

Studi in onore di  
Laura Picchio Forlati

Essays in Honour of Laura Picchio Forlati  
Etudes en l'honneur de Laura Picchio Forlati  
Festschrift Laura Picchio Forlati

*a cura di*  
Bernardo Cortese



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2014 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-5866-0

*Università degli Studi di Padova*  
*Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario, DiPIC*

*Il volume è pubblicato con il contributo finanziario del Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario dell'Università di Padova, in particolare su Fondi di Ricerca ex 60% - resp.le Prof. Bernardo Cortese e Fondi Avanzo Libero 2010.*

*Il presente volume è stato pubblicato anche grazie al contributo di:*  
*Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova*  
*Centro UPE, L'Università di Padova per l'Europa*

*Composizione e stampa: C.L.E.U.P. - Padova*

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## SOMMARIO

	<i>pag.</i>
<i>Presentazione</i>	IX
Pubblicazioni di Laura Picchio Forlati	XVII
PARTE I. DIRITTO INTERNAZIONALE, INTERNATIONAL LAW, DROIT INTERNATIONAL, VÖLKERRECHT	
<i>The Corporate Responsibility to Respect Human Rights and the Question of Universal Civil Jurisdiction in Transnational Human Rights Cases. The U.S. Supreme Court Decision in Kiobel v. Royal Dutch Petroleum</i> Nerina Boschiero	3
<i>Il ruolo del giudice ad hoc nel processo dinanzi alla Corte internazionale di giustizia</i> Serena Forlati	51
<i>The Distinction Between War Crimes and Crimes Against Humanity</i> Flavia Lattanzi	67
<i>On the Limits of the European Social Charter in Terms of Persons Protected</i> Giuseppe Palmisano	87
<i>The Protection of the Right to Life in Law-Enforcement Operations</i> Marco Pedrazzi	105
<i>Trattati antichi e jus cogens superveniens</i> Alessandra Pietrobon	115
<i>The Role of Restorative Justice in International Law</i> Simona Pinton	123
<i>Disputes Concerning the Protection of the Marine Environment: the Practice of ITLOS</i> Tullio Treves	135
<i>Il contributo dei treaty bodies all'interpretazione dei trattati</i> Lauso Zagato	145

	<i>pag.</i>
PARTE II. DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, INTERNATIONALES PRIVATRECHT	
<i>Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un'unica funzione</i>	163
Sergio M. Carbone	
<i>Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell'Unione europea</i>	185
Pietro Franzina	
<i>Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes</i>	195
Patrick Kinsch	
<i>Le nouveau droit international privé des successions de l'Union européenne</i>	
<i>Premières Réflexions</i>	205
Rui Manuel Moura Ramos	
<i>Compressione e rimodulazione della sovranità processuale degli Stati membri dell'UE dopo il Regolamento UE n. 1215/2012</i>	237
Francesco Salerno	
<i>Right of Personality in European Private International Law: The Law of Personal Names</i>	251
Kurt Siehr	
PARTE III. DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, EUROPEAN UNION LAW, DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE, RECHT DER EUROPÄISCHEN UNION	
<i>La maggioranza qualificata inversa nella recente prassi dell'UE</i>	267
Roberto Baratta	
<i>L'incidenza del diritto europeo sulla regolamentazione del commercio in Italia</i>	273
Bruno Barel	
<i>A la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essai d'une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa contre ENEL</i>	301
Bernardo Cortese	
<i>After the Accession: The Relationship Between the EU Legal System and the ECHR</i>	341
Alessandra Gianelli	

SOMMARIO	VII
	<i>pag.</i>
<i>Sugli investimenti diretti esteri regolati dai nuovi accordi commerciali dell'Unione europea</i> Fabrizio Marrella-Sara De Vido	355
<i>Il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nel settore degli enti creditizi: verso il superamento dell'home country control?</i> Stefano Nicolin	365
<i>La cooperazione di polizia nell'Unione europea fra dimensione garantista ed esigenze di contrasto al crimine transnazionale: le implicazioni in tema di tutela dei diritti della persona</i> Nicoletta Parisi	375
PARTE IV. MISCELLANEA	
<i>Is There Any Place for Mediation in the Settlement of Disputes Between Foreign Investors and States?</i> Tarcisio Gazzini	395
<i>La diplomatie cavourienne et les nouveaux usages du droit international</i> Edoardo Greppi	403
<i>Richard Wagner: i beni di memoria ed altre questioni giuridiche con particolare riguardo ai conflitti di leggi</i> Erik Jayme	425
<i>La lutte contre la corruption porte-t-elle enfin ses fruits?</i> Catherine Kessedjian	433
<i>Konkordatäre Anerkennung kirchlicher Ehegerichtsbarkeit</i> Karl Kreuzer	439
<i>La revisione della legislazione sull'immigrazione: quali prospettive per un nuovo diritto di cittadinanza</i> Bruno Nascimbene	453
<i>Il patrimonio culturale intangibile e le Scuole Grandi veneziane</i> Tullio Scovazzi	467
<i>Règles de déontologie en matière de biens culturels</i> Spyridon Vrellis	477
<i>Sulla natura giuridica dell'Impero austro-ungarico nel diritto internazionale</i> Enrico Zamuner	487

	<i>pag.</i>
<i>Laura Forlati and the Wake Forest Summer Program in Italy</i> Alan Palmiter	498
<i>Laura Picchio Forlati: Wonderful Colleague and Friend</i> Robert Walsh	501
Index	505

PATRICK KINSCH \*

SUR LA QUESTION DE LA DISCRIMINATION INHÉRENTE  
AUX RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS.  
DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS  
ET INTERROGATIONS PERMANENTES

I.

La règle de conflit de lois a pour effet inévitable, et même pour fonction essentielle, de restreindre l'applicabilité des normes de droit matériel du for à certaines situations: celles que le facteur de rattachement de la règle de conflit localise dans l'Etat du for. Pour toutes les autres situations, non localisées dans le for, ce sera une loi étrangère, désignée conformément au système de conflit du for, qui sera appelée à les régir. Lorsque ce système de conflit est conforme à la tradition européenne dominante, la règle de conflit sera multilatérale et procédera elle-même à la désignation de la loi étrangère qui s'appliquera devant les autorités du for à ces situations, au lieu du droit matériel du for. Cette description, élémentaire, du fonctionnement des règles de conflit a parfois donné lieu à un soupçon qui a été (trop?) rapidement écarté par les spécialistes du droit international privé: le traitement matériel différencié des deux types de situation, dès lors que la solution qui résulte de la loi du for n'est pas identique à la solution du droit étranger, alors que les deux situations sont similaires *sauf par leur localisation*, n'est-il pas discriminatoire?

C'est ainsi que se définit la question qui est à la base de la présente contribution. Pour la circonscrire encore plus, on se limitera à la question de la discrimination par les règles de conflit *stricto sensu*, c'est-à-dire sans contenu de droit matériel <sup>1</sup>, et de la discrimination au sens du principe général d'égalité devant la loi, en écartant des principes spécifiques de non-discrimination ayant une nature particulière et un poids politique particulier (l'égalité entre hommes et femmes <sup>2</sup> ou, entre citoyens de

\* Avocat, professeur à l'Université du Luxembourg.

<sup>1</sup> Lorsque la condition d'absence de contenu de droit matériel n'est pas remplie (cas des normes d'application nécessaire ou lois de police, et cas des normes autolimitées de droit privé matériel), il devient plus facile de montrer l'existence d'une discrimination, dès lors que le champ d'application des normes est défini de manière non conforme aux critères usuels de l'égalité devant la loi (voir sur ce point des contributions précédentes de l'auteur, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé», *Rec. des cours* vol. 318 (2005), n<sup>os</sup> 123 et s., et «Choice of Law Rules and the Prohibition of Discrimination Under the European Convention on Human Rights», *NIPR* 2011, 19).

<sup>2</sup> On se souvient de la jurisprudence allemande (BGH 8 décembre 1982, *BGHZ* 86, 57; BVerfG 22 février 1983, *BVerfGE* 63, 181, et arrêts ultérieurs) et italienne (Cour const. 26 février 1987, n<sup>o</sup> 71, *Foro it.* 1987, I, 2316; *R.D.I.* 1987, 417; Cour const. 25 novembre 1987, n<sup>o</sup> 477, *R.D.I.* 1988, 220) invalidant les règles de conflit anciennes en matière de mariage, qui privilégiaient l'application de la loi nationale

l'Union européenne, la non-discrimination en raison de la nationalité<sup>3</sup>). La question ainsi circonscrite est, ou a l'air d'être, plus spéculative que les questions que l'on vient d'écarter, et peut sembler appeler une réponse extrêmement simple: il n'y a pas de discrimination dans pareil cas. Car si on admettait l'existence d'un véritable droit à une identité de traitement des situations quelle que soit leur localisation – par exemple, en matière de statut personnel, un droit au traitement identique de tous les individus, quelle que soit leur nationalité et quelle que soit leur résidence –, la conséquence en serait l'application généralisée de la *lex fori*, considérée pourtant, classiquement, comme une solution aux antipodes de l'esprit du droit international privé<sup>4</sup>. Or il existe un argument logique, *a priori* convaincant<sup>5</sup>, dans le sens de la non-pertinence d'une vérification des règles de conflit par rapport au principe général d'égalité devant la loi: c'est qu'il n'y a pas de traitement inégal du fait de l'application d'une règle de conflit unique à toutes les situations<sup>6</sup>. Prenons l'exemple le plus important, celui du rattachement du statut personnel à la nationalité des personnes. La règle de conflit – élément de l'ordre juridique du for et par conséquent susceptible d'être confrontée au principe d'égalité qui s'impose à l'intérieur de ce même ordre juridique – a pour seul contenu d'indiquer la loi applicable au fond; et si le droit matériel du for, qui s'applique au statut personnel des nationaux du for, prévoit à leur profit un avantage, la règle de conflit n'empêche en rien les nationaux étrangers de bénéficier du même avantage, à condition qu'il soit prévu par leur propre loi nationale. La règle de conflit, quant à elle, est la même pour tous: tous seront jugés selon leur loi nationale. Il n'y a donc pas de traitement différencié et *a fortiori* pas de discrimination, celle-ci étant le traitement différencié non justifié<sup>7</sup>. Seules

du mari; voir aussi l'affaire plus complexe tranchée par CEDH 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, n° 664/06.

<sup>3</sup> Pour quelques conjectures sur ce point, voir J. Basedow, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne», *Rev. crit.* 2010, 427.

<sup>4</sup> C'est cependant une solution préconisée, à titre expérimental semble-t-il, par G.P. Romano, «Is the Multilateral Conflict Rule on Capacity to Marry in Line with the Italian Constitution?», *Yb. PIL* 7 (2005) 205; également, du même auteur, «La bilatéralité éclipsée par l'autorité», *Rev. crit.* 2006, 457.

<sup>5</sup> Du moins avait-il paru ainsi à l'auteur de ces lignes, dans les travaux antérieurs précités (*supra*, note 2): *Rec. des cours* vol. 318 (2005), n° 93; NIPR 2011, p. 20, où il est noté que l'argument est un peu formel mais devrait être suffisant pour les besoins de la réfutation de la critique, également formelle, des règles de conflit multilatérales au regard du principe général de l'égalité devant la loi.

<sup>6</sup> L'appréciation pourrait être différente en cas de juxtaposition de deux règles de conflit applicables à des situations similaires: voir, à propos des deux règles de conflit qui coexistent désormais en France (depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe), l'une qui s'applique au mariage hétérosexuel et l'autre, plus favorable à la validité de l'union, qui s'applique au mariage homosexuel, Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, qui n'y a cependant pas vu une discrimination inconstitutionnelle (cons. 26 à 31).

<sup>7</sup> Cf. le raisonnement conduit, avec une implacable logique, par H.-J. Sonnenberger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5<sup>e</sup> éd., 2010, Einleitung IPR, n° 341, note 1073: le principe de non-discrimination ne peut viser que l'auteur de la règle de conflit; dès lors, une critique ne serait pertinente que si la règle de conflit prévoyait un *rattachement différent* pour des mêmes situations de

des règles de conflit qui différencient selon des critères non seulement irrationnels, mais absolument inacceptables <sup>8</sup> peuvent, selon cette conception, être utilement confrontées au principe d'égalité. Autant dire qu'une règle qui reste fidèle à l'une des grandes orientations du droit international privé ne pourra jamais être invalidée.

## II.

Il semble que cette approche, qui n'a jamais été unanimement admise <sup>9</sup>, doive être sinon abandonnée, du moins réexaminée dans un esprit critique. Dans une optique empirique, la réaction de la *Cour européenne des droits de l'homme* à plusieurs affaires récemment portées devant elle constitue en effet un ensemble de données d'expérience, de phénomènes juridiques, qui justifie ce réexamen <sup>10</sup>.

1. La première de ces affaires, l'affaire *Ammdjadi c. Allemagne* <sup>11</sup>, concernait les conséquences du divorce d'un couple d'Iraniens, domiciliés en Allemagne. Lorsque l'épouse demanda le *Versorgungsausgleich* (péréquation des droits à pension), conséquence du divorce qui existe en droit allemand, mais qui n'existe pas en droit iranien, elle se heurta à une disposition du traité d'établissement entre l'Allemagne et l'Empire de Perse du 17 février 1929, en vertu de laquelle en matière personnelle, familiale et successorale, la loi de la nationalité commune des parties est applicable. Cette solution adoptée par le traité était moins favorable à la requérante que celle du droit international privé commun allemand (art. 17, par. 3 EGBGB), lequel permet, en fonction des circonstances, de procéder à la péréquation des droits à pension entre

fait – ce qui n'est précisément pas le cas en cas d'un rattachement uniforme, tel le rattachement à la nationalité. L'auteur étend son raisonnement même à la non-discrimination en raison de la nationalité, spécifique au droit de l'Union européenne: n° 160.

<sup>8</sup> Comme l'aurait été une règle de conflit discutée par les juristes de l'Allemagne national-socialiste dans les années 1930 (mais non introduite dans l'ordre juridique allemand, pour des raisons de prudence dans les relations internationales), le rattachement à la *Volkszugehörigkeit*, l'appartenance ethnique, qui aurait remplacé le rattachement à la nationalité, avec pour effet que les *Volksdeutsche* de nationalité polonaise se seraient soudain retrouvés régis par la loi allemande: voir pour la discussion, dans la littérature juridique national-socialiste, H. Müller, «Gedanken zur Neugestaltung des Internationalen Privatrechts», *DJZ* 1936, p. 1067; F. Reu, *Anwendung fremden Rechts. Eine Einführung*, 1938, pp. 12-15 et «Zum Neubau des Internationalen Privatrechts», *DR* 1939, 228.

<sup>9</sup> Ainsi, F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, 2007, n°s 189 et s., l'estime insuffisante; comp. la position nuancée de J. Meeusen, «Le droit international privé et le principe de non-discrimination», *Rec. des cours* 353 (2011), p. 46.

<sup>10</sup> L'esprit de la recherche en droit est, ou devait être, réticent à l'égard des purs arguments d'autorité, quels qu'ils soient et dussent-ils émaner de la Cour européenne des droits de l'homme. En revanche, les données jurisprudentielles sont un matériau empirique de première importance, dont le rôle peut être considéré comme similaire à celui des expériences dans les sciences naturelles. La méthode empirique est particulièrement utile à l'égard de la jurisprudence de la Cour européenne, qui ne se prétend pas spécialiste du droit international privé.

<sup>11</sup> Décision du 9 mars 2010, n° 51625/08.

conjoint étrangers si ces droits ont été acquis en Allemagne. Pour la requérante, l'application du droit iranien – qui lui déniait le droit à la péréquation, solution qui avait été jugée non contraire à l'ordre public allemand par les juridictions nationales – heurterait son droit à la vie familiale (art. 8 de la Convention), mais aussi son droit à ne pas être l'objet d'une discrimination en raison de sa nationalité iranienne (art. 14 en combinaison avec l'art. 8).

La Cour rejette d'abord le grief tiré de l'art. 8, estimant que la Convention n'oblige pas les tribunaux allemands à laisser sans application le traité germano-perse en qualifiant la péréquation des droits à pension comme faisant partie de l'ordre public allemand. Elle note dans ce contexte que le droit iranien prévoit lui aussi pour une «certaine protection sociale du conjoint», prenant la forme d'aliments après divorce.

Vient ensuite l'examen du grief tiré du principe d'égalité. La Cour retient que la requérante a effectivement été traitée différemment d'autres demandeurs en péréquation, auxquels s'applique le droit matériel allemand, et que cette différence de traitement est due à la nationalité iranienne de la requérante et de son conjoint. Si elle n'a pas pour autant conclu à l'existence d'une discrimination, c'est que la règle de conflit en question – tout en apparaissant quelque peu inopportune à la Cour qui lui préférerait en l'occurrence apparemment un rattachement à la résidence habituelle des parties – n'est pas pour autant sans justification «objective et raisonnable», si bien que rien ne s'oppose à son maintien. La Cour note par ailleurs que le rattachement à la nationalité a, en général, pour utilité de «protéger les liens étroits d'une personne avec son Etat national»:

«The Court finds that, especially in conflict of laws cases, the differentiation for all family issues according to nationality and not to habitual residence is a well-known principle which aims at protecting a person's close connection with his or her home country. Therefore, even though the decisiveness of the habitual residence might arguably be considered preferable with regard to pension rights, the decisiveness of a person's nationality cannot be considered to be without “objective and reasonable justification”»<sup>12</sup>.

*Ammdjadi c. Allemagne* est une décision d'irrecevabilité par laquelle la Cour motive brièvement la conclusion selon laquelle les griefs de la requérante étaient «manifestement mal fondés». Ces motifs n'en sont pas moins remarquables. La raison pour laquelle il a été conclu à l'absence de discrimination ne consistait pas dans le fait que le traité germano-perse formulait une règle de conflit uniformément applicable à toutes les personnes qui entraient dans son champ d'application

<sup>12</sup> La décision poursuit comme suit: «In this respect, it must also be noted that the applicant had been free to choose the application of German law, together with her husband, by notarial certification». Il semblerait que cette réflexion confonde les règles ordinaires du droit international privé allemand (article 14, paragraphe 4, EGBGB, qui permet aux époux de choisir la loi applicable aux effets généraux de leur mariage) et les règles du traité germano-perse de 1929 qui s'appliquait en l'occurrence comme *lex specialis*. Mais ceci est sans importance réelle.

(à savoir la règle de l'applicabilité de leur loi nationale, qu'elle soit allemande ou iranienne). Au contraire, la décision s'intéresse au facteur de rattachement choisi par le traité germano-perses et estime que ce facteur de rattachement est objectivement et raisonnablement justifié – ce qui, compte tenu de la marge d'appréciation que la Cour concède au législateur national, revient à le valider pour les besoins du principe d'égalité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est uniquement parce que la nationalité apparaît comme un facteur de distinction pertinent et raisonnable dans l'octroi entre époux allemands d'un droit à péréquation, et dans son refus entre époux iraniens, que la requête a été rejetée. Cette approche diffère de celle selon laquelle une règle de conflit unique traite par nature, quel que soit le facteur de rattachement choisi, toutes les personnes de manière identique. L'approche ainsi adoptée est une approche moins formelle et plus substantielle de la question de la discrimination par la règle de conflit de lois.

2. La récente affaire *Harroudj c. France* a donné lieu à une motivation plus ample de la solution adoptée<sup>13</sup>. La requérante, une ressortissante française, s'était vu confier en Algérie, par un acte de recueil légal (*kafala*), un enfant algérien abandonné, Hind. L'acte de recueil légal autorisait l'enfant à sortir du territoire algérien et à s'établir en France avec la requérante. Deux ans après, M<sup>me</sup> Harroudj demanda en France l'adoption plénière de l'enfant, au motif que ceci était la solution la plus conforme à «l'intérêt supérieur de l'enfant». Mais le droit algérien, d'inspiration islamique, prohibe l'adoption<sup>14</sup>, et une règle de conflit du droit français, l'article 370-3 du code civil, dispose que «l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France»<sup>15</sup>. La requérante échoua par conséquent à obtenir en France l'adoption de l'enfant. Elle introduisit un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, fondé d'une part sur l'atteinte à sa vie familiale avec l'enfant qu'aurait constitué le refus de prononcer l'adoption et, d'autre part, sur la discrimination dont elle serait victime, par comparaison à une mère adoptant un enfant de statut personnel non prohibitif de l'adoption.

La Cour répond au grief tiré de la discrimination<sup>16</sup>, qu'elle examine après le grief tiré de l'atteinte à la vie familiale (garantie par l'article 8 de la Convention), «qu'au cœur du grief énoncé par la requérante sur le terrain de l'article 14 de la Convention se trouve l'impossibilité d'adopter l'enfant Hind en raison de sa loi personnelle. Cette question a été examinée sous l'angle de l'article 8 [...]. Dans ces conditions, la

<sup>13</sup> Arrêt du 4 octobre 2012, n° 43631/09.

<sup>14</sup> Aux termes de l'article 46 du Code de la famille algérien, «l'adoption est interdite par la chari'a et la loi».

<sup>15</sup> L'article 370-3 du Code civil est issu de la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 et est inséré au chapitre III (Du conflit des lois relatives à la filiation adoptive et de l'effet en France des adoptions prononcées à l'étranger) du titre VIII relatif à la filiation adoptive.

<sup>16</sup> Article 14 de la Convention, en combinaison avec l'article 8.

Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 14 de la Convention et ne formule aucune conclusion séparée sur ce grief<sup>17</sup>. Il faut donc se rapporter à la réponse de la Cour au grief tiré de l'atteinte au droit à la vie familiale pour connaître la motivation jugée également applicable à la discrimination alléguée. La Cour y retient que «le refus opposé à la requérante tient en grande partie au souci du respect de l'esprit et de l'objectif des conventions internationales» – ce qui est visé étant d'une part la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, dont l'article 20 met sur un même plan (et considère comme également conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant) la *kafala* de droit islamique et l'adoption, ainsi que les Conventions de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, qui reposent sur la même logique. Selon la Cour, «la reconnaissance de la *kafala* par le droit international est un élément déterminant pour apprécier la manière dont les Etats la réceptionnent dans leurs droits nationaux et envisagent les conflits de loi qui se présentent»<sup>18</sup>.

Ensuite, la Cour relève que si certaines différences entre la *kafala* et l'adoption sont insurmontables (en particulier absence d'effets successoraux de la *kafala*), il peut être remédié dans une certaine mesure aux restrictions qu'engendre l'impossibilité d'adopter l'enfant<sup>19</sup>. Ces préalables étant exposés, la conclusion est la suivante:

«L'ensemble des éléments examinés ci-dessus fait apparaître que l'Etat défendeur, appliquant les conventions internationales régissant la matière, a institué une articulation flexible entre le droit de l'Etat d'origine de l'enfant et le droit national. La Cour relève à ce titre que le statut prohibitif de l'adoption résulte de la règle de conflit de lois de l'article 370-3 du code civil mais que le droit français ouvre des voies d'assouplissement de cette interdiction à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant dans la société française. C'est ainsi, d'une part, que la règle de conflit est écartée explicitement par ce même article 370-3 lorsque «le mineur est né et réside habituellement en France». D'autre part, cette règle de conflit est volontairement contournée par la possibilité ouverte à l'enfant d'obtenir, dans un délai réduit, la nationalité française, et ainsi la faculté d'être adopté, lorsqu'il a été recueilli en France par une personne de nationalité française. La Cour observe à ce titre que l'Etat défendeur soutient sans être démenti que la jeune Hind pourrait déjà bénéficier de cette possibilité.

La Cour estime qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'Etat défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper

<sup>17</sup> § 55.

<sup>18</sup> § 50.

<sup>19</sup> § 51: «Outre la requête en concordance de nom ici acquise du fait de la filiation inconnue de l'enfant en Algérie, il est possible d'établir un testament, qui a pour effet de faire entrer l'enfant dans la succession de la requérante et de nommer un tuteur légal en cas de décès du recueillant».

immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante»<sup>20</sup>.

L'arrêt *Harroudj* est remarquable par l'attention qu'accorde la Cour européenne des droits de l'homme aux buts poursuivis par le droit international privé en général et au rattachement du statut personnel à la nationalité en particulier<sup>21</sup>. Mais il est également évident que la Cour n'entend pas accepter telles quelles, sans examen, les solutions du droit international privé national qui soumettent la question de l'adoptabilité de l'enfant au droit algérien. Elle estime que les solutions du droit international privé français sont conciliables avec le droit à la vie familiale *et donc également avec le droit à la non-discrimination*, mais uniquement parce qu'elles admettent qu'à terme, «à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant dans la société française», la solution substantielle de la loi française (l'adoptabilité) remplace la solution substantielle restrictive du droit algérien, et que le rattachement à la nationalité algérienne n'est pas immuable en cas d'acquisition ultérieure de la nationalité française.

Le grief de discrimination n'est en conséquence pas rejeté au motif que l'adoptabilité de l'enfant n'est pas une solution du droit matériel français et qu'il est impossible de la comparer, aux fins de vérification du respect de l'égalité des personnes devant la loi, à la solution favorable à l'adoptabilité qui est celle du droit civil français. De même, il n'est pas non plus écarté parce que la règle de conflit, qui désignait dans le cas de Mme Harroudj le droit algérien, opère sans discrimination puisqu'elle se borne à renvoyer, sans distinction, au statut personnel de l'enfant. Ceci n'est pas le raisonnement de la Cour, qui accepte au contraire expressément de comparer la solution restrictive du droit algérien avec la solution du droit français. Ce faisant, elle semble montrer qu'elle accepte de prendre en considération, aux fins de confrontation au principe de non-discrimination, les deux solutions matérielles que les autorités françaises peuvent avoir à appliquer, selon la nationalité de l'enfant: adoptabilité ou inadoptabilité.

C'est dire aussi que la Convention aurait pu être méconnue si le système français de conflit de lois s'était montré excessivement, déraisonnablement, rigide et n'avait admis aucun assouplissement au rattachement de la question de l'adoptabilité au droit de l'Etat d'origine de l'enfant. En somme, derrière la solution adoptée par la Cour il y a l'idée qu'il existe, non pas en droit civil français mais en France quand même, deux solutions de droit matériel: la solution de l'adoptabilité, pour les enfants de statut personnel non prohibitif, et la solution de l'inadoptabilité pour les

<sup>20</sup> § 51.

<sup>21</sup> L'arrêt se distingue par le lien qu'il reconnaît entre respect du pluralisme culturel et respect des règles de droit du pays d'origine de l'enfant, thème qui est présent depuis longtemps en droit international privé (voir en particulier E. Jayme, «Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht», *IPRax* 1996, 237; du même auteur, «Die kulturelle Dimension des Rechts – Ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und für die Rechtsvergleichung», *RabelsZ* 2003, 211).

enfants de statut personnel prohibitif. Le champ d'application de ces deux solutions est déterminé par la règle de conflit française. Et donc la règle de conflit est susceptible d'un contrôle au regard de la règle de non-discrimination, de même que l'application du droit algérien désigné par la règle de conflit française est susceptible d'un contrôle au regard du droit à la vie familiale.

### III.

La décision *Ammdjadi c. Allemagne* et l'arrêt *Harroudj c. France* reposent ainsi sur une analyse fondamentalement différente de celle qui écarte, comme logiquement inconcevable, toute violation du principe général d'égalité par une règle de conflit multilatérale. Certes, ils ne concluent pas à la discrimination et montrent au contraire une grande tolérance à l'égard du contenu des règles de conflit, et notamment à l'égard de la question du rattachement du statut personnel à la nationalité ou à la résidence<sup>22</sup>. Mais ils reposent implicitement sur une approche théorique particulière. Pour l'explicitier, on dira que c'est la coexistence de deux solutions matérielles différentes – présence ou absence d'un droit à la péréquation des droits à pension, adoptabilité ou inadoptabilité des enfants – qui justifie que la question de l'éventuelle discrimination soit posée en principe: coexistence à l'intérieur de l'ordre juridique des Etats contractants concernés et avec détermination du champ d'application des deux solutions matérielles par les règles de conflit de ces Etats contractants. C'est parce qu'elles apparaissent, du fait de leur désignation par les règles de conflit allemande ou française, comme faisant partie des solutions qui sont acceptées dans les ordres juridiques allemand et français, que les solutions iraniennes ou algériennes deviennent susceptibles de contrôle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, et que la répartition des solutions de droit matériel entre leurs destinataires, opérée par la règle de conflit, peut être confrontée au principe d'égalité devant la loi.

Une approche qui consiste à voir dans la solution matérielle du droit *étranger* désigné par la règle de conflit *un élément de l'ordre juridique du for* peut sembler une approche contre-intuitive. Et pourtant, l'histoire du droit international privé montre que cette même solution a été développée dans la doctrine, spécialement italienne, du XX<sup>e</sup> siècle pour formuler, à un haut degré d'abstraction, une analyse essentiellement publiciste du droit international privé sous l'angle de la théorie des normes. Prenant comme point de départ la théorie classique de l'exclusivisme de l'ordre juridique, qui «exclut le caractère juridique de tout ce qui ne rentre en lui-même»<sup>23</sup>, ou alors l'élément de «normes relatives à la production juridique» qui serait inhérent

<sup>22</sup> Cette tolérance apparaît tout particulièrement dans la décision *Ammdjadi c. Allemagne*, dans laquelle la Cour semble estimer qu'un rattachement à la résidence habituelle aurait été préférable, mais dans laquelle elle n'en juge pas moins que le rattachement à la nationalité n'est pas sans justification objective et raisonnable.

<sup>23</sup> R. Ago, «Règles générales des conflits de lois», *Rec. des cours* vol. 58 (1936), p. 302.

aux règles de conflit de lois <sup>24</sup>, cette doctrine bien connue (ou cet ensemble de doctrines apparentées) voit parmi les fonctions de la règle de conflit celle d'incorporer les règles étrangères dans l'ordre juridique national, ou d'opérer leur réception dans cet ordre juridique <sup>25</sup>.

Certes, la ou les doctrines en question sont aujourd'hui en général considérées comme trop dogmatiques, trop publicistes ou trop peu pratiques pour pouvoir jouer un rôle réel en droit international privé <sup>26</sup>. Mais après tout, «*there is nothing as practical as a good theory*» <sup>27</sup> et, à défaut d'être indispensables à la compréhension contemporaine du droit international privé lui-même, les doctrines classiques italiennes ont, comme on l'aura vu, le mérite de contribuer utilement à expliquer l'interaction du droit international privé avec le contrôle international du respect des droits de l'homme – problème qui se situe non pas à l'intérieur des préoccupations du droit international privé, mais au niveau de l'interaction de ce droit avec le droit (international) public.

<sup>24</sup> G. Morelli, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12<sup>e</sup> éd., 1986, p. 24.

<sup>25</sup> Ago, *op. cit.*, p. 303. Morelli parle, quant à lui, de «la nazionalizzazione del diritto straniero» par l'effet de la règle de conflit (p. 22).

<sup>26</sup> Voir ainsi la récente analyse par P. Mayer, «Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé», *Rec. des cours*, vol. 327 (2007), p. 227-234, qui vient à la conclusion (p. 234) que «lorsque l'on parle du droit positif italien, on y comprend seulement les règles adoptées par la société italienne et qui régissent dans le présent et l'avenir la conduite de membres de cette société», au lieu d'adopter la conception large, certes concevable selon l'auteur mais qui «ne correspond à aucune réalité qu'il soit utile de cerner», qui y intègre en outre les règles de droit étranger susceptibles d'être désignées par les règles de droit international privé (ainsi que les règles abrogées du droit ancien, susceptibles d'être désignées par les règles de conflit de lois dans le temps).

<sup>27</sup> Réflexion qui n'a pas pour auteur un juriste, mais un spécialiste de la psychologie sociale, Kurt Lewin.