduction: Habitual Residence) [2020] EWCA Civ 1187, § 68 « [...] *it would be wholly contrary to the interests of the child for her to be returned to Australia, where there are no family members, where there is no family home and where the father had no employment.* » Du même avis est BUCHER (n. 95).

99 Règlement régimes matrimoniaux, 1103, § 41, art. 11; Règlement successions, § 31, art. 11; Règlement n° 4/2009 sur les aliments, § 16, art. 7. Le Règlement UE sur les aliments indique la nationalité comme synonyme de lien suffisant.

100 BIAGIONI, No Other Court of a Member State has Jurisdiction, in: VIARENGO/Franzina, The EU regulations on the property regimes of international couples, 2020, 117, 121; cf. BONOMI/WAUTELET (n. 56), 244.

101 BUONAIUTI, Forum Necessitatis, in: CALVO CARAVACA ET AL., The EU Succession Regulation – A commentary, 2016, 199, 204-206.

102 Baldwin v. Baldwin, 2014, EWHC 4857, § 59; HODSON, The Eureka Moment of English Creativity from EU Law: English pension sharing after a foreign financial settlement, Family Law Week 2017.

Parmi ces scénarios, la migration vulnérable ne paraît pas être envisagée. Monsieur, d'origine afghane, vient d'obtenir le statut de réfugié en Italie. Il rencontre Madame, d'origine iranienne, requérante d'asile en Grèce. Ils célèbrent leur mariage à l'ambassade afghane en Bulgarie. Le couple se déplace en Finlande, où une nouvelle demande d'asile est déposée. Madame quitte Monsieur pour la France, où elle demandera l'asile. Monsieur est détenteur d'un compte bancaire en Italie ; Madame détient plusieurs biens en Iran et en Somalie. En l'absence d'une résidence habituelle commune ou séparée,<sup>103</sup> ni Monsieur ni Madame pourront demander la liquidation de leur régime matrimonial. Le *forum necessitatis* sera leur seule option, mise à part la possibilité de saisir les juridictions du lieu de situation des biens ;<sup>104</sup> mais une coordination avec les autorités afghane-irano-somaliennes s'avèrerait très ardue. En l'absence d'un lien suffisant avec l'Italie, la Grèce, la Finlande ou la France, leur droit d'accès à la justice serait compromis. En matière successorale, comme pour les régimes matrimoniaux, les autorités de chaque État membre demeurent compétentes pour les biens situés dans leur territoire –<sup>105</sup> on trouve cette même règle dans la LDIP suisse.<sup>106</sup> En l'espèce, les autorités italiennes exerceront leur compétence sur le compte bancaire de Monsieur, sans s'occuper des biens à l'intérieur des États tiers. Le même résultat, peu satisfaisant du point de vue du droit international privé et des droits fondamentaux (cf. droit à la propriété, accès à la justice),<sup>107</sup> se reproduirait également dans le cadre d'un couple en vie nomade, hors migration vulnérable.<sup>108</sup>

Cela dit, pour les situations que nous venons d'évoquer, la présence physique en tant que règle uniforme pour la détermination d'une « proximité simple » est soutenue ici seulement lorsque la résidence habituelle n'est pas établie – la nationalité n'étant pas considérée comme une solution puisque ce n'est pas toujours synonyme de proximité qualifiée.<sup>109</sup>

---

103 Art. 6 du Règlement n° 1103/2016.

104 *Ibidem*, art. 10. Cette solution prévoit la compétence internationale des autorités du lieu de situation seulement pour les biens situés dans leur territoire, en précisant qu'elle est applicable aux seuls États membres.

105 Art. 10, al. 2, du Règlement successions.

106 Art. 88.

107 J. J. FAWCETT ET AL., *Human Rights and Private International Law*, Oxford 2017, 827.

108 *Dituro v. Dituro*, Supreme Court of Seychelles, DC 136/2014 [2016].

109 L'application de la simple présence physique éviterait toute interprétation artificielle de la résidence habituelle pour le simple goût de la rechercher ; et elle faciliterait l'accès à la justice dans le lieu de proximité immédiate en tant que règle de compétence générale, par opposition à une règle subsidiaire telle que le *forum necessitatis*. Cette solution est plus efficace car elle évite de passer par chaque chef de compétence générale avant de déterminer la *nécessité* du forum.

Ce critère permettrait également une meilleure coordination avec les règles de Dublin III sur l'asile,<sup>110</sup> en vertu duquel le domicile et la nationalité sont exclus. Le dit Règlement prévoit que l'État membre de la dernière présence physique d'un mineur non accompagné, au moment du dépôt de la demande d'asile, est internationalement responsable conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant;<sup>111</sup> et que l'État membre de la présence physique relative à la première entrée (illégal) d'un adulte (sauf en cas d'exceptions indiquées dans le Règlement)<sup>112</sup> soit internationalement responsable. Une coordination transnationale administrative et judiciaire basée sur la simple présence physique, à un moment pertinent, serait plus appropriée dans un contexte fragile comme la migration vulnérable.

En ce qui concerne le droit applicable, nous nous référons au point précédent en ce que la simple présence physique détermine également le *jus* sous le principe du parallélisme.

#### IV. *Way forward* vers une approche familiale uniforme

##### 1. *Uniformité contextualisée et uniformité intradisciplinaire*

###### a) Une approche fonctionnelle

Le « *two-fold test approach* » requiert l'application de certains facteurs dans un cadre spécifique du droit de la famille. Il s'agit d'une approche qui a été définie comme fonctionnelle.<sup>113</sup> En ce sens, notre étude s'appuie sur une analyse casuistique et comparative, par contexte, grâce à laquelle nous proposons un nombre significatif d'éléments, à la fois décisifs et non décisifs, ciblant les autorités – pour le tracement – et les individus – pour la prévision – de la résidence habituelle.<sup>114</sup> En outre, nous avons

110 Règlement n° 604/2013 du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte).

111 CJEU, MA et autres c. Secretary of State for the Home Department, 6 juin 2013, C-648/11, ECLI:EU:C:2013:367, § 66 (v. CORNELOUP, *Children on the Move: A Private International Law Perspective*, Parlement européen, 2017, 15).

112 Art. 9-11, 21-24, notamment (v. BUMBACA, *Défis actuels pour le droit international privé: focus sur la protection des migrants*, Blogue / Société québécoise de droit international, 8, 2020).

113 LEVANTE, *Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz*, St. Gallen 1998.

114 Ces éléments sont indiqués aux pages 184, 294, 331, 379 de l'étude (cf. note 1). Nous les reportons ici à titre indicatif. *Concernant les régimes matrimoniaux*, on se référera aux éléments décisifs tels que : la présence physique commune ; le lieu de vie familiale et l'habitation principale étayées par des preuves administratives (non limitées aux permis de séjour) ; l'installation et la réinstallation régulières ; le but de l'installation ; le lieu de naissance et le lieu de vie de l'enfant ; le lieu où la fortune principale est établie. Les éléments complémentaires, non décisifs, sont : la nationalité commune ; l'intention ; le lieu de vie professionnelle. Le lieu de célébration ou d'enregistrement peut

pu exclure de façon catégorique des éléments que les tribunaux nationaux, en principe, n'ont pas retenus.<sup>115</sup>

#### b) L'intradisciplinarité de la résidence habituelle

L'utilité d'une approche fonctionnelle, néanmoins, ne doit pas empêcher une vision pragmatique vis-à-vis de l'application transversale de la résidence habituelle en droit international de la famille. On se réfère à l'intradisciplinarité de la résidence habituelle lorsque son objectif doit être évalué parmi plusieurs contextes familiaux qui se présentent comme interdépendants. On peut penser à un couple belgo-portugais, marié au Portugal. Monsieur est employé au Pays-Bas, Madame est employée en Bel-

---

être exceptionnellement déterminant. L'intention et les preuves administratives, à elles seules, ne suffisent pas à établir la résidence habituelle. Le statut d'immigration n'est pas pertinent. *S'agissant de questions liées au divorce, à la responsabilité parentale, à l'enlèvement, et à l'obligation alimentaire*, les éléments décisifs sont : la présence physique ; l'habitation matrimoniale/familiale principalement occupée ; l'environnement familial et social ; le degré de proximité du mariage ; le but de l'installation. En outre, pour les enfants : le niveau de protection ; l'environnement scolaire ; les compétences linguistiques ; l'âge. Les éléments complémentaires, non décisifs, sont : l'intention ; la durée ; la nationalité ; la vie professionnelle ; la résidence fiscale ou des preuves administratives analogues. La vie péripatéticienne ne permet pas l'acquisition d'une résidence habituelle. L'obligation de visa, le séjour occasionnel, le statut d'asile, ne sont pas indicatifs. *En matière de protection de l'adulte*, les éléments décisifs sont : la présence physique ; les liens avec la communauté locale ; la prise en charge effective du bien-être de l'adulte ; les opinions de l'adulte et l'objectif de son séjour avant son incapacité ; l'état d'esprit de l'adulte ; la résidence habituelle du tuteur ; le lieu de situation des biens de l'adulte et en particulier de son habitation principale occupée. L'environnement familial est considéré comme un élément complémentaire non décisif, sauf si l'adulte vit dans le même État et entretient des contacts réguliers avec sa famille. D'autres éléments complémentaires, non décisifs, sont la durée du séjour et la nationalité. Les preuves administratives, les décisions de justice concernant le placement de l'adulte, le statut de demandeur d'asile, les accords de réinstallation ne sont pas considérés comme pertinents pour la détermination de la résidence habituelle. Les courtes périodes de visite, qui ne sont pas soutenues par un objectif déterminé, ne sont pas indicatives pour l'établissement de la résidence habituelle. L'intention de l'adulte, lorsqu'il est frappé d'incapacité, ne sera pas retenue pour l'évaluation. Les modes de vie péripatéticiens ne déterminent pas la résidence habituelle. *En relation aux successions*, les éléments décisifs sont : la présence physique ; les intérêts personnels et familiaux actuels ; la régularité de l'installation et/ou de la réinstallation ; l'habitation principale occupée ; les liens sociaux avec la communauté locale ; le but de l'installation ; les principaux investissements destinés à atteindre le but de l'installation (ex. l'achat d'un logement principalement occupé). Les éléments complémentaires, non décisifs, sont : l'intention à caractère durable ; le lieu du domicile (notion de droit commun ou de droit civil) ; la résidence fiscale ; la nationalité ; le lieu de situation des principaux biens ; la durée du séjour ; la langue ; les origines culturelles et familiales (sauf si le degré de proximité factuelle est prouvé) ; les relations familiales antérieures qui ont pris fin par un divorce ou une séparation légale (sauf en ce qui concerne les enfants, en particulier s'ils se trouvent dans une situation de précarité, et le tuteur, avec lesquels le défunt maintient des contacts réguliers au moment du décès). Le statut « professionnel ou d'étudiant », l'intention et la durée ne sont pas, à eux seuls, considérés comme pertinents pour la détermination de la résidence habituelle.

115 *Ibidem.*

gique. Ils ont un enfant qui vit au Portugal, à Algarve, avec les grands-parents paternels, dans une habitation détenue par le couple. S'il est vrai que Madame peut solliciter la compétence internationale du juge belge pour une éventuelle demande en divorce, en vertu de sa propre résidence habituelle, au sens de l'article 3 du Règlement de Bruxelles II-bis ; Monsieur peut aussi intenter cette action au Pays-Bas en vertu de la même disposition. En revanche, cela n'est pas possible pour une éventuelle demande relative à la liquidation du régime matrimonial, puisque la résidence habituelle commune est requise pour l'exercice de la compétence internationale au sens de l'article 6 du Règlement 1103/2016 – en l'absence d'accord entre époux (cf. article 5 al. 2). De plus, si l'un des époux souhaiterait invoquer la garde de leur enfant, cette action devra être intentée auprès du juge de la résidence habituelle de l'enfant, en l'espèce étant vraisemblablement située au Portugal (cf. article 8 Bruxelles II-bis). Le même principe, que celui évoqué pour la garde, s'appliquerait à l'obligation alimentaire, si on imagine que l'un des parents, notamment celui qui s'occupe principalement de l'enfant « *primary carer* » demande une pension alimentaire au nom de l'enfant – la résidence habituelle de ce dernier en tant que créancier étant déterminante (cf. article 3 du Règlement aliments).

Il sied, pour des raisons de prévisibilité et de sécurité juridique, tout comme pour des exigences procédurales et émotionnelles,<sup>116</sup> de cibler une résidence familiale afin de centraliser, au besoin, toutes les procédures inhérentes à la même affaire. Dans notre cas hypothétique, on pourrait songer à identifier le Portugal comme lieu de résidence familiale, si l'on pouvait réellement croire que les deux parents de l'enfant se déplacent régulièrement en Algarve pour se réunir avec leur enfant dans un projet de vie commune encadré au Portugal. Si tel est le cas, la présence physique commune et familiale pendant une période de temps appréciable, l'enracinement de l'enfant, son entourage socio-familial (grands-parents, école), la présence d'une habitation principalement occupée à but familial, un projet de vie familial concret, seraient sans doute des éléments susceptibles d'indiquer le Portugal comme lieu de vie régulier et stable, compatible avec les intérêts familiaux du couple et de l'enfant. La simple intention, le statut d'expatrié ou de formation, le lieu de travail étant exclus par cette anamnèse. Le lieu de célébration du mariage pouvant être considéré comme élément complémentaire.

C'est cette approche que nous envisageons comme intradisciplinaire en ce que la proximité factuelle visée par la résidence habituelle soit conforme à une perspective familiale commune.

---

116 À titre indicatif, il a été souligné que les coûts financiers et émotionnels liés à l'incertitude juridique dans les procédures transfrontalières impliquant des adultes vulnérables s'élèvent à 11 millions d'euros par an (v. SALM, Protection des adultes vulnérables, Parlement européen, EU, 2016, PE 581.388, 2016).

## 2. Une mise en œuvre harmonisée : quel moyen législatif?

### a) Manuel pratique « *handbook* » et l'observation générale des Comités de l'ONU

Dans l'immédiat, il faut convaincre les législateurs nationaux que l'absence de définition n'est pas la raison d'être de la mauvaise application de la résidence habituelle.<sup>117</sup> Nous parions sur l'uniformité factuelle et hiérarchique achevée par le « *two-fold test approach* ». Cela étant, la Conférence de La Haye de droit international privé, plus précisément son Bureau permanent, est le « forum » pour toute discussion en ce sens. Nous proposons la conception d'un manuel « *handbook* » composé de cas pratiques qui seront exposés et résolus à l'aide de notre anamnèse factuelle.

Cela n'empêche pas, néanmoins, la réticence de certains États, notamment les Pays arabes, les États-Unis et la Chine. Ces États n'ont ratifié aucune ou seulement une partie des conventions de La Haye analysées dans cette contribution.<sup>118</sup> Contrairement à certains Pays arabes, les États-Unis et la Chine ont largement adopté la notion de résidence habituelle qui demeure applicable à la matière familiale.<sup>119</sup> Cela vaudrait sûrement la peine d'inclure leur pratique dans toute activité déclenchante sur un guide pratique, qui serait adressé aux autorités et aux individus des quatre coins du monde.<sup>120</sup>

Pour augmenter les chances de succès, ce processus d'harmonisation devrait inclure le soutien d'autres institutions et organismes compétents en la matière, notamment la Commission européenne (DJ Justice), le Conseil de l'Europe (CDCJ), le Comité des droits de l'enfant (CDE) et le Comité des droits des personnes handicapées

117 RS 291 <[www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-02-14/vorentw-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-02-14/vorentw-f.pdf)>, 11 : « De plus, les intervenants ont souligné que le lieu de résidence habituel peut être éphémère et, dans certains cas, difficile à déterminer, sans compter que la notion est relativement floue et que chaque État l'interprète différemment. » Her Majesty's Stationery Office, « The Law Commission, working paper No 88, and the Scottish Law Commission, consultative memorandum No 063, Private International law, the Law of Domicile », London, 1985, p. 2(4).

118 Les États-Unis ont par exemple ratifié la CLaH-2007 et la CLaH-1980, mais non le Protocole de 2007 ou les autres conventions sur la protection internationale de l'enfant et de l'adulte. La Chine n'a ratifié aucune de ces conventions, par opposition à Hongkong et Macao en tant que régions administratives spéciales (cf. CLaH-1980). Le Maroc et la Tunisie sont les seuls pays arabes qui ont ratifié une ou plusieurs de ces conventions (cf. CLaH-1980, CLaH-1996).

119 Pour la Chine, v. note 77. Les juridictions des États-Unis se sont souvent livrées à l'interprétation de cette notion, v. US Court of Appeals, Charles Wesley Blackledge, appellant v. Olga Grigorievna Blackledge (3 August 2017) 16-3667 ; Didon v. Castillo (22 June 2016) n°s 15-3350/15-3579.

120 Le manuel servira aussi à mentionner les critères de remplacement, en l'absence de résidence habituelle, que nous avons déjà amplement traités. À cet égard, les règlements de l'UE prévoient la possibilité d'être modifiés. Un exemple est le Règlement de Bruxelles II-bis dont une refonte a été approuvée, laquelle entrera en vigueur en 2022. C'est, entre autres, pour cette raison que l'apport de l'UE est nécessaire aux travaux du Bureau permanent de La Haye, notamment afin de permettre une mise à jour, coordonnée, pratique et uniforme.

(CDPH). Cette activité demande une coordination interinstitutionnelle sans écartier les travaux pertinents déjà accomplis, tels que la résolution n° 72, les règlements de l'UE, l'interaction entre la notion de résidence habituelle et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.<sup>121</sup> Ladite initiative pourrait davantage faciliter le consensus interétatique sur des projets en cours, interinstitutionnellement communs, comme l'adoption d'un règlement de l'UE en matière de protection internationale de l'adulte.<sup>122</sup>

L'inclusion des deux Comités de l'ONU est fondamentale. Tout d'abord, leur contribution permettrait de gagner un consensus plus large. Les 196 États appliquant la Convention de 1989 et les 182 États ayant adhéré à la Convention de 2006 relative aux droits des personnes handicapées seront encouragés à suivre, voire adopter, une approche centrée sur les intérêts personnels du bénéficiaire aux fins de la détermination de la compétence internationale et du droit applicable en droit international de la famille. Ensuite – celui-ci est l'appui « pratique » – certains États auront l'occasion de se familiariser, de façon uniforme, aux modes de fonctionnement de la résidence habituelle, dont l'objectif premier est de rapprocher la justice au bien-être de la personne en question. Imaginons une petite fille d'origine saoudite, qui est enracinée en France auprès de sa mère, au moment de la rétention illicite du père lors d'un court séjour en Arabie saoudite. En l'état, il est très peu probable que cet enfant retourne en France en vertu de sa résidence habituelle.<sup>123</sup> Le Comité des droits de l'enfant jouerait un rôle primordial en faveur d'une justice focalisée sur les intérêts personnels de la petite fille en question, sans qu'elle soit mise en danger par les litiges, parfois néfastes, de ses parents.<sup>124</sup> En l'espèce, la question n'est pas tant de déterminer la résidence habituelle au lieu de vie de la mère, mais d'évaluer les besoins socio-familiaux de l'enfant, son développement harmonieux, son intégration sociale au sein de la société franco-saoudite, aussi compte tenu de son point de vue, afin qu'elle ne soit pas traumatisée par une justice contraire à ses intérêts. Le retour en France n'empêchera pas le changement de sa résidence habituelle en Arabie saoudite, si ses intérêts l'exigent conformément aux facteurs que nous venons d'invoquer.<sup>125</sup> Afin d'atteindre cet objectif – de justice centrée sur les intérêts du bénéficiaire – la rédaction

---

121 Cf. considérant 12 du Règlement de Bruxelles II-bis.

122 Ceci vaut également pour les travaux de La Haye en matière de filiation et de gestation pour autrui. De plus, certaines conventions de La Haye, notamment en matière successorale et patrimoniale, pourraient faire l'objet de « travaux de rénovation », visant plus concrètement une nouvelle conception sur la voie des règlements récents de l'UE.

123 H.L.K v. F.A.A [2014] 1831 WDA ; TGI Paris, ord., Ahnine c/ Al Saud, 12 janvier 2012, n° 11/38839.

124 *Ibidem*, Ahnine c/ Al Saud, où après trois ans de procédure et un jugement français accordant la garde à la mère, l'enfant a été retenu en Arabie saoudite, et la mère est décédée en France.

125 TF, 19 mai 2017, 5A\_305/2017.

et l'approbation d'une « observation générale » parmi les travaux du Comité sont encouragées.<sup>126</sup>

b) Le protocole

Un autre instrument de droit dur, différent de ceux de droit mou évoqué ci-dessus, ferait largement l'affaire : c'est le protocole international déjà envisagé au passé.<sup>127</sup> Ce protocole – il s'agit là de la nouveauté de notre étude – devrait s'appliquer à tous les domaines du droit international de la famille au sein de la Conférence de La Haye. Sa conception déclencherait une obligation générale, incombant aux États qui le ratifient et visant une interprétation uniforme de la résidence habituelle dans les conventions examinées ici. Cette solution aurait deux effets principaux : (i) encourager la ratification de la CLaH-1996 et de la CLaH-2000 par tous les États qui ont ratifié la CLaH-1980 et la CLaH-1993 ; (ii) promouvoir une mise en œuvre transverse de la notion de résidence habituelle,<sup>128</sup> conformément à sa dimension transnationale et intradisciplinaire, ayant comme objectif la recherche d'une proximité qualifiée commune à tous les traités intéressés par notre étude.

3. *Des moyens alternatifs ?*

a) L'arbitrage familial et le réseau international des juges de La Haye

En parallèle aux initiatives législatives, la réflexion peut déjà prendre de l'ampleur autour de l'arbitrage international.<sup>129</sup> Ce moyen de résolution de conflits n'est pas conçu dans le domaine du droit international uniforme de la famille. Nous croyons qu'il est aujourd'hui inévitable de se pencher sur l'analyse de cette méthode. La pos-

---

126 L'observation générale est un document quasi juridique publié par le Comité des droits de l'enfant des Nations unies qui fournit une interprétation détaillée d'une disposition ou d'une question relatives à la Convention de 1989, et donne des conseils sur les actions requises par les gouvernements pour assurer sa mise en œuvre. Il ne serait pas inconcevable de prévoir une observation générale conjointe avec le CDPH, comme dans le cas de « l'observation générale conjointe No. 4 et 23 sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et du Comité des droits de l'enfant », de 2017.

127 A. C. ALFIERI, *Enlèvement international d'enfants, Une perspective suisse*, 2016 ; DUNCAN, *Keeping the 1980 Hague Child Abduction Convention up to Speed. Is it time for a Protocol ?*, *Journal of Family Law and Practice* 2010, 4, 5.

128 HEINE, *Habitual Residence, Home State, and Cross-Border Custody Jurisdiction : Time for a Temporal Standard in International Family Law*, *Vermont Law School publications* 2011, 9.

129 Cf. ROMANO (n. 18) ; HODSON, *Globalisation of Adjudication in International Family Law : Serving International Families by Producing International Solutions*, in : DOUGLAS ET AL., *International and National Perspectives on Child and Family Law*, 2018, 153, 160 ; HELFER/SLAUGHTER, *Towards a Theory of Effective Supranational Adjudication*, *Yale Law Journal* 1997-1998, 273.

sibilité de recourir à l'arbitrage permettrait d'éviter toute une série de problématiques liées à la détermination de la résidence habituelle, notamment la résidence habituelle simultanée, alternée, y compris son absence, que nous avons examinée en détail dans notre recherche.<sup>130</sup> Lorsque les tribunaux nationaux rencontrent un conflit d'interprétation, de détermination, les parties pourraient prévenir cette situation en se prévalant de la faculté de résoudre leur conflit à l'amiable. Pour ce faire, il convient de se référer de nouveau à notre vénérable institution, la Conférence de La Haye. En effet, l'activité du réseau international des juges de La Haye (RIJH) est très connue dans le domaine du droit de l'enfant.<sup>131</sup> Le cadre légal de ce réseau évoque des grands principes de transparence, communication, coordination qui seraient sources d'inspiration dans toute activité de résolution des conflits en droit international de la famille.<sup>132</sup> Cela étant, ces principes pourraient constituer la base sur laquelle se fonderaient les aspects procéduraux de l'arbitrage familial.<sup>133</sup>

#### b) L'autonomie de la volonté des parties

Outre l'arbitrage, cela vaudrait la peine d'élargir l'autonomie de la volonté des parties. En ce sens, un exemple concret est la CLaH-2000 qui prévoit un choix de for à l'article 8 al. 2, lit. d. Cependant, ce choix est conditionné par le contrôle des autorités de la résidence habituelle ou de la simple présence physique de l'adulte vulnérable (cf. articles 5 et 6).<sup>134</sup> Nous estimons nécessaire, d'un côté, d'enlever ce moyen

130 La résidence habituelle alternée est un terme utilisé pour indiquer qu'une personne, généralement un enfant, vit alternativement dans deux ou plusieurs États, ceux de chacun de ses parents respectivement, acquérant ainsi potentiellement deux résidences habituelles proches du moment pertinent pour son évaluation (v. US Court of Appeals, 9th cir., Blanca Elisa Reyes Valenzuela v. Steve Louis Michel [15 November 2013] No. 12-17205; EWCA, In the Matter of L (A Child) [2012] Civ 1157). La résidence habituelle simultanée se réfère à la situation où une personne détient deux résidences habituelles au même moment pertinent, qui est généralement exclus (v. EWCA, In the Matter of L (A Child), § 80; cf. BUCHER (n. 95), 60).

131 Ce raisonnement s'étend au Réseau européen des Conseils de Justice (RECJ) et au Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (RJECC). En ce qui concerne la composition et les activités du RIJH, se référer à M. GROFF, *The Hague Conventions: Giving Effect to Human Rights through Instruments of Private International Law*, in : J. Handmaker/K. ARTS (eds.), *Mobilising International Law for Global Justice*, 2018, 89. L'idée soutenue dans cette recherche est que, en plus de la communication judiciaire directe, les membres de l'IHJ interviendraient, à la demande des parties, en tant qu'instance arbitrale, compte tenu de leur longue expérience en la matière.

132 <<https://assets.hcch.net/docs/62d073ca-eda0-494e-af66-2ddd368b7379.pdf>> visité le 23.9.2021.

133 Toutefois, les États membres de la Conférence de La Haye devraient intervenir à titre officiel à l'intérieur de la Commission spéciale, afin de prévoir une telle « extension » au champ d'application matériel de l'activité du réseau. D'abord, il est impératif que l'arbitrage soit étendu au droit de la famille, raison pour laquelle un protocole international resterait la meilleure solution pour englober, entre autres, une telle prévision contraignante.

134 LAGARDE, *Rapport explicatif sur la Convention HCCH Protection des adultes de 2000*, Hcch, 1999, 60.

de vérification, de l'autre côté, de limiter la *professio fori* à des critères de rattachement plus précis –<sup>135</sup> comme le prévoit, par exemple, l'article 15 du Règlement de Bruxelles II-bis en matière de responsabilité parentale. Un autre exemple est le domaine des aliments. En effet, l'article 4 du Règlement aliments de 2009 prévoit que les parties puissent conclure un choix de for, à l'exception de l'article 4 al. 3, dont les critères de rattachement nous paraissent adéquats.<sup>136</sup>

#### c) Le transfert de juridiction

Le transfert de juridiction, tel que prévu dans le Règlement de Bruxelles II-bis, est aussi valorisé ici. En particulier, il serait envisageable que tous les règlements de l'UE évoqués dans cette contribution prévoient un mécanisme, novateur, de coordination comme le transfert de juridiction. Celui-ci se différencie du *forum (non) conveniens* des systèmes de droit commun en ce que le transfert, au sens de l'article 15 du dit Règlement, a lieu seulement en vertu des critères de rattachement évoqués dans cette même disposition.<sup>137</sup> Le transfert de juridiction est pour nous un moyen nécessaire de coopération transfrontalière dont le but serait de permettre d'abord aux autorités de deux États de se coordonner sur une évaluation transnationale de la résidence habituelle.<sup>138</sup>

#### d) La CJUE et les Comités de l'ONU

La possibilité pour les individus de faire appel aux pouvoirs d'une entité supranationale saurait garantir la sauvegarde de leurs identités plurinationales et multiculturelles.<sup>139</sup> La CJUE a développé une expertise transversale en droit international de la famille. Des instances spéciales ont déjà été créées dans d'autres domaines du droit.<sup>140</sup> Partant, il est possible d'envisager l'intervention d'une instance spéciale, rattachée à la Cour générale de la CJUE, qui se chargerait de la résolution de conflits familiaux, y compris au sujet de la détermination de la résidence habituelle. Sur ce point, il sied de préciser que l'article 257 du Traité sur le fonctionnement de l'UE ne

135 Notamment l'avant-dernière résidence habituelle de l'adulte ; la résidence habituelle de son tuteur au moment du choix ou de l'incapacité, à plus forte raison si le tuteur est l'époux-se ou l'enfant de l'adulte en question ; la nationalité de l'adulte ou les autorités de l'État dont le droit est applicable au sens de la Convention (cf. art. 13-15). Concernant l'art. 15, qui prévoit la possibilité de conclure une *professio juris*, il est proposé d'élargir le choix, lorsque ce n'est pas le cas, aux critères de rattachement évoqués ci-dessus.

136 Cette disposition doit être lue, de façon complémentaire, avec les art. 7-8 du Protocole de 2007 au sujet du droit applicable.

137 FALCONI, Il trasferimento di competenza nell'interesse del minore alla luce dell'interpretazione della Corte di Giustizia, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 2017, 662, 667.

138 Cf. note 62.

139 Cf. ROMANO (n. 18).

140 SARMIENTO, *Specialized Chambers at the General Court, Data, Tech & IP, Institutional Law, Justice & EU Litigation*, 2019.

prévoit pas cette possibilité pour le domaine du droit de la famille. Par conséquent, un amendement à cette disposition s'imposerait, chose qui n'est pas d'une rareté absolue.<sup>141</sup> Dans les domaines spécifiques de la protection internationale de l'enfant et de l'adulte, référence est faite aux Comités de l'ONU, évoqués ci-dessus.<sup>142</sup> Leur intervention serait légitimée contre toute éventuelle violation des droits fondamentaux dérivant de la mauvaise application de la résidence habituelle,<sup>143</sup> en vertu de la Convention de 1989 (cf. articles 3, 12 et 20).

e) L'évaluation transfrontalière « *intercountry assessment* »

Pour conclure – étant précisé qu'il ne s'agit pas d'un moyen de moindre importance – une évaluation socio-familiale transfrontalière parmi les cadres légaux de référence tels que la CLaH-1996 et la CLaH-2000, ainsi que de la Convention de 1989, est nécessaire dans un domaine très sensible comme le droit de la famille. Cette évaluation « *intercountry assessment* », aussi appelée « *home-study report* », est déjà pratiquée au sein du SSI. Les correspondants de ce réseau humanitaire se coordonnent au-delà des frontières pour déterminer la capacité parentale, le projet familial, le développement harmonieux de l'enfant, sa stabilité psycho-socio-économique, la pertinence du placement de l'adulte en institution, ses besoins, afin d'assurer la protection internationale des intérêts personnels et familiaux de l'enfant ou de l'adulte vulnérable. Comme résultat, un rapport est livré, généralement sous mandat, aux autorités administratives et/ou judiciaires locales, en principe situées dans l'État de la (prétendue) résidence habituelle de la personne concernée.<sup>144</sup>

## V. Conclusions

Pour acquérir un caractère habituel, la résidence de chaque individu doit se fonder sur des éléments déterminants et, au besoin, complémentaires sous l'égide du « *two-fold test approach* ». Ces éléments doivent être évalués dans une période appréciable, ce qui fait souvent défaut dans les traités pertinents en matière de droit de la famille. Pour ce faire, une analyse comparative, se rapportant à des situations familiales analogues, est vivement encouragée. De surcroît, lorsqu'il s'agit de contextes familiaux interconnectés, impliquant à la fois des enfants et des adultes, il convient

---

141 L'art. 352 du TFUE prévoit la possibilité d'adopter des dispositions « appropriées » afin d'atteindre les objectifs visés par les traités. On pourrait penser aux objectifs de l'art. 67 al 4 dudit Traité: « L'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile. »

142 Cf. note 126.

143 *Ibidem.*

144 Cf. PANNAIKADAVIL-THOMAS/BUMBACA (n. 17).

de recourir à une approche intradisciplinaire uniforme basée sur l'appréciation d'une résidence habituelle familiale.

Notre recherche plaide en faveur d'une approche harmonisée, centrée sur les intérêts du bénéficiaire, garantissant la prévisibilité et la sécurité juridique, ainsi que l'accès à une justice proche à ses besoins. Des modes d'évaluation uniformes, basés sur les faits et adaptés à la vie du bénéficiaire, seraient donc nécessaires pour une application de la notion transnationale de résidence habituelle plus efficace et efficiente. Cette approche serait plus compatible avec sa dimension historique et innovante, contrairement à un « encadrement légal » comme dans le cas du domicile.

En ce sens, un manuel international devrait être conçu au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, avec le soutien d'autres acteurs tels que le Comité des droits de l'enfant et le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU, la Commission européenne (DG Justice) et le Conseil de l'Europe (Comité de coopération juridique). Cette coordination interinstitutionnelle est fondamentale, dans l'intérêt des individus concernés, afin d'établir un guide harmonisé, basé sur le plus large consensus, applicable aux différents instruments du droit de la famille.

---

**Résumé :** *Cet article soutient le recours à la résidence habituelle en droit international de la famille comme un concept transnational, ancien dans ses origines et moderne dans ses objectifs. Selon cette étude, le possible fonctionnement conflictuel, transnational, de la résidence habituelle, affectant les intérêts et les droits des personnes dans des cadres familiaux similaires, repose sur le manque d'orientation factuelle uniforme. Une telle orientation nécessite la coordination interétatique et interinstitutionnelle de tout acteur concerné, d'abord dans l'intérêt des familles, vulnérables, objet de notre analyse.*

**Zusammenfassung:** *Der vorliegende Artikel stützt die Nutzung des gewöhnlichen Aufenthalts im internationalen Familienrecht als grenzüberschreitendes Konzept, welches seinem Ursprung nach alt, jedoch modern in seinen Zielen ist. Gemäss dieser Studie basiert die mögliche konfliktbeladene grenzüberschreitende Wirkungsweise des gewöhnlichen Aufenthalts, welche die Interessen und Rechte von Personen in ähnlichen familiären Verhältnissen beeinflusst, auf einer fehlenden einheitlichen, tatsächlichen Ausrichtung. Im Interesse schutzbedürftiger Familien, welche Gegenstand unserer Analyse bilden, bedarf eine solche Ausrichtung einer staaten- und institutionsübergreifenden Koordination aller betroffenen Akteure.*

---