

Ilaria Pretelli / Gian Paolo Romano / Tuto Rossi (éds)

Tui Memores

La dimension culturelle du droit international privé

83

*Publications de l'Institut suisse de droit comparé
Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung
Pubblicazioni dell'Istituto svizzero di diritto comparato
Publications of the Swiss Institute of Comparative Law*

Collection dirigée par Christina Schmid et Lukas Heckendorn Urscheler

Ilaria Pretelli / Gian Paolo Romano / Tuto Rossi (éds)

Tui Memores

La dimension culturelle du droit
international privé

Actes de la Journée en l'honneur de Tito Ballarino
du 13 juin 2014 à Lausanne et Essais recueillis par
ses amis et élèves

Schulthess § 2017
ÉDITIONS ROMANDES

Suggested citation: ILARIA PRETELLI / GIAN PAOLO ROMANO / TUTO ROSSI (ÉDS), *Tui Memores – La dimension culturelle du droit international privé*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Genève / Zurich 2017, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8525-0

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2017
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex, www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119,
B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.



Table des matières

Prefazione.....	9
Avant-propos	11

Actes de la Journée «La dimension culturelle del diritto internazionale privato» du 13 juin 2014 à Lausanne

Les empreintes de l'Histoire	15
<i>Bertrand Ancel</i>	
Diritto internazionale privato e diritto comparato: una coppia inseparabile	27
<i>Andrea Bonomi</i>	
Le droit international privé dans l'espace européen dénationalisé	47
<i>Luigi Mari</i>	
Le notaire, médiateur culturel, au défi du droit international privé	55
<i>Paolo Pasqualis</i>	
Pluralisme, monisme, ordre, désordre juridique et relations privées internationales (propos de surface).....	59
<i>Gian Paolo Romano</i>	
La mort du droit ou le retour des cultures; à l'origine d'un troisième millénaire problématique.....	71
<i>Tuto Rossi</i>	

Essais recueillis par ses amis et élèves

Regards sur les sources et les méthodes du droit international privé de la famille dans l'espace Européen	85
<i>Rui Manuel Gens Moura Ramos</i>	
<i>Professio juris e regolamento successorio europeo</i>	133
<i>Alfonso-Luis Calvo Caravaca/Javier Carrascosa González</i>	
Aux confins du principe européen de non-discrimination – le cas des œuvres des arts appliqués	155
<i>Marie-Elodie Ancel</i>	

Note in merito ai profili internazionalprivatistici dei mandati in previsione di
incapacità 173
Pietro Franzina

Religious Values and Conflict of Laws: Old Problems and New Perspectives 187
Sara Tonolo

Private International Investments: Risk Management and Evolutive
Interpretation of Treaties in Light of the Case Philip Morris v. Uruguay 215
Alberto Aronovitz

La governance du *ius shopping* en matière de santé reproductive entre droit
international privé et déclinaisons culturelles des droits humains 241
Ilaria Pretelli

La Collection Tito Ballarino

Hommage à Tito Ballarino lors de l'inauguration de sa collection à l'ISDC..... 279
Gian Paolo Romano

La Bibliothèque de Tito 287
Sarah Amsler/Sadri Saieb

L'œuvre scientifique de Tito Ballarino entre tradition et innovation289
Ilaria Pretelli (a cura di)

Prefazione

Ricorre quest'anno il terzo anniversario dalla scomparsa di Tito Ballarino e questo volume intende portare una testimonianza di affetto e, nello stesso tempo, tenere vivo lo spirito «confederatore» della persona alla cui memoria è dedicato. Una relazione speciale esisteva tra Tito e l'Istituto svizzero di diritto comparato. Io penso che Tito Ballarino sia stato tra i primi italiani, se non addirittura il primo, a venire a conoscere di persona la realtà del tutto particolare che rappresenta l'Istituto svizzero di diritto comparato nel panorama internazionale. Come scrive nella prefazione del suo manuale di diritto internazionale privato del 1982, il diritto internazionale privato necessita di una trattazione comparatistica per il proprio sviluppo, proprio in considerazione della sua necessaria gestione internazionale. Diritto internazionale privato, diritto comparato e diritto uniforme sono del resto le tre colonne portanti dell'Istituto svizzero di diritto comparato, nel cui statuto del 1978 si esprime la necessità per la Svizzera di «partecipare agli sforzi internazionali di avvicinamento o unificazione del diritto» (art. 3, lett. b) della legge istitutiva) e la cui prima direzione fu affidata al Rettore dell'Università di Friburgo, il professore di diritto internazionale privato Alfred Von Overbeck.

Impressionato da subito dalla ricchezza della biblioteca e delle opere che vi aveva trovato, Tito Ballarino era diventato presto uno dei più assidui frequentatori degli eventi culturali che vi avevano luogo. Non mancava mai di iscriversi alla giornata annuale di diritto internazionale privato e aveva partecipato in qualità di *rapporteur* al decimo anniversario dell'Istituto, il 10 aprile 1992, presentando una relazione sul tema «L'influenza del diritto comunitario sulla teoria del diritto civile». Oltre alla ricchezza della biblioteca, Tito trovava in questo istituto un confronto stimolante con i collaboratori scientifici che ci lavoravano, tutti portatori di una cultura giuridica propria e spesso polivalente. L'inseparabilità della vita privata da quella pubblica è un dato conosciuto nella vita degli accademici ma la particolare personalità di Tito, la sua apertura culturale al mondo, rendevano questa commistione particolarmente feconda e «federatrice». L'amicizia che lo ha legato a Peter Sarcevic si legge tra le righe dello *Yearbook of Private International Law*. Ha incoraggiato ad attraversare le Alpi in senso opposto a Napoleone – come amava dire – i due attuali *editor* dello *Yearbook*: Andrea Bonomi, Professore all'Università di Losanna, primo collaboratore italiano dell'Istituto Svizzero di Diritto Comparato e Gian Paolo Romano, professore all'Università di Ginevra. Oltre ad ospitare numerosi suoi contributi e commenti, la rivista lo ha annoverato tra i membri dell'Advisory Board dal 2005.

È questa, io credo, una doppia testimonianza di quanto Tito avesse a cuore l'Istituto e i suoi figli, tra i quali, metaforicamente, i collaboratori scientifici con i quali ha

coltivato relazioni profonde di amicizia, di scambio e di crescita, in quell'ottica di reciprocità che questo volume testimonia. Per queste ragioni l'Istituto è sembrata la sede più consona ad ospitare il convegno organizzato in occasione dei suoi ottanta anni, riunendo a Losanna i docenti di tante università italiane che pure hanno rappresentato altrettanti luoghi di affezione per Tito Ballarino. Tra queste, merita una particolare menzione l'Università di Urbino, nella quale Tito era stato Professore di diritto internazionale prima della nomina presso l'Università di Padova. Nei suoi anni di Direttore del Centro di Studi Giuridici europei, Tito apriva a studenti e docenti i segreti della «città dell'anima» (Carlo Bo, *Città dell'anima – Scritti sulle Marche e i marchigiani*, a cura di Ursula Vogt, Il lavoro editoriale, 2000) e dei luoghi dell'umanesimo e di Bartolo da Sassoferrato. Un legame recentemente suggellato da un patto di amicizia e dall'attuale collaborazione tra l'Istituto e il Centro di Studi Giuridici Europei per l'organizzazione del *Séminaire de droit comparé et européen* che si tiene annualmente, anche grazie al sostegno e alla partecipazione delle università di Parigi, ad Urbino, nel rovente mese di agosto.

Ai legami evocati: quello spirituale, l'aspirazione scientifica verso l'evoluzione del diritto e la diffusione della cultura giuridica; quello interpersonale, testimoniato dalla ricchezza e dalla varietà delle relazioni professionali e di amicizia sempre coltivate con attenzione paterna (e mai paternalista!), si aggiunge ora un legame materiale: la presenza della biblioteca di Tito Ballarino in una sala a lui dedicata all'interno della biblioteca dell'Istituto, grazie alla generosa donazione dei suoi figli: Gabriele, Annamaria ed Eleonora.

Losanna, Novembre 2017

Ilaria Pretelli

Avant-Propos

Pour l'Institut suisse de droit comparé, la dimension culturelle du droit revêt une importance particulière. C'est la diversité de ses collaboratrices et collaborateurs qui en témoigne. De manière plus générale, la comparaison juridique rend particulièrement sensible à la dimension culturelle du droit : des premières traces se montrent déjà lors de l'analyse de textes de droits étrangers tels que des décisions juridiques ou des lois, mais elle se révèle surtout par une interaction avec des juristes étrangers et une analyse plus profonde du contexte. C'est ainsi que les comparatistes sont tous conscients du fait que le droit est étroitement lié à la culture. Toutefois, il y a un débat intense sur les conséquences de ce lien pour la comparaison juridique. Est-ce qu'il est possible de comparer d'une manière neutre ? Comment prendre en compte les éléments culturels des différents ordres juridiques ?

De telles questions occupent rarement une place de premier rang dans la littérature internationale privatiste. Ainsi, la question de savoir si et comment prendre en compte les dimensions culturelles du droit étranger dans l'application du droit par un juge d'une autre culture est relativement peu explorée. De manière plus générale, l'analyse des divergences de compréhension de la discipline du droit international privé lui-même et notamment sa place au sein d'une culture juridique ne fait que rarement objet de réflexions approfondies. Dans les traditions allemandes et suisses, c'est la dimension privée qui prime : les enseignements s'inscrivent dans une logique privatiste et sont impartis par des professeurs de droit privé. Dans les traditions italiennes et espagnoles, par contre, la dimension internationale est plus importante, les chaires de droit international privé faisant traditionnellement partie des départements de droit international, quand elles ne sont pas inextricablement liées aux chaires de droit international public. Les implications de ces différences culturelles mériteraient une attention plus profonde.

Ce fut donc avec intérêt et enthousiasme que l'Institut suisse de droit comparé décida d'accueillir un colloque sur la dimension culturelle du droit international privé, le 13 juin 2014, au cours d'une journée en l'honneur de Tito Ballarino. Ainsi, selon quelques contributions du présent ouvrage, Tito Ballarino, a bien reconnu la dimension culturelle du droit international privé dans la mesure où il avait su mettre l'accent sur la nature essentiellement historique du droit international privé, comme l'observe Bertrand Ancel et, en même temps, attirer l'attention sur l'inséparabilité du couple droit international privé et droit comparé, pour reprendre le titre de la contribution d'Andrea Bonomi.

L'intérêt du sujet ne fut cependant pas la seule raison pour l'Institut suisse de droit comparé d'accueillir l'événement. L'implication et l'intérêt du Professeur Tito Ballarino pour l'Institut, décrit par Ilaria Pretelli dans la préface et visible à travers de nombreuses visites et séjours en sont d'autres. De plus, il s'agissait aussi d'une manière de souligner l'importance pour notre institution des contacts des collaborateurs et collaboratrices avec leurs cultures juridiques respectives. Ainsi, trois collaborateurs successivement responsables pour le droit italien (Andrea Bonomi, Gian Paolo Romano et Ilaria Pretelli) ont maintenu le contact avec le droit italien aussi par un dialogue constant avec leur Professeur. Enfin, le troisième éditeur du présent ouvrage, Tuto Rossi, est lié aussi bien à l'Institut, de par son assistantat et doctorat auprès du premier directeur, le Professeur A.E. von Overbeck, qu'à Tito Ballarino.

Pour les mêmes raisons, l'Institut allait également inclure les actes de la journée dans sa série de publications. Malheureusement, la mort subite de Tito Ballarino le 31 décembre 2014, a rendu cet ouvrage un livre *in memoriam*, qui dépasse le cadre originellement prévu de recueillir les actes de la journée de 2014. Les éditeurs ont répondu aux messages de sympathie des amis du Professeur Ballarino, lors de ce triste évènement, en les invitant à offrir une contribution sur le même thème.

Je tiens ici à remercier les éditeurs du présent ouvrage, Ilaria Pretelli, Gian Paolo Romano et Tuto Rossi, pour leur implication et leur persévérance pour finaliser ce volume. J'exprime également ma gratitude aux Professeurs Andrea Bonomi et Luigi Mari, notamment pour leur engagement lors de l'organisation de l'événement. Mes remerciements vont également à tous les auteurs et, enfin, à Gabriela Zurkinden pour son dévouement lors du travail d'édition. Leurs contributions ont rendu possible la publication de cet ouvrage qui témoigne de l'appréciation pour le Professeur Ballarino ainsi que de l'actualité et l'importance de sa pensée.

Lausanne, Novembre 2017

Lukas Heckendorn Urscheler
Vice-directeur

Actes de la Journée

«La dimensione culturale del diritto
internazionale privato»

du 13 juin 2014 à Lausanne

Les empreintes de l'Histoire

Table des matières

1.	Introduction	15
2.	Des citations et digressions	18
3.	Des pages données en exemple	21
	Bibliographie	24

1. Introduction

Rechercher dans l'œuvre de Tito. Ballarino les empreintes de l'Histoire est une entreprise que l'auteur lui-même ne facilite pas. Il est même curieux de constater que dans le premier livre qu'il publia en 1970, il semble décourager cette entreprise. Dans un bref et discret avant-propos à la *Forma degli atti e diritto internazionale privato*¹, il décrit son projet en précisant:

«...Une analyse de la forme qui ne veut pas répéter les simplifications habituelles, ne peut être effectuée sans l'examen de tout le contenu du droit international privé et sans une analyse approfondie des législations déclarées applicables par l'intermédiaire de la règle de conflit. On pourrait dire que de deux côtés – d'une part, au niveau des principes fondamentaux du système positif du droit international privé; d'autre part, dans son application concrète à travers la mise en œuvre du matériel normatif étranger – reçoit confirmation l'aphorisme de Wittgenstein (*Tractatus logico-philosophicus*, Satz. 2. 033) 'la forme est la possibilité de la structure'²».

L'invocation, ou l'évocation de Wittgenstein n'est pas de bon augure pour l'historien; elle est même, tout autant que le mot *structure*, passablement dissuasive. Et si l'on comprend bien le dessein annoncé, celui-ci se réalisera dans le seul champ du droit positif, il se développera uniquement dans l'actualité – une actualité longue, remarquera-t-on à la lecture de l'ouvrage, mais une actualité qui serait tout de même coupée de ses racines historiques – lesquelles, nous dit-on, semblent bien n'avoir produit d'autres fruits que les «simplifications habituelles».

Ce choix d'exclure l'histoire surprend.

* Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

¹ CEDAM, Padoue, 1970.

² *Forma degli atti, op. cit.*, p. XIII.

Il surprend celui qui, avec beaucoup d'autres, a partagé le privilège d'accompagner l'auteur sur tel ou tel site, que ce soit Padoue, que ce soit Trévise, par exemple – Trévise ou Trévigny –, ou la Vénétie, que ce soit Urbino, que ce soit Urbania ou toutes ces localités que baigne le Metauro, ou encore que ce soit cette autre localité que baigne la Seine; cela était toujours l'occasion de commentaires et explications qui dénotaient une extraordinaire connaissance du passé, une connaissance qui signalait plus qu'une simple curiosité, un intérêt vif, profond et incontestable, et certainement caractéristique d'une personnalité.

Et ce ne sont pas les étudiants qui chaque été, depuis plus d'un demi-siècle, affluent à Urbino pour le *Séminaire européen de Droit comparé* qui démentiront cet intérêt, cet engagement pour l'histoire; n'ont-ils pas pour la plupart entendu, dès leur arrivée, la relation de quelques-uns des événements composant l'histoire du duché des Montefeltre? Ne se souviennent-ils pas, par exemple, de ce Guido de Montefeltre qui, s'il faut en croire Dante, descendit au huitième cercle de l'enfer pour n'avoir pas cru le diable aussi bon logicien³?

Y aurait-il donc deux Tito Ballarino? Celui d'une œuvre scientifique sans histoire et celui de bonne compagnie, fêru d'histoire?

La question ne peut être résolue à partir de ces seuls éléments. Les indices militant contre un tel dédoublement de la personnalité ne manquent pas.

On pourrait mentionner en premier lieu la revue *Diritto internazionale*, dont le rédacteur en chef, dans les années soixante, réservait quelques colonnes à la reproduction, en langue italienne, de pages de doctrine qui lui paraissaient dignes de passer à la postérité, dignes de composer une anthologie, dignes - pour tout dire - de constituer le fonds historique de la discipline du droit international privé.

Il y a plus; on doit en effet, en second lieu, tenir compte des observations que faisait dans la *Revue critique* en 1983⁴, Phocion Francescakis, dans une lumineuse recension de cet ouvrage simplement intitulé *Diritto internazionale privato*⁵, un ouvrage que l'éditeur rangeait dans la collection des manuels, mais qui sans doute était plus que cela, se classant «entre le manuel et le cours universitaire (pour informer donc, mais aussi pour former)⁶»; Francescakis y remarquait que l'auteur

«connait l'histoire du sujet au point que la trentaine de pages qu'il lui consacre (11-35) peuvent être données en exemple même si on regrette que son récit s'arrête à l'orée du [vingtième] siècle⁷».

³ *Divine comédie, L'enfer*, ch. XXVII: «Forse, tu non pensavi ch'io loico fossi!».

⁴ *Rev. crit. DIP*, 1983. 383.

⁵ CEDAM, Padoue, 1982.

⁶ *Rev. crit. DIP, op. cit.*, p. 390.

⁷ *Ibidem*, p. 384.

Ne nous attardons pas sur le regret d'un présent qui mordrait sur le passé, relevons simplement que ce présent est solidement adossé à un passé, un passé qui est familier.

Au demeurant, l'auteur du compte rendu, avec cette perspicacité, cette finesse qui, entre autres qualités scientifiques évidentes et éclatantes, caractérisaient tous ses travaux, notait, comme pour louer le style de l'œuvre, que

«les brèves digressions ou citations qu'on y trouve, historiques, biographiques, anecdotiques même, sont bienvenues pour atténuer la sécheresse du discours juridique conventionnel. Autant de témoignages de la vaste culture de l'auteur. Ajoutons qu'elle n'est pas seulement juridique⁸».

Dans ces quelques lignes, tout y est et tout nous conduit vers cette dimension culturelle du droit international privé.

Citations, nous dit Francescakis; ce sont là nos antiques *autorités* sur le poids desquelles il y aurait beaucoup à dire, ne serait-ce que parce que ce poids nous entraîne vers nos prédécesseurs, ceux qui avant nous ont forgé la discipline.

Digressions historiques, biographiques, anecdotiques; l'histoire, l'individu, l'événement sont convoqués selon une gradation qui, du plus vaste au plus étroit, du synthétique à l'analytique, ramène le discours juridique dans le flux de l'expérience, dans le temps du vécu et dans la singularité du cas exemplaire. Cependant il s'agit de digressions, c'est-à-dire que l'histoire ici n'est pas le sujet principal, elle suggère le cadre dans lequel se déroule l'action. On soupçonne alors combien cette histoire est chez Tito Ballarino une composante de la culture, une culture qui relie le présent au passé et qui refuse de considérer la discipline juridique comme un simple agrégat d'énoncés normatifs intemporels réglé par les seules contraintes du raisonnement logique. La vie du droit ne s'anime pas de la logique, elle s'anime de l'expérience.

Seulement, Tito Ballarino dans ce *Diritto internazionale privato* comme dans ses autres ouvrages n'enferme pas le droit dans le passé; il travaille dans le présent, sur le droit d'aujourd'hui et même, comme le fait tout juriste de notre tradition civiliste, sur le droit de demain, pensant bien que les conclusions qu'il tire de son étude d'un présent que le passé a nourri, définissent les modèles de conduite auxquels il faudra se fier désormais. C'est cette perspective d'une application future, d'une application prochaine de normes constamment *aggiornate* qui explique sans doute que les notations historiques qui émaillent son propos ne soient que rarement développées. Ce ne sont que des références au passé, à l'expérience juridique, qui tout à la fois signalent la positivité de la version du système de droit que propose l'auteur et en garantissent l'inscription dans la vie sociale.

⁸ *Ibidem*, p. 390.

Cependant, le travail du juriste n'est pas un travail d'érudition. L'histoire sur laquelle l'auteur s'appuie est, comme le droit étudié, réputée partagée par son public, elle peut donc n'être évoquée que discrètement; c'est une histoire par préférence qui ne devient explicite que de manière occasionnelle, à point nommé, pour remettre le lecteur sur la voie de laquelle une proposition inédite ou une thèse innovante pouvait sembler s'écarter. C'est le paradoxe de ces digressions que de ramener au thème principal. On pourra donner quelques exemples de cette pratique de l'histoire.

Mais Francescakis avait aussi évoqué certaine *trentaine de pages qui peuvent être données en exemple*. L'usage de l'histoire est alors différent. Il vaut aussi qu'on s'y arrête également.

2. Des citations et digressions

Les citations et digressions apparaissent dès le premier ouvrage marquant dans la carrière de Tito Ballarino. Elles apparaissent malgré l'avant-propos mentionné plus haut et cela était inévitable.

La forme des actes est une question aussi vénérable que la *question anglaise*⁹ ou que la question de l'*exclusion des filles mariées* de la succession de leurs parents¹⁰ et de plus, elle reste pour les historiens du droit international privé un thème de débat perpétuel.

Locus regit actum; tout le monde connaît l'adage, mais il est beaucoup plus malaisé d'en déterminer l'origine ou la signification originelle. Duguit, Buzzati, Lainé, Meijers et bien d'autres depuis ont discuté la question. Manifestement, Tito Ballarino s'est refusé à mêler sa voix à cette cacophonie. On aurait pourtant imaginé qu'il consacre au contraire une partie de sa recherche au problème de l'histoire de *locus regit actum*; il ne l'a pas fait. Sauf erreur, il limite sa participation à la

⁹ MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge», p. 597 et s. impute à J. de RÉVIGNY, la paternité d'un exemple qu'aurait proposé la coutume d'Angleterre attribuant à l'aîné la totalité de la succession, exemple repris par Guillaume de CUN, *Lectura super Codice*, fol. 2, §6, et sans doute transmis par CINO DA PISTOIA, *Commentaria super Codice, Lectura Codicis*(1.1.1), à BARTOLE, *In primam Codicis partem Commentaria*, §42 qui a assuré sa notoriété par le traitement singulier qu'il en a fait, aussitôt contesté par BALDE, *Baldi Ubaldi Perusini Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libra, Lectura super C. 1.1.1.*, §86. V. pour une présentation historique de la règle *locus regit actum*, V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, p. 133 et s.

¹⁰ V. BARTOLE, *In primam Codicis partem Commentaria*, §32, où cette exclusion est qualifiée *statut odieux*, ce que contestera BALDE, *Baldi Ubaldi Perusini Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libra, Lectura super C. 1.1.1.*, §89 -discussion indéfiniment reprise au cours des siècles suivants.

controverse historique à une courte phrase qu'on découvre à la page 90; arrivé à ce point, l'auteur nous informe en effet que

«historiquement, les règles de conflit sur la forme des actes dérivent d'une règle d'équivalence de l'acte public étranger et de l'acte national: la règle *locus regit actum* fut élaborée d'abord pour le régime concret des solennités de l'acte (le nombre des témoins etc.)».

Voilà qui est tout à fait caractéristique de l'approche de l'auteur. Ces quelques lignes qui se donnent explicitement pour objet une donnée historique auraient pu être développées à l'appui de la thèse que propose l'ouvrage: *équivalence, solennités*, ces deux notions sont en effet au cœur d'une thèse qui distinguera parmi les règles de forme celles qui imposent un type de solennité et celles qui configurent cette solennité, lesquelles poseront la question de l'équivalence lorsqu'on se demandera si la loi régissant le fond de l'acte est satisfaite de la forme qu'offre la loi du lieu de confection de l'acte. Il faut pourtant se contenter ici d'une simple digression, où la référence historique s'ordonne au discours propre de l'auteur tout en alertant le lecteur, tout en le ramenant ou en le maintenant sur les voies de la démonstration.

Cet enrôlement se révèle clairement si, revenant sur la phrase, à l'adverbe *historiquement* qui l'amorce, le lecteur substitue l'adverbe *rationnellement*. On conviendra que ce n'est plus tout à fait la même chose. Par la grâce d'un seul mot, la raison se fond dans l'histoire, qui lui appose le sceau de l'expérience.

Cette brève digression est assortie d'un renvoi à une note de bas de page, et la note de bas de page, *genre mineur* mais non minime¹¹, dont on a pu souligner, il n'y a pas si longtemps, la valeur, nous oriente vers une sélection limitée d'auteurs ayant défendu des opinions différentes; Buzzati, L. von Bar, Batiffol et van Hecke, et Betti¹². Ces indications ne sont pas des invitations à aller visiter ou revisiter les travaux de ces maîtres; en livrant un échantillon de cette histoire raisonnée et filtrée par les esprits les plus éminents, elles viennent plutôt couper court aux interrogations que le lecteur pourrait formuler: en moins de vingt lignes, la note 41 lui fournit un éclairage suffisant pour qu'il puisse continuer de suivre l'auteur dans sa progression.

La même observation est suggérée par un autre travail de Tito Ballarino, un ouvrage alors d'avant-garde: *Costituzione e diritto internazionale privato*¹³ où l'essentiel des éléments historiques est confié à des notes de bas pages; par exemple, page 97 à la

¹¹ D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, n. 38 et s., p. 37 et s.

¹² T. BALLARINO, *Forma degli atti, eod. loco, ad notam* 41.

¹³ CEDAM, Padoue, 1975.

note 4, où Aldricus est convoqué contre la conception qui réduirait le droit international privé à un règlement des compétences¹⁴.

On ne doit pas dire que Tito Ballarino a alors tourné le dos à l'histoire; certes, il n'a pas voulu «faire de l'histoire», du moins il a adossé sa recherche à l'histoire.

Sans doute, l'œuvre de Tito Ballarino offre bien d'autres exemples de cette pratique de l'histoire. On ne retiendra ici que celui que propose un article donné à la *Revue critique de droit international privé*, en 1979, sur «la réforme du droit italien de la famille et le droit international privé¹⁵». Il s'agit d'une brève présentation, en langue française, adressée à des non-italiens, des répercussions sur le droit international privé de l'introduction du divorce et de la réorganisation des rapports de famille dans le droit civil italien qu'était venue, peu de temps auparavant, couronner la loi du 19 mai 1975, n°151 (*Riforma del diritto di famiglia*). Il s'agissait d'un travail qui était alors tout d'actualité et de prospective. Néanmoins, l'auteur éprouve la nécessité de signaler à ses lecteurs, à propos de l'article 17 des Dispositions préliminaires du Code civil de 1942, que

«Depuis Mancini, cet article, qui soumet l'état, la capacité et les rapports de famille à la loi nationale est la clef de voute du système italien de droit international privé¹⁶».

C'est ainsi qu'au moment où la modification du droit interne l'interrogeait sur la possibilité d'appliquer à la relation matrimoniale cette disposition désignant la loi nationale, l'auteur éprouve le besoin d'en rappeler l'ancrage historique dans le droit positif. Il ne faut pas voir dans cette invocation de Mancini le témoignage d'un attachement viscéral au passé; il s'agit seulement de faire comprendre l'importance que représenterait l'abandon de la désignation de la loi nationale, c'est-à-dire la rupture avec la première codification de 1865 et avec les Dispositions préliminaires du code de 1942 que pourtant le législateur n'avait pas encore modifiées. Il n'y a là aucune hostilité envers la modification ou l'adaptation; bien au contraire, l'étude montre en effet que les réformes du droit interne de la famille traduisent une conception renouée de la structure familiale en droit interne, trop éloignée de celle sur la base de laquelle avaient raisonné les codificateurs de 1865 et de 1942, pour ne pas avoir des conséquences sur le plan du droit international privé. Mais la mention de Mancini ne vient pas seulement signaler que l'introduction du divorce modifie l'assise matérielle du droit international privé italien; elle dénote également une mutation sur le plan de l'interprétation: le principe de nationalité voit se briser son impérialisme herméneutique.

¹⁴ Autres citations: les auteurs familiaires: MANCINI (p. 9), ZITELMANN (p. 20), F. KAHN (p. 20), SAVIGNY (p. 154), etc.

¹⁵ *Rev. crit. DIP*, 1979. 281.

¹⁶ *Ibidem*, p. 284.

Si modeste soit-elle, la référence historique, ici encore en quelques mots marque les enjeux du débat.

Cet usage de l'histoire, modeste et opportun, cet usage légitime et respectueux de l'histoire qui l'instrumentalise sans l'asservir, suppose chez l'auteur la disponibilité permanente de tout un réservoir de connaissances exploitable selon les besoins et révèle ainsi une culture qui offre à point nommé l'exemple pertinent sans rompre le fil du propos. L'histoire reste d'ordinaire à l'arrière-plan, ne remontant qu'occasionnellement à l'avant-scène pour les besoins de la rhétorique de l'auteur.

Mais, habile tirer de l'ombre et à exploiter dans son discours positif les données historiques qui deviennent alors éclairantes, Tito Ballarino montre une maîtrise égale dans la présentation de l'évolution historique.

3. Des pages données en exemple

Francescakis avait repéré dans le «pseudo manuel» ou le «super manuel» de *Diritto internazionale privato*, ce talent particulier qui permet de dresser un tableau de l'histoire de la discipline en une trentaine de pages. Ce talent, on le découvre dans d'autres ouvrages à destination pédagogique.

Le *Manuel de Droit de l'Union européenne*¹⁷ consacre plus d'une vingtaine de pages à l'histoire courte de notre Europe; nécessaire, l'exercice est aussi difficile, s'agissant de l'Union européenne, car c'est là une histoire encore balbutiante, qui n'a pas encore fini de mûrir, loin s'en faut, et dont il est malaisé de tirer des vues synthétiques. Néanmoins, pour entrer en matière et y conduire le lecteur, il était raisonnable et il a paru recommandable de se risquer à un balisage suggestif (plus que descriptif) de la dynamique de l'entreprise européenne.

Plus démonstrative et plus significative est l'esquisse historique qui figure dans le *Traité de droit aéronautique et spatial*¹⁸. Il n'est pas sûr qu'on soit en présence d'une matière de beaucoup plus ancienne que le droit de l'Union; néanmoins, sa présentation court d'une époque où, sauf dans les carnets de Léonard, les appareils aéronautiques et engins spatiaux n'existaient pas encore et elle se poursuit jusqu'aux derniers développements de ce droit encore *in fieri*. Il s'agit ici aussi d'un manuel; toute la trame du temps y est déroulée et le passé que la navigation spatiale n'a pu offrir est suppléé par le passé qui lui a servi de moniteur, c'est-à-dire par le passé analogique de la navigation maritime et des espaces marins. Aucune rupture, mais une transition historique, un enchaînement du passé au présent et sans doute à l'avenir imposé par les nouvelles technologies du transport.

¹⁷ *Manuale di diritto de l'Unione europea*, (9^e éd., avec L. Bellodi).

¹⁸ BALLARINO-BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, 2^e éd.

Mais les pages qu'il faut donner en exemple sont celles du *Diritto internazionale privato*. Dans la première édition, celle de 1982, elles s'arrêtaient au début du 20^e siècle, dans la seconde, qui a entendu la remarque de l'auteur du compte rendu, elles se sont accrues d'une phase plus récente.

Cette présentation de l'histoire découpe donc *trois périodes* dont la dernière est, bien sûr, inachevée. La première, le temps de l'*incubation*, court des origines aux statutaires, tandis que la seconde couvre le temps de la *maturation* avec les statutaires pour se prolonger jusqu'au dix-neuvième siècle.

Évidemment, il n'est pas possible de détailler ici le sort fait à chaque période et force est de se limiter à quelque observation générale.

L'élément le plus frappant qui traverse l'ensemble du tableau et qui sans doute a présidé au choix des données rapportées, c'est la liaison constante depuis l'Antiquité entre la teneur du droit des conflits et la situation économique, culturelle et socio-politique des peuples concernés par ce problème des conflits; et peut-être même davantage entre la teneur du droit des conflits et la représentation de leur propre situation que pouvaient se faire les peuples concernés et que rapportent ceux qui furent leurs porte-parole. Ainsi l'histoire selon Tito Ballarino se fait avec les hommes qui l'écrivent: les doctrines et idées qui se sont succédées dans le temps, sont personnalisées par ceux qui en ont été les principaux artisans.

On pourrait citer pour commencer Jacopo Balduini et la distinction fondamentale que celui-ci établit dès la première moitié du treizième siècle entre les *ordinatoria litis* et les *decisoria litis*; il n'a sans doute pas inventé *ex nihilo* cette distinction de la procédure et du fond du litige – les linéaments en avaient été repérés par les canonistes –, mais il l'a certainement expérimentée dans ses fonctions de podestat à Gènes où il lui était facile de constater que si les statuts de Gènes réglaient le fonctionnement de la machinerie judiciaire génoise, ils n'étaient pas toujours faits pour gouverner des situations qui s'étaient créées ailleurs avec des personnes étrangères.

Cependant, il faut surtout retenir le cas vraiment historique de Bartole qui le premier a rendu un arbitrage entre le souci de régler les compétences communales et l'objectif d'assurer aux particuliers une solution juste. Préoccupé par l'organisation de l'Empire Romain-germanique, Bartole, conseiller de Charles IV, s'engage dans une tentative d'orchestration des compétences respectives de l'Empire et des villes italiennes, mais dans le même temps il est bien conscient que l'autonomie de ces communes est un phénomène inéluctable qui résulte d'un dynamisme économique et culturel qu'il faut absolument préserver et qui repose sur la liberté des citoyens, fût-elle alors encadrée par le régime communal des métiers. Aussi, pour trouver un équilibre, a-t-il l'idée de détourner aux fins d'une répartition universelle de l'exercice des *potestates* à l'intérieur de l'Empire un mécanisme de localisation des rapports juridiques qu'il emprunte à Jacques de Révigny et à ses successeurs de

l'Ecole d'Orléans et qui avait été expérimenté en dehors de tout souci de distribution des compétences, en pays coutumier, de l'autre côté des Alpes et sur la base de considérations essentiellement privatistes. Ainsi en vient-il au *locus contractus*, au *locus solutionis*, à la *lex rei sitae*, à *locus regit actum*, toutes normes de conflit bilatérales, parfaitement paritaires et relativement insensibles à l'intention de l'auteur de chaque règle, qui sont appelées ainsi à définir les compétences respectives des multiples foyers législatifs qui opèrent dans l'Italie du nord et bientôt dans toute l'Europe. Sauf à réserver les exigences fondamentales du droit commun qui condamnent les *statuta odiosa*.

Peut-être, après Bartole et l'hommage fait aux Français Charles Du Moulin et Bertrand d'Argentré, il faudrait dire un mot de l'école Hollandaise, des deux Voet, Paul et Jean, et d'Ulrik Huber qui développent à leur tour une conception universalisante du droit des conflits sur l'hypothèse westphalienne, anti-impériale, particulariste où s'affirme la souveraineté de chaque Etat à l'intérieur de ses frontières et l'opportune nécessité de favoriser le commerce international. Préoccupation du lieu et de l'époque, qui produit un droit des conflits territorialiste tempéré par une *Comitas* consolidant les droits acquis et qui propulse ainsi le problème du droit international privé sur le terrain des relations entre Etats, unifiant de la sorte le Droit des Gens.

Dans le sillage de cette doctrine prétend avancer Story, statutiste déclaré sur le terrain des principes qu'il confronte au conflit des compétences mais conflictualiste dès qu'il passe aux applications même s'il reste fidèle au territorialisme de ses maîtres – reprenant ainsi à sa manière l'arbitrage de Bartole pour le compte cette fois de la Fédération des Etats-Unis d'Amérique du Nord et, pour le dire brièvement, offrant par avance une image inversée de la doctrine de Mancini¹⁹, personnaliste avéré qui avec son principe de nationalité fait tout autant du droit international privé une affaire de relations entre Etats souverains, une composante d'un droit international général.

Par où ces auteurs se distinguent de Savigny et des plus grands maîtres de la discipline au vingtième siècle qui sont conflictualistes. Mais rares parmi eux sont les universalistes. Bartin, Dicey, Kahn, Anzilotti sont particularistes, et les générations suivantes et leurs successeurs, reconnaissant qu'en fait l'histoire s'est résolue à admettre la consubstantialité de l'Etat national et de l'ordre juridique et a assuré ainsi à chaque Etat la maîtrise de son droit international privé, s'efforceront de remédier aux inconvénients qui résultent inévitablement de cette position qui débouche sur l'apparition des conflits de systèmes et donc sur la nécessité de parvenir à une coordination des systèmes.

¹⁹ Laquelle doctrine est aussi l'objet d'une remarquable présentation dans la préface donnée à l'édition brésilienne des *Prolusioni*: MANCINI *Direito internacional*, p. 11-20.

Ces quelques observations bien incomplètes ne livrent qu'un reflet un peu pâle, économe et désordonné d'un tableau beaucoup plus riche, beaucoup plus vivant; elles n'avaient d'autre ambition que de montrer combien le passé laisse son empreinte sur l'œuvre de Tito Ballarino. Cette œuvre qui ordonne le présent pour mieux gérer l'avenir prêche pour l'histoire; l'histoire, secours et guide de la pensée du juriste.

Bibliographie

- BALLARINO, T., «La réforme du droit italien de la famille et le droit international privé», *Rev. crit. DIP*, 1979. 281.
- BALLARINO, T., *Costituzione e diritto internazionale privato*, CEDAM, Padoue, 1975.
- BALLARINO, T., *Diritto aeronautico e spaziale*, 2e éd. Giuffrè, Milan, (avec S. Busti), 1988.
- BALLARINO, T., *Diritto Internazionale Privato*, CEDAM, Padoue, 1982.
- BALLARINO, T., *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, CEDAM, Padoue, 1970.
- BALLARINO, T., *Manuale di diritto de l'Unione europea*, Cedam, Padoue, (9e éd., avec L. Bellodi), 2010.
- BALLARINO, T., Préface à l'édition brésilienne des *Prolusioni*: MANCINI, *Direito internacional*, Ijuí, Rio Grande do Sul, 2003, p. 11-20.
- BODEN, D., *L'ordre public: limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris 1, 2002.
- DELAPORTE, V. *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris I, 1974.
- FRANCESCAKIS, P., compte-rendu *Tito Ballarino, Diritto Internazionale Privato, CEDAM, Padoue, 1982*, *Rev. crit. DIP*, 1983. 383.
- MEIJERS, E.M., «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge», *Rec. Cours La Haye*, vol. 49, 1934, III.

Ouvrages classiques

- BALDO DEGLI UBALDI, *Baldi Ubaldi Perusini Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libra*, Venise 1552.
- BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Codicis partem Commentaria*, 1589, Turin.
- DANTE ALIGHIERI, *Divine comédie*, L'enfer, ch. XXVII.
- GUILLAUME DE CUN, *Lectura super Codice*, Maffei, Cortese, Rossi éd., Forni editoriale, Bologna, 1968.

Diritto internazionale privato e diritto comparato: una coppia inseparabile

Indice

1.	Osservazioni introduttive	27
2.	La qualificazione del testamento congiuntivo e dei testamenti reciproci	29
3.	La legittima successoria e l'ordine pubblico	34
4.	Conclusioni	41
	Bibliografia	43

1. Osservazioni introduttive

Il diritto internazionale privato, materia per cui Tito Ballarino ha sempre avuto una particolare inclinazione, è stato definito «droit savant», con riferimento alle sue origini e alla sua prima evoluzione eminentemente scientifica e dottrinale¹. «Savants» sono anche il ragionamento e i metodi del diritto internazionale privato, difficilmente riconducibili ad una pura meccanica sillogistica, le sue alchimie spesso sorprendenti per il giurista nazionale, la sua ricerca costante di un delicato equilibrio tra i valori interni ed internazionali. In senso più ampio, «savant» il diritto internazionale privato lo è altresì per la sua vocazione a comporre i conflitti di leggi promuovendo la coabitazione armoniosa dei diritti nazionali e facilitando le vite e gli scambi transnazionali.

Ma il diritto internazionale privato è «savant» soprattutto perché riposa necessariamente sulla conoscenza e la comprensione dell'ordinamento interno e degli ordinamenti stranieri. È evidente che la nostra materia si alimenta di quei conflitti di leggi che sono rivelati dall'analisi comparativa. Arduo, probabilmente impossibile, essere un buon internazionalprivatista, senza essere al contempo un fine comparatista. E la regola trova certamente conferma nel caso di Tito Ballarino,

* Professore all'Università di Losanna; direttore del Centro di diritto comparato, europeo e internazionale. L'autore di questa nota ha scritto la sua tesi di laurea del 1988 sotto la direzione di Tito Ballarino e fatto i primi passi accademici come suo assistente e dottorando. Grazie a Tito Ballarino ha "scoperto" l'Istituto svizzero di diritto comparato, trampolino che gli ha permesso di diventare professore all'Università di Losanna.

¹ Il riferimento è in particolare al noto corso di Bruno OPPETIT, «Droit international privé, droit savant», pp. 331-433.

la cui ampia cultura – storica, artistica, filosofica, politica – culminava in una profonda conoscenza dei sistemi giuridici comparati.

Il legame tra diritto internazionale privato e diritto comparato è stato spesso sottolineato in dottrina al punto di essere diventato un luogo comune. Meno studiata – ma non meno intensa e interessante – è la relazione tra il diritto comparato e il diritto internazionale privato di fonte europea. È questo particolare aspetto che intendiamo approfondire in questo breve contributo, alla luce di alcuni esempi tratti dal recente regolamento europeo sulle successioni².

La scelta del tema non è casuale. Oltre all'attualità dell'argomento³, è facile rilevare che il diritto delle successioni offre un terreno particolarmente fertile per l'analisi comparativa, data la sorprendente varietà delle soluzioni nazionali. Vero «paradiso» del comparatista il diritto successorio si rivela spesso un «purgatorio» per l'internazionalprivatista, obbligato a far prova di grande immaginazione per pervenire a soluzioni armoniose. Il regolamento successioni contiene alcuni esempi interessanti della complessità cui il legislatore europeo ha dovuto confrontarsi e della creatività di cui ha saputo far prova.

L'argomento appare altresì particolarmente adatto per onorare la memoria di Tito Ballarino che ha sempre manifestato un grandissimo interesse tanto per il diritto europeo⁴ – e per il diritto internazionale privato europeo in particolare⁵ – che per la problematica delle successioni internazionali⁶.

² Regolamento (UE) N. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, *G.U.U.E.*, L 201 del 27 luglio 2012, p. 107 ss.

³ Il regolamento successioni è una delle realizzazioni più recenti delle istituzioni europee nel campo della cooperazione in materia civile ed è applicabile in 25 Stati membri a far data dal 17 agosto 2015.

⁴ Basti ricordare il manuale *Diritto dell'Unione europea*, pubblicato da Cedam, e giunto nel 2010 alla sua 9ª edizione.

⁵ Tito Ballarino è stato uno dei primi esperti italiani ad interessarsi a questo tema: v. l'articolo «La Cee e il diritto internazionale privato», pp. 1-13. Tra i saggi più recenti, ricordiamo: «From *Centros* to *Überseering* – EC Rights of Establishment and Conflict of Laws», pp. 203-216; «Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve de droit communautaire d'établissement», pp. 373-402; «On *Avello* and other judgments: a new point of departure in the conflict of laws?», pp. 85-128 (con B. Ubertazzi); «Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea» (con Luigi Mari), pp. 7-46; «Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I», pp. 40-64.

⁶ Alcuni dei suoi più recenti articoli di diritto internazionale privato riguardano le successioni: «La nuova disciplina delle successioni internazionali», pp. 5-45; «Il nuovo regolamento europeo delle successioni», pp. 1116-1145; «Una disciplina ultracentenaria delle successioni» (con I. Pretelli), pp. 889-921. Tra gli scritti anteriori,

Nel diritto internazionale privato di fonte interna, le categorie internazionalprivatistiche si basano, in genere, su nozioni e istituti del diritto interno. È noto, peraltro, che per poter adempiere pienamente alla funzione transnazionale delle norme di conflitto, questi concetti devono essere interpretati in modo ampio, così da ricomprendere anche nozioni ed istituti equivalenti propri di ordinamenti stranieri. Talvolta capita persino che i sistemi nazionali di diritto internazionale privato adottino categorie giuridiche ignote al diritto interno, in modo da poter abbracciare istituti giuridici stranieri; ciò può essere l'effetto dell'adesione a una convenzione internazionale⁷ o, più raramente, di una decisione autonoma del legislatore interno.

La questione si pone – evidentemente – in termini molto diversi nel diritto internazionale privato di fonte europea. Le materie disciplinate dai numerosi regolamenti internazionalprivatistici non sono – in genere – regolate dal diritto europeo sul piano sostanziale, sicché non è possibile costruire delle norme di conflitto sulla base di nozioni e istituti preesistenti nell'ordinamento giuridico europeo. Ciò è evidente per le successioni, materia che continua a essere regolata essenzialmente dal diritto sostanziale degli Stati membri. In quest'ambito, come in molti altri, il legislatore europeo deve dunque costruire delle categorie di collegamento basandosi su elementi dedotti dagli ordinamenti giuridici nazionali e sulla loro comparazione⁸.

2. La qualificazione del testamento congiuntivo e dei testamenti reciproci

Talvolta, il metodo comparativo conduce ad elaborare nozioni che non coincidono esattamente con quelle invalse nel diritto interno degli Stati membri. Un esempio interessante è fornito dalle nozioni di «testamento congiuntivo» e di «testamenti reciproci» contenute nel regolamento successioni. Alcuni brevi cenni di diritto

ricordiamo in particolare la voce «Successione ereditaria. Diritto internazionale privato», in *Enciclopedia del diritto*, pp. 1268-1296.

⁷ Ben noto è il caso della convenzione dell'Aja del 1985, che ha introdotto la nozione di *trust* come categoria autonoma di collegamento in vari ordinamenti civilistici che la ignoravano.

⁸ Non si tratta di una prerogativa del solo diritto europeo. Il metodo comparatistico deve essere usato, evidentemente, anche per l'elaborazione di convenzioni internazionali. E talvolta il legislatore europeo può contare sui lavori precedentemente condotti da altre organizzazioni internazionali. Nel caso del regolamento successioni, particolarmente importanti sono state la convenzione dell'Aja del 1961 sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie, quella del 1973 sull'amministrazione internazionale delle successioni e, in particolare, quella del 1989 sulla legge applicabile alle successioni per causa di morte.

comparato permetteranno di apprezzare le difficoltà che il legislatore comunitario ha dovuto affrontare in tale contesto.

In molti ordinamenti nazionali, il testamento congiuntivo si caratterizza per l'unità documentale: si tratta cioè di un testamento redatto da due o più persone in un unico atto. Questa è in genere la definizione adottata nei sistemi giuridici che vietano i testamenti congiuntivi, come il diritto francese e quello italiano⁹.

Questa nozione, tuttavia, non corrisponde a quella del diritto tedesco. Tale ordinamento permette, in certi casi, la confezione di un testamento congiuntivo («*gemeinschaftliches Testament*»)¹⁰, ma non lo definisce in funzione dell'unità documentale, bensì del suo contenuto: un testamento è qualificato come congiuntivo (e sottoposto dunque ad un regime particolare, soprattutto per quanto attiene alla sua revocabilità) quando è stato voluto come tale dai testatori¹¹ e, in particolare, quando contiene disposizioni interdipendenti («*wechselbezügliche Verfügungen*»)¹². Questa qualificazione comporta varie conseguenze; in particolare, le disposizioni interdipendenti contenute nel testamento congiuntivo possono essere liberamente revocate, nel rispetto di certe condizioni, fintantoché i testatori sono in vita, ma diventano irrevocabili alla morte del primo di essi¹³.

Una concezione simile si ritrova anche nei sistemi anglosassoni, in cui peraltro il termine utilizzato non è «testamento congiuntivo» ma «testamenti reciproci». I «*mutual wills*» anglosassoni si caratterizzano perché riposano su un accordo tra i testatori («*an agreement*»)¹⁴. Ne consegue che le disposizioni in essi contenute sono collegate tra di loro e sono dunque soggette – come quelle del *gemeinschaftliches Testament* tedesco – ad alcuni limiti quanto alla loro revocabilità: finché i due testatori sono in vita, la revoca da parte di uno di essi è possibile a condizione che

⁹ Secondo l'art. 968 c.c. francese, «[u]n testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque ou mutuelle». Tale disposizione è stata ripresa, talvolta alla lettera, in numerose codificazioni nazionali ostili ai testamenti congiuntivi. Così, l'art. 589 c.c. italiano dispone che «[n]on si può fare testamento da due o più persone nel medesimo atto, né a vantaggio di un terzo né con disposizione reciproca».

¹⁰ Questo tipo di testamento può essere redatto da coniugi (§ 2265 BGB) o da partner registrati (§ 10(4) *Lebenspartnerschaftsgesetz*). V. D. LEIPOLD, *Erbrecht*, nn. 457-458.

¹¹ Cfr. LEIPOLD, *Erbrecht*, n. 460.

¹² § 2270(1) BGB, ai sensi del quale vi è "interdipendenza", quando si deve ritenere che le disposizioni contenute in un testamento non sarebbero state prese in assenza delle disposizioni contenute nell'altro. V. D. LEIPOLD, *Erbrecht*, nn. 466-468.

¹³ § 2271 BGB. V. LEIPOLD, *Erbrecht*, nn. 470-472.

¹⁴ Si tratta in genere dell'accordo di non revocare i rispettivi testamenti («*agreement not to revoke the wills*»): cfr. PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, 12^a ed. [a cura di R. KERRIDGE & A.H.R. BRIERLEY], nn. 6-33 ss.

sia comunicata all'altro testatore; dopo la morte del primo testatore¹⁵, invece, il superstite diventa, nell'interesse dei beneficiari, un «*constructive trustee*» dei beni che formano oggetto dei testamenti reciproci¹⁶. Inoltre, come i testamenti congiuntivi tedeschi, i *mutual wills* possono essere contenuti in un unico documento, ma non lo sono necessariamente: i «*separate mutual wills*» sono soggetti allo stesso regime che i «*joint mutual wills*»¹⁷.

Si noti altresì che la nozione di *mutual wills* – per quanto traducibile come «testamenti reciproci» – non comporta necessariamente delle «disposizioni reciproche» (un testatore dispone in favore dell'altro e viceversa)¹⁸, ben potendo tali testamenti contenere delle disposizioni in favore di terzi. Ciò li accomuna, ancora una volta, ai testamenti congiuntivi tedeschi, i quali possono contenere disposizioni reciproche (si parla allora di «*gegenseitige Einsetzung*»)¹⁹ oppure disposizioni in favore di un terzo, sempreché siano interdipendenti (cioè che ciascun testatore abbia gratificato il terzo a causa di quanto disposto dall'altro testatore)²⁰. Sotto tale profilo tanto i *mutual wills* che i *gemeinschaftliche Testamente* si distinguono dai testamenti reciproci come definiti in altri ordinamenti, per esempio nel diritto francese e in quello italiano²¹.

In tale labirinto semantico, il compito del legislatore europeo non era agevole. La soluzione finalmente adottata consiste nel prevedere due definizioni distinte, l'una per il testamento congiuntivo e l'altra per i testamenti reciproci, entrambe contenute nell'art. 3, par. 1, del regolamento. Esse sono rilevanti, in particolare, per determinare l'ambito di applicazione delle norme speciali dedicate alla determinazione della legge applicabile all'ammissibilità, alla validità sostanziale e formale nonché a certi effetti delle disposizioni a causa di morte (articoli 24-27).

¹⁵ La morte del primo testatore costituisce, nella terminologia anglosassone, un «*binding event*» che limita la revocabilità dei *mutual wills*: v. PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, 12^a ed. (a cura di R. KERRIDGE & A.H.R. BRIERLEY), n. 6-36.

¹⁶ PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, n. 6-37 s.

¹⁷ PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, n. 6-33.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ V. § 2269 BGB («Gegenseitige Einsetzung»).

²⁰ Ai sensi del § 2270(2) BGB, l'interdipendenza caratteristica del testamento congiuntivo («*Wechselbezüglichkeit*») si presume quando le disposizioni sono «reciproche» («*gegenseitige Verfügungen*»), ma può sussistere anche in presenza di disposizioni in favore di un terzo.

²¹ Il diritto francese distingue, sul piano terminologico, les «*dispositions réciproques ou mutuelles*» contenute in un testamento congiuntivo dalle «*dispositions au profit d'un tiers*» (v. art. 968 CCF). In senso analogo viene usata, nel diritto italiano, l'espressione «disposizione reciproca»: v. l'art. 589 CCI, nonché Cass. 5 aprile 2012, n. 5508, in *Giust. civ.*, 2012, p. 1197; B. BAREL, in P. FRANZINA & A. LEANDRO, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, p. 111, nota 10.

Come vedremo, la definizione dei testamenti reciproci è – sotto il profilo operativo – molto più importante di quella del testamento congiuntivo.

Secondo la definizione dell'art. 3, par. 1, lett. c, un testamento congiuntivo («*testament conjonctif*», «*joint will*», «*gemeinschaftliches Testament*») è «un testamento redatto in un unico documento da due o più persone». Si tratta, dunque, di una definizione basata su un criterio puramente formale, l'unità documentale. Ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. d, questi testamenti fanno parte delle disposizioni a causa di morte, insieme ai testamenti e ai patti successori.

Nel contempo, l'art. 3, par. 1, lett. b, definisce il patto successorio come «un accordo, anche derivante da testamenti reciproci» («*testaments mutuels*», «*mutual wills*», «*gegenseitige Testamente*»). Come si desume da tale definizione, i testamenti reciproci sono concepiti come una categoria particolare di patti successori, come tali distinti dai testamenti congiuntivi. Come risolvere tale apparente contraddizione?

Seguendo la terminologia del regolamento, conviene distinguere il testamento congiuntivo dai testamenti reciproci²². Il primo è caratterizzato – come nel diritto francese e in quello italiano – da un elemento formale, cioè l'unità documentale; per contro, l'elemento determinante per i testamenti reciproci è il fatto che si basano su un accordo tra i disponenti. Ciò li apparenta ai patti successori. Nella maggior parte dei casi, questi due elementi (unità documentale e accordo) coesistono; in effetti, se due persone fanno testamento nello stesso documento lo fanno in genere sulla base di un accordo: si tratterà allora di testamenti congiuntivi e reciproci («*joint mutual wills*», secondo la terminologia inglese). Tuttavia, non sempre è così: è possibile, in effetti, che dei testamenti formalmente separati siano redatti in esecuzione di un accordo («*separate mutual wills*») o anche, all'inverso, che due testamenti siano redatti in uno stesso documento senza che vi sia un accordo tra i disponenti²³. Ai sensi del regolamento, le disposizioni devono essere qualificate come testamenti reciproci quando si basano su un accordo tra i testatori – e sono allora assimilate a un patto successorio a norma dell'art. 3, par. 1, lett. b²⁴. Per

²² Conviene notare che questa distinzione non figurava nella proposta di regolamento. Questo testo conteneva soltanto una definizione dei testamenti congiuntivi, basata essenzialmente su di un criterio formale: «si intende per [...] 'testamenti congiuntivi', i testamenti redatti da due o più persone con lo stesso atto, a favore di un terzo e/o a titolo di disposizione reciproca» (art. 2, lett. d, della proposta).

²³ Tale ipotesi è senza dubbio meno frequente, ma può comunque prodursi. Tale è il caso, in diritto tedesco, quando i coniugi redigono i loro testamenti nello stesso documento, ma escludono espressamente l'esistenza di un vincolo (*Bindung*) tra le loro disposizioni: v. K. LECHNER, «Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung», p. 27.

²⁴ Molto chiaro su questo punto, K. LECHNER, «Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung», p. 27. Nello stesso senso, A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste

contro, in mancanza di accordo tra i testatori, si ha, nella terminologia del regolamento, un testamento congiuntivo non reciproco.

L'importanza pratica di tale distinzione deriva dal fatto che il regolamento consacra due disposizioni distinte all'ammissibilità e alla validità sostanziale dei patti successori (art. 25), da un lato, e delle «altre disposizioni a causa di morte», dall'altro (art. 24). Si desume dalle considerazioni precedenti che dei testamenti reciproci (basati su un accordo) devono essere assimilati ad un patto successorio: sono dunque disciplinati dall'art. 25 (e non dall'art. 24)²⁵. Ciò vale non soltanto nel caso in cui le disposizioni sono contenute in documenti separati (*separate mutual wills*), ma anche – e *a fortiori* – quando sono contenute in un unico documento (testamenti congiuntivi reciproci, *joint mutual wills*)²⁶. Tale soluzione si adatta bene alle caratteristiche dei testamenti reciproci, in particolare ai limiti che certi ordinamenti prevedono quanto alla loro revocabilità – il che li accomuna ai patti successori. Per contro, in mancanza di un accordo tra i testatori, non vi sono testamenti reciproci; pertanto, le disposizioni fatte da ciascun testatore sono regolate, separatamente, dall'art. 24; ciò vale anche quando siano contenute in un unico documento (testamento congiuntivo non reciproco)²⁷. Si noti che la validità formale di tali atti è regolata in ogni caso dall'art. 27, articolo che si applica a tutte le disposizioni a causa di morte (testamenti e patti successori).

Come anticipato, nel sistema del regolamento, la qualificazione di un atto come testamento congiuntivo non comporta conseguenze particolari: non si capisce, pertanto, quale sia l'utilità della definizione. Per di più, la duplice definizione contenuta nel regolamento non brilla certo per chiarezza. In effetti, la terminologia adottata può creare confusione nella misura in cui l'espressione «testamenti

Lektüre der Erbrechtsverordnung», p. 10; S. HERZOG, «Die EU-Erbrechtsverordnung (EU-ErbVO)», p. 8 ss. *Contra*: U. SIMON & M. BUSCHBAUM, «Die neue EU-Erbrechtsverordnung», p. 2396; C.F. NORDMEIER, «EuErbVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente», p. 514.

²⁵ K. LECHNER, «Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung», p. 27; A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», p. 10; S. HERZOG, «Die EU-Erbrechtsverordnung (EU-ErbVO)», pp. 8 ss.; G. KHAIRALLAH, in G. KHAIRALLAH & M. REVILLARD (éds.), *Droit européen et international des successions: le règlement du 4 juillet 2012*, p. 61. *Contra*: U. SIMON & M. BUSCHBAUM, «Die neue EU-Erbrechtsverordnung», p. 2396; C.F. NORDMEIER, «EuErbVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente», p. 514 (questo A. sembra voler applicare l'art. 24 ai testamenti reciproci congiuntivi e l'art. 25 ai testamenti reciproci redatti in documenti separati; tuttavia, critica lui stesso la contraddizione – *Wertungswiderspruch* – che inevitabilmente risulta da tale distinzione; v. p. 517).

²⁶ In tal senso anche B. BAREL, in P. FRANZINA & A. LEANDRO, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, p. 112.

²⁷ A. DUTTA, «EuErbVO», in *Münchener Kommentar, Internationales Privatrecht I*, Art. 3 EuErbVO, n. 9.

reciproci» viene utilizzata in un senso distinto da quello proprio di alcuni diritti nazionali (quello francese e quello italiano, ad esempio)²⁸. Soltanto la conoscenza comparativa dei sistemi nazionali permette di comprendere l'obiettivo difficoltà di pervenire a una definizione uniforme e di apprezzare comunque il risultato raggiunto. Il diritto comparato è dunque uno strumento indispensabile per garantire che le nuove nozioni europee siano interpretate in modo autonomo e coerente con gli obiettivi perseguiti.

3. La legittima successoria e l'ordine pubblico

Il funzionamento della riserva dell'ordine pubblico riposa anch'esso, in larga misura, su una metodologia comparatistica. Dopo aver determinato il risultato cui potrebbe condurre, nel caso di specie, l'applicazione del diritto straniero designato dalle norme di conflitto, il giudice deve chiedersi se tale risultato sia compatibile con i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico del foro.

Se in passato l'individuazione di tali valori era un esercizio essenzialmente «introspettivo», non si deve dimenticare oggi il ruolo crescente degli strumenti internazionali ed europei, i quali impongono di ricorrere, almeno in una certa misura, a valutazioni comparatistiche. In Europa, in particolare, l'ordine pubblico comprende i diritti fondamentali, rispetto ai quali la Convenzione europea dei diritti umani²⁹ e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁰ rappresentano il riferimento essenziale. In tale contesto, non si deve dimenticare che l'interpretazione di questi testi è tributaria, in misura importante, del diritto comparato, in particolare delle «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati europei.

Quanto alla compatibilità delle norme straniere con i valori del foro, è evidente che può essere anch'essa valutata soltanto attraverso una comparazione obiettiva ed equilibrata tra i due ordinamenti. Ciò vale sia per il diritto internazionale privato

²⁸ Cf. *supra*, nota 21.

²⁹ Certo l'Unione europea non ha ancora aderito alla convenzione – e in seguito al recente parere della Corte di giustizia sull'accordo sull'adesione (C. giust. UE (sez. plenaria), 18 dicembre 2014, parere 2/13) è probabile che l'adesione non si produca, almeno in un futuro immediato. Tuttavia, l'art. 6 TUE stabilisce, ai paragrafi 2 e 3, che l'Unione «aderisce alla Convenzione» e che «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

³⁰ La Carta, inizialmente sprovvista di forza obbligatoria, è diventata parte integrante del diritto dell'Unione con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona. Ai sensi dell'art. 6 TUE, «[l']Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

nazionale, sia per quello europeo. La maggior parte dei regolamenti europei adottati sinora, siano essi attinenti al diritto applicabile o al diritto processuale internazionale, consentono, in effetti, agli Stati membri di rifiutare l'applicazione della legge straniera o il riconoscimento delle decisioni rese in un altro Stato membro nel caso di manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico dello Stato del foro³¹.

Ma vi è di più. Nel contesto europeo, la riserva dell'ordine pubblico è tributaria del diritto comparato anche per un altro motivo. Giova ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, la protezione dei principi fondamentali propri a ogni Stato membro può farsi soltanto nel rispetto dei limiti imposti dal diritto europeo. Se è vero che spetta agli organi giurisdizionali di ogni Stato membro di determinare se e in che misura l'applicazione del diritto straniero sia compatibile con l'ordine pubblico del foro, la Corte di giustizia si riserva il compito di «controllare i limiti entro i quali il giudice di uno Stato contraente può ricorrere a tale nozione»³².

Sebbene formulata con riferimento al riconoscimento delle decisioni in seno allo spazio giudiziario europeo, questa giurisprudenza vale senza dubbio anche nel caso in cui testi di diritto europeo prescrivano l'applicazione di una legge straniera, in particolare quella di un altro Stato membro.

Sotto tale profilo un ruolo importante spetta certamente ai principi di diritto europeo³³. Tuttavia, dei limiti al ricorso all'ordine pubblico possono risultare anche da un'analisi comparativa degli ordinamenti degli Stati membri.

Cercheremo di dimostrarlo prendendo nuovamente ad esempio il regolamento successioni. Uno dei principali interrogativi connessi con l'applicazione di questo strumento riguarda la relazione tra l'ordine pubblico e la legittima successoria. Per cercare una risposta a tale problema, il diritto europeo non può fornire molte

³¹ A titolo di esempio, ricordiamo l'art. 45(1)(a) del regolamento Bruxelles I-*bis* e l'art. 21 del regolamento Roma I.

³² C. giust. CE, 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach c. Bambersky*, in *Racc.*, 2000, p. I-1935, punto 23, e in *Rev. crit. DIP*, 2000, pp. 481 ss., nota H. MUIR WATT. V. anche C. giust. CE, 11 maggio 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, in *Racc.*, 2000, p. I-2973, punto 27; C. giust. CE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Racc.*, 2004, p. I-9609, punto 30 [dove si afferma che la portata dell'ordine pubblico «non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie»].

³³ Come ricordato nel considerando 58 del regolamento successioni, «agli organi giurisdizionali o alle altre autorità competenti non dovrebbe essere consentito di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico per disapplicare la legge di un altro Stato membro [...] qualora ciò avvenisse in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare del suo articolo 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione».

indicazioni, dato che non regola il diritto successorio sul piano sostanziale. Molto più promettente è l'analisi comparativa degli ordinamenti degli Stati membri.

In materia di legittima, vi è una divisione nel cuore dell'Unione europea. La legittima è prevista nella maggior parte dei sistemi di *civil law*³⁴. Tra le rare eccezioni, si possono ricordare alcuni diritti regionali («*derechos forales*») del Nord della Spagna che prevedono una legittima puramente formale (in virtù della quale è sufficiente nominare il legittimario pretermesso, destinandogli una somma simbolica)³⁵.

Tuttavia, differenze significative esistono per quanto riguarda i beneficiari della legittima. Nella maggior parte degli ordinamenti che contemplano tale istituto, beneficiari ne sono i figli e i discendenti del defunto. In vari diritti, la qualità di legittimario è riconosciuta altresì ai genitori e talvolta ad altri ascendenti, per lo più in assenza di discendenti; tuttavia, alcuni paesi pur legati al principio della legittima hanno recentemente privato gli ascendenti di tale qualità (tale è il caso della Francia con la riforma del 2006).

Nella maggior parte dei paesi, il coniuge superstite figura tra i legittimari, ma esistono notevoli differenze per quanto riguarda le condizioni della protezione. Mentre in alcuni paesi, è protetto con modalità analoghe ai figli e concorre con questi ultimi (Germania e Italia ad esempio), in altri la qualità di legittimario gli viene riconosciuta unicamente in assenza di discendenti (tale è il caso in Francia)³⁶ o solo in caso di necessità (come avviene in alcuni paesi scandinavi e in Catalogna)³⁷. In assenza di quota di legittima, alcuni ordinamenti tutelano il coniuge superstite assegnandogli determinati diritti sulla casa coniugale o, se necessario, mediante la concessione di alimenti *post mortem* (Francia)³⁸.

Differenze ancor più significative si riscontrano nella tutela del partner registrato, pur nei paesi che prevedono tale relazione. Se in alcuni ordinamenti il partner è protetto alle stesse condizioni del coniuge (come avviene in Germania e Svizzera), in altri non gode di alcuna protezione sul piano successorio (in Francia, il PACS non attribuisce alcun diritto a succedere nel patrimonio del partner venuto a mancare).

Infine, disparità rilevanti esistono quanto alla natura della legittima (*pars hereditatis*, secondo il modello tradizionale di diritto francese, o *pars valoris*, secondo il modello tedesco), al suo oggetto (il diritto ad una parte dei beni in

³⁴ Per una breve disamina comparatistica, v. A. BONOMI, «La vocation successorale volontaire dans certains droits européens», p. 58 ss.

³⁵ Questo è il caso dei *fueros* di Navarra e della provincia basca d'Ayala: v. S. CAMARA LAPUENTE, «New Developments in the Spanish Law of Succession», p. 28 ss.

³⁶ Art. 914-1 c.c.

³⁷ La *cuarta vidual* del diritto catalano – pur essendo considerata come un'istituzione diversa dalla legittima – svolge una funzione equivalente.

³⁸ Art. 767 c.c.

proprietà o in usufrutto), alle modalità di calcolo della quota riservata (quali liberalità *inter vivos* devono essere considerate?) nonché alle forme procedurali per la sua attuazione (azione in riduzione, eccezione).

La legittima non esiste, come tale, negli ordinamenti di *common law*, che conoscono però vari «equivalenti funzionali».

Il diritto inglese permette a certe persone prossime al defunto di agire dinanzi al giudice competente per chiedere l'attribuzione di prestazioni patrimoniale a carico della successione («*family provision*»)³⁹. Questo rimedio, introdotto in Inghilterra nel 1934 per correggere gli eccessi della libertà testamentaria assoluta, sul modello di altre giurisdizioni di *common law* (Nuova Zelanda, diversi stati australiani e province canadesi), si distingue dalla legittima sotto vari profili. In primo luogo, non costituisce un vero e proprio diritto, bensì una richiesta sottoposta alla valutazione discrezionale dei giudici, i quali sono liberi di concedere o meno l'allocatazione richiesta e, in caso affermativo, di determinarne l'entità e le modalità di prestazione. Non vi è, dunque, una vera «quota» di legittima, poiché il giudice è libero di assegnare qualsiasi prestazione ritenga appropriata entro i limiti della successione. Le modalità della prestazione sono anch'esse molto varie, potendosi concretizzare in una prestazione unica, una rendita, il trasferimento della proprietà di beni ereditari, la creazione di un *trust* in favore del richiedente.

Il fondamento della *family provision* è *lato sensu* alimentare e dipende, in ogni caso, da una valutazione equitativa. Per ottenere tale prestazione, il richiedente deve, in effetti, provare che, in considerazione della sua condizione economica, quanto ha ricevuto a titolo successorio non costituisce una «attribuzione ragionevole» rispetto alle sue esigenze. Nel caso del coniuge (o del partner), tale ragionevolezza si determina in base ad un criterio che mira a promuovere la parità (nel diritto inglese, si parla dello «standard del coniuge superstite», «*surviving spouse standard*»), laddove per gli altri eventuali ricorrenti i bisogni alimentari sono determinanti, anche se intesi con una certa ampiezza («*maintenance standard*»). Ne consegue che, per quanto concerne i figli, solo i minori e gli incapaci hanno una reale possibilità di ottenere tale beneficio, mentre l'azione intentata da un figlio adulto, in grado di lavorare e generare il proprio reddito, di solito non viene accolta.

Per altro verso, la natura alimentare consente di definire in maniera piuttosto ampia il cerchio dei possibili aventi diritto, che può includere, oltre ai membri della famiglia del defunto, le persone che dipendevano economicamente dal *de cuius* prima della morte (ivi compreso il partner non registrato).

³⁹ Sulla *family provision* nel diritto inglese, v. R.D. OUGHTON (dir. pub.), *Tyler's Family Provision*; A. BONOMI, «La vocation successorale volontaire dans certains droits européens», p. 56 ss.

In considerazione di queste differenze, non si può ritenere, in Europa, che l'assenza della legittima costituisca di per sé la violazione di un diritto fondamentale. In effetti, nei casi di diritto successorio che le sono stati sottoposti, la Corte europea dei diritti umani – pur sanzionando spesso le discriminazioni tra gli eredi – non ha mai considerato che l'assenza di diritti successori possa costituire, di per sé, una violazione della Convenzione⁴⁰.

Ciò nonostante, negli Stati di tradizione civilista, la legittima costituisce in genere uno dei pilastri del diritto delle successioni: è sufficiente per farne un principio essenziale, suscettibile di giustificare l'intervento dell'ordine pubblico? Anche sotto tale profilo il diritto comparato fornisce indicazioni preziose.

In primo luogo, la comparazione rivela una tendenza – più o meno accentuata a seconda degli Stati, ma comunque generalmente percepibile – verso un diritto della successioni più moderno e flessibile⁴¹. La diffusione crescente di modi alternativi di trasmissione della ricchezza familiare⁴², il *favor* per i patti successori e per altri strumenti di pianificazione⁴³, il «valorisme» successorio e soprattutto il dibattito ricorrente in vari Stati civilisti quanto all'opportunità di rendere meno rigide le norme relative alla legittima⁴⁴, sono tutti segni di un liberalismo crescente. Questa

⁴⁰ Corte europea dei diritti umani, 13 giugno 1979, n. 6833/74, *Marckx c. Belgique*, punti 50, 53 e 54 ss.; 22 dicembre 2004, n. 68864/01, *Merger et Cros c. France*, punto 37; 7 febbraio 2013 (*Grande Chambre*), n. 16574/08, *Fabris c. France*, punto 50). Si noti, peraltro, che in alcuni Stati membri dell'UE il diritto di certi parenti prossimi del defunto (i figli) di partecipare alla successione è protetto sul piano costituzionale (tale è il caso della Germania, v. *infra*, nota 52).

⁴¹ Per le tendenze in diritto comparato delle successioni, v. S. VAN ERP, «New Developments in Succession Law», pp. 73-94; W. PINTENS, «Need and Opportunities of Convergence in European Succession Laws», *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, pp. 3-23.

⁴² Questo fenomeno è particolarmente evidente negli Stati Uniti, paese in cui una parte importante della ricchezza familiare viene trasferita, da vari decenni, mediante dei modi alternativi di trasmissione ("will substitutes"), come le assicurazioni sulla vita con clausola beneficiario revocabile, i conti bancari pagabili a un terzo (*POD accounts*), i *trusts* revocabili e altri meccanismi analoghi (per esempio i *Transfer-on-Death deeds* e le *Transfer-on-Death securities registrations*): v. J. H. LANGBEIN, «The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession», pp. 1108-1141; IDEM, «The Twentieth Century Revolution in Family Wealth Transmission», pp. 722-751 [v. anche art. 1, nn. 40-41]. Delle tendenze in questo senso si manifestano comunque anche in vari ordinamenti europei.

⁴³ Il diritto francese è particolarmente rappresentativo sotto questo profilo: in occasione della riforma del diritto delle successioni del 2006, varie deroghe sono state previste alla proibizione di principio dei patti successori. V. Y. FAVIER, «Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français», pp. 29 ss.

⁴⁴ Per il diritto spagnolo, ad esempio, v. S. CÁMARA LAPUENTE, «New Developments in the Spanish Law of Succession», pp. 28 ss.; T.F. TORRES GARCÍA & M.P. GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, pp. 129 ss.

evoluzione è imposta, in una certa misura, da una realtà demografica che non si può ignorare: grazie all'aumento della speranza di vita, gli eredi, e in particolare i figli del *de cuius*, hanno spesso raggiunto un'età matura al momento della successione; il bisogno di protezione non esiste più o è comunque meno pronunciato. Certo, la crisi economica e le difficoltà che comporta per le nuove generazioni potrebbe contribuire a rinforzare i valori della solidarietà familiare di cui la legittima è espressione, ma ciò non dovrebbe invertire del tutto, sul lungo termine, la tendenza che abbiamo rilevato.

La comparazione delle giurisprudenze nazionali relative all'ordine pubblico – altro apporto del diritto comparato – conferma questa indicazione. In effetti, in diversi Stati europei, le decisioni giurisprudenziali tendono a considerare che l'assenza di legittima non è, di per sé, incompatibile con l'ordine pubblico del foro.

In alcuni paesi, tale soluzione è stata consacrata dalle corti supreme: il Tribunale supremo spagnolo⁴⁵ e la Corte di cassazione italiana⁴⁶ si sono pronunciati in tal senso, al pari del Tribunale federale svizzero⁴⁷. In altri Stati membri, l'intervento dell'ordine pubblico è stato negato, in termini non meno netti, da corti inferiori. Così, in Francia⁴⁸, un tribunale di prima istanza ha affermato che la «réserve» non fa parte dell'ordine pubblico francese⁴⁹. Nello stesso senso si è pronunciata la Corte d'appello del Lussemburgo⁵⁰.

⁴⁵ *Tribunal supremo*, 15 novembre 1996, *Lowenthal*, seguito da numerosi tribunali inferiori: v. E. CASTELLANOS RUIZ, «Sucesión hereditaria», p. 360 ss.

⁴⁶ Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 784 [causa relativa alla successione di un ex-cittadino italiano naturalizzato canadese; la contrarietà all'ordine pubblico è stata esclusa anche se i legittimari erano di nazionalità italiana]; v. anche Trib. Chiavari, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, pp. 379 ss. In senso contrario: Trib. Sanremo, 31 dicembre 1984, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 341, e App. Milano, 4 dicembre 1992, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 821 [annullata dalla Corte di cassazione nella sentenza menzionata sopra].

⁴⁷ DTF 102 II 136 (1976), *Hirsch c. Cohen*.

⁴⁸ La casistica giurisprudenziale è scarna in Francia, giacché prima dell'entrata in vigore del regolamento europeo, i casi di applicazione di una legge successoria straniera erano molto rari in tale paese a causa della normale coincidenza tra competenza e legge applicabile. Inoltre, il «*droit de prélèvement*» – dichiarato incostituzionale dal *Conseil constitutionnel* nel 2011 [decisione del 5 agosto 2011, n. 2011-159 QPC] – svolgeva un ruolo importante per la protezione dei legittimari di nazionalità francese, rendendo spesso superfluo il ricorso all'ordine pubblico.

⁴⁹ *Tribunal de Grande Instance* di Parigi, 10 luglio 2013, RC n. 06/13502, *Droit et patrimoine*, 2013, p. 82, che con ampia motivazione rifiuta il ricorso all'ordine pubblico, ritenendo che la riserva successoria non formi parte dei valori che l'ordinamento giuridico francese considera universali. La sentenza rileva la relatività temporale dell'ordine pubblico e l'indebolimento della riserva in seguito a varie riforme legislative, in particolare quella del 23 giugno 2006.

⁵⁰ V. la sentenza del 6 giugno 2007, *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2008, p. 109, secondo la quale la legge del Québec che non prevede una legittima per i figli non è contraria

Certo, il valore di questi precedenti non deve essere sopravvalutato. Il caso della Spagna è, in effetti, molto particolare, trattandosi di un paese con un sistema giuridico non unificato, nel quale – come abbiamo indicato – alcuni diritti regionali conoscono una legittima meramente «formale». Quanto all'Italia, la principale decisione della Corte di cassazione in materia riguarda un caso in cui il *de cuius* era di nazionalità straniera; trattandosi di defunto italiano, i diritti dei legittimari erano protetti dalle norme di conflitto di diritto comune applicabili anteriormente al regolamento⁵¹. Si noti altresì che, in altri Stati membri, l'intervento dell'ordine pubblico non può essere escluso *a priori*. Così, in Germania, le norme interne che garantiscono una quota di legittima («*Pflichtteil*») ai figli del defunto sono state considerate come espressione di un principio costituzionale⁵²; tale giurisprudenza sembra suggerire che l'ordine pubblico possa opporsi, almeno in alcune circostanze, all'applicazione di una legge straniera che non prevede la legittima o che la fa dipendere dall'esistenza di uno stato di bisogno⁵³.

Alla luce di queste indicazioni comparative – sebbene non del tutto univoche – si può comunque ragionevolmente considerare che l'intervento dell'ordine pubblico è ipotizzabile soltanto in presenza di una violazione grave del principio della legittima⁵⁴.

Riteniamo pertanto che il ricorso all'ordine pubblico debba escludersi, in linea di principio, quando la legge straniera prevede, come la *lex fori*, una quota di legittima in favore di un parente prossimo del *de cuius*, ma delle divergenze sussistono

all'ordine pubblico lussemburghese [nello stesso tempo, però la Corte ha applicato il «*droit de prélèvement*» previsto dalla legge del 29 febbraio 1872].

⁵¹ Art. 46, comma 2, l. n. 218. Non è dunque del tutto escluso che, qualora si tratti della successione di un cittadino italiano, i tribunali italiani possano ritenere incompatibile con l'ordine pubblico una legge straniera che ignori la legittima.

⁵² In una sentenza del 19 aprile 2005 (*NJW*, 2005, p. 1561) la Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) ha considerato che una partecipazione minima dei figli alla successione del defunto è garantita dalla Costituzione federale, indipendentemente dalla loro condizione economica.

⁵³ H. DÖRNER, «Internationales Erbrecht, Art. 25, 26 EGBGB», n. 731; IDEM, «Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme», p. 227. Secondo C. FISCHER-CZERMAK, in M. SCHAUER & E. SCHEUBA, *Europäische Erbrechtsverordnung*, p. 53, questa impostazione non può applicarsi all'Austria.

⁵⁴ Per riprendere la terminologia accolta all'art. 24, par. 1, lett. d, della convenzione dell'Aja del 1989. Tale disposizione permette agli Stati contraenti di formulare una riserva contro l'applicazione delle norme di conflitto della convenzione quando la legge da esse designata priva «del tutto o in una misura molto importante» le persone prossime del *de cuius* delle attribuzioni di natura successoria alle quali avrebbero diritto secondo le norme imperative della *lex fori*.

soltanto quanto all'entità della legittima o alle sue modalità di calcolo o di attribuzione⁵⁵.

La stessa conclusione si impone quando la legge straniera priva del diritto a legittima delle persone prossime al *de cuius* diverse dai figli (discendenti) e dal coniuge superstite (nonché del partner superstite, negli ordinamenti che lo proteggono). La legittima di queste persone è in genere sussidiaria a quella dei discendenti e non ha, dunque, una funzione protettiva; inoltre, è una regola superata in vari ordinamenti, che non può essere ritenuta come espressione di un principio fondamentale⁵⁶.

Restano i casi in cui la legge straniera non conosce l'istituto della legittima o non riconosce la qualità di legittimari ai figli o al coniuge superstite (o eventualmente al partner). In tali ipotesi, in ragione del carattere concreto dell'ordine pubblico ci si dovrà chiedere innanzitutto se l'applicazione di tale legge permette comunque di garantire una protezione adeguata nel caso di specie, mediante altre norme o rimedi con una funzione equivalente alla legittima⁵⁷. Le disposizioni straniere potranno essere rifiutate in nome dell'ordine pubblico soltanto quando la loro applicazione conduce a un risultato manifestamente inaccettabile.

4. Conclusioni

Come abbiamo cercato di dimostrare, l'avvento di un diritto internazionale privato uniforme all'interno dell'Unione europea non esonera da un'approfondita conoscenza comparatistica dei sistemi giuridici nazionali. Al contrario, il diritto comparato è diventato – se possibile – ancora più rilevante per l'interpretazione e l'applicazione delle norme di fonte europea.

⁵⁵ In questo senso, v. G. KHAIRALLAH, in G. KHAIRALLAH & M. REVILLARD (éds.), *Droit européen et international des successions: le règlement du 4 juillet 2012*, p. 57; F.M. WILKE, «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», p. 607; C. FISCHER-CZERMAK, in M. SCHAUER & E. SCHEUBA, *Europäische Erbrechts-verordnung*, p. 54.

⁵⁶ Tale interpretazione è corroborata dall'art. 24, par. 1, lett. d della convenzione dell'Aja (v. n. 56) che permetteva agli Stati di fare una riserva soltanto in relazione alle norme protettive del coniuge e dei figli.

⁵⁷ La risposta dovrebbe essere in genere positiva, in diritto inglese, quando si tratta della prestazione rivendicata dal coniuge superstite o dal partner registrato, i quali beneficiano di condizioni sufficientemente generose per l'attribuzione di una prestazione. Il problema si pone in termini diversi per i figli, dato che le condizioni e l'entità della prestazione a loro favore dipendono dall'esistenza di uno stato di bisogno. In questi casi, si dovrà valutare se, nel caso di specie, la protezione presenta un carattere sufficiente, tenendo conto di vari fattori (il valore della successione, le condizioni economiche dei figli, i legami che avevano con il defunto ecc.).

Nonostante i timori espressi da alcuni critici della «comunitarizzazione», il diritto internazionale privato resta dunque tributario del diritto comparato e continuerà a dipendere in larga misura dalla «virtute e canoscenza»⁵⁸ di giuristi «savants» – come il rimpianto Tito Ballarino.

⁵⁸ DANTE, *Commedia - Inferno*, canto XVI, v. 120.

Bibliografia

- BALLARINO, T., «Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I», *Riv. dir. internazionale*, 2009, pp. 40-64.
- BALLARINO, T., «From *Centros* to *Überseering* – EC Rights of Establishment and Conflict of Laws», *Yearbook of Private International Law*, vol. IV, 2002, pp. 203-216.
- BALLARINO, T., «Il nuovo regolamento europeo delle successioni», *Riv. di diritto internazionale*, 2013, pp. 1116-1145.
- BALLARINO, T., «La Cee e il diritto internazionale privato», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 1982, pp. 1-13.
- BALLARINO, T., «La nuova disciplina delle successioni internazionali», *Annales de droit privé (Académie des privatistes européens)*, 2012-2013, II, pp. 5-45.
- BALLARINO, T., «Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve de droit communautaire d'établissement», *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 373-402.
- BALLARINO, T., «On *Avello* and other judgments: a new point of departure in the conflict of laws?» (con B. Ubertazzi), *Yearbook of Private International Law*, vol. VI, 2004, pp. 85-128.
- BALLARINO, T., «Successione ereditaria. Diritto internazionale privato», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, 1990, pp. 1268-1296
- BALLARINO, T., «Una disciplina ultracentenaria delle successioni» (con I. Pretelli), *Rivista ticinese di diritto*, 2014, pp. 889-921.
- BALLARINO, T., «Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea» (con Luigi Mari), in *Riv. dir. internazionale*, 2006, pp. 7-46.
- BALLARINO, T., *Diritto dell'Unione europea*, 9^a edizione, Cedam, 2010.
- BONOMI, A., «La vocation successorale volontaire dans certains droits européens», in *Le droit des successions en Europe, actes du colloque du 21 février 2003*, Genève, 2003, p. 58 ss.
- CAMARA LAPUENTE, S., «New Developments in the Spanish Law of Succession», *InDret*, 2007, p. 28 ss.
- DÖRNER, H., «Internationales Erbrecht, Art. 25, 26 EGBGB», in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum BGB*, Berlin, 2007 n. 731.

- DÖRNER, H., «Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme», *ZEV*, 2010, p. 227.
- DUTTA, A., «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *FamRZ*, 2013, p. 10.
- DUTTA, A., «EuErbVO», in *Münchener Kommentar, Internationales Privatrecht I*, 6^a ed., München, 2015, Art. 3 EuErbVO.
- CASTELLANOS RUIZ, E., «Sucesión hereditaria», in A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González (ed.), *Derecho internacional privado*, 11^a ed., Granada, 2010, p. 360 ss.
- FAVIER, Y., «Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français», in A. Bonomi, M. Steiner (ed.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Genève, 2008, pp. 29 ss.
- FISCHER-CZERMAK, C., in M. Schauer e E. Scheuba, *Europäische Erbrechtsverordnung*, Wien, 2012, p. 53.
- FRANZINA, P. & LEANDRO, A., *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, 2013.
- HERZOG, S., «Die EU-Erbrechtsverordnung (EU-ErbVO)», *ErbR*, 2013, p. 8 ss.
- KHAIRALLAH, G. & M. REVILLARD (ed.), *Droit européen et international des successions: le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, 2013, p. 61.
- LANGBEIN, J. H., «The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession», in *97 Harv. L. Rev.* 1984, pp. 1108-1141.
- LANGBEIN, J. H., «The Twentieth Century Revolution in Family Wealth Transmission», in *86 Mich. L. Rev.* 1988, pp. 722-751.
- LECHNER, K., «Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *NJW*, 2013, p. 27.
- LEIPOLD, D., *Erbrecht*, 20^a ed., Tübingen, 2014, nn. 457-458.
- MUIR WATT, H., nota a C. giust. CE, 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach c. Bambersky*, in *Racc.*, 2000, p. I-1935, punto 23, e in *Rev. crit. DIP*, 2000, pp. 481 ss.
- NORDMEIER, C.F., «EuErbVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente», *ZEV*, 2012, p. 514.
- OPPETIT, B., «Droit international privé, droit savant», in: *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, vol. 234, pp. 331-433.

- OUGHTON, R.D., (dir. pub.), *Tyler's Family Provision*, 3^a ed., Londra, Buttersworth, 1997.
- PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, 12^a ed. (a cura di R. Kerridge e A.H.R. Brierley), Londra, 2009, nn. 6-33 ss.
- PINTENS, W., «Need and Opportunities of Convergence in European Succession Laws», in M. Anderson, E. Arroyo Amayuelas (ed.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Gröningen, 2011, pp. 3-23.
- SIMON, U. & M. BUSCHBAUM, «Die neue EU-Erbrechtsverordnung», *NJW*, 2012, p. 2396.
- TORRES GARCÍA, T.F. & GARCÍA RUBIO, M.P., *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 129 ss.
- VAN ERP, S., «New Developments in Succession Law», in K. Boele Woelki, S. van Erp (ed.), *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, The Netherlands, Eleven, 2007, pp. 73-94.
- WILKE, F.M., «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *RIW*, 2012, p. 607.

Luigi Mari*

Le droit international privé dans l'espace européen dénationalisé¹

Le temps à ma disposition est très limité; je m'efforcerai donc de synthétiser le plus possible mes réflexions, au risque de trop simplifier et d'encourir des malentendus.

Je vais exposer des vues quelque peu hétérodoxes non pas pour le goût de l'originalité, mais tout simplement comme un témoignage d'affection à l'honoré de cette journée, dont l'œuvre scientifique révèle une dévotion particulière au devoir d'indépendance intellectuelle du travail scientifique.

Comme l'annonce le programme, l'aspect central de cette journée est la dimension culturelle du droit international privé, dimension qui, à mon opinion, inclut le sens existentiel – la perception, en tant que réalité vécue – de l'expérience juridique qui y correspond.

Je laisse donc en marge les questions techniques pour me concentrer sur l'usage «politique» du *droit international privé* dans l'espace européen et sur les implications culturelles qui en découlent. La limitation géographique s'impose à double titre: premièrement à cause de la spécificité et unicité du phénomène qui se vérifie en Europe; deuxièmement à cause de l'ampleur de ce phénomène, qui n'a pas d'équivalent en d'autres régions de la planète. On aura facilement compris que le phénomène en question est l'uniformisation du *droit international privé* à l'échelle européenne.

Avant de procéder à cette analyse, il paraît nécessaire de fixer quelques postulats.

Le premier est la persistante existence en bonne santé de l'État-Nation, malgré l'opinion largement répandue de sa crise irréversible en conséquence de la mondialisation, et grâce aussi, on pourrait dire, à certaines attitudes forcément intégrationnistes des institutions européennes.

Il est évident que la nationalité constitue encore la valeur fondatrice de l'État. La globalité des relations que l'ordre étatique prétend régler, leur coordination vers un but commun ne sont pas concevables sans la préalable détermination de

* Professore emerito dell'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo".

¹ Allocution prononcée à la journée en l'honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014: «La dimension culturelle du droit international privé».

certaines caractéristiques personnelles et permanentes du groupe social organisé en Etat.

Certes, il y a une différence entre nationalité et citoyenneté, entre nationalité de fait et nationalité de droit². Mais il semble indiscutable que même à notre époque l'appartenance juridique à la population étatique ne peut pas être totalement dissociée de l'existence d'une communauté constituée historiquement comme une «nation».

Un autre postulat est la persistance de la dimension territoriale de l'ordre juridique étatique et souverain. Souveraineté de l'État et territoire sont indissociables: sans la détermination de ce qui constitue le territoire «national», l'État perd son identité et l'ordre juridique ne peut pas exercer sa fonction régulatrice de la globalité des rapports intéressant la communauté nationale³.

Enfin, le dernier postulat, qui comme les précédents n'a pas besoin de démonstration, est l'inhérence, en principe, du *droit international privé* au droit privé étatique, au moins dans le sens qu'il opère dans les relations juridiques privées et dans le cadre d'un ordre juridique étatique.

Ce sont toujours les tribunaux nationaux qui appliquent les règles de droit international privé entre des parties privées.

La création de la Communauté et ensuite de l'Union européenne ne semble pas avoir ébranlé ces postulats. Les États et les nations sont encore là, et le droit international privé continue d'expliquer sa fonction en symbiose avec le droit civil dans un espace territorial bien délimité.

Pourtant, depuis le traité d'Amsterdam le droit international privé perd sa stricte connotation étatique et sous l'emprise de l'Union emprunte la route de l'uniformité. Une route jalonnée d'une série impressionnante de règlements et qui n'est pas encore arrivée à son point terminal.

Aujourd'hui, en outre, comme on le sait bien, la codification du droit international privé a été mise à l'ordre du jour et l'on discute de la partie générale qui devrait y être insérée.

Selon la doctrine officielle des Institutions de l'Union, et spécifiquement de la Commission, l'uniformité de règlement des situations juridiques privées serait une nécessité primordiale du marché interne. Faute d'unification du droit civil, la disparité des systèmes de *droit international privé* à caractère national constituerait l'entrave la plus grave au modèle d'intégration économique configuré par les traités européens. Plus spécifiquement, la disparité de ces systèmes est considérée comme

² H. BATIFFOL-P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^{ème} éd., LGDJ, 1993, p. 93 et s.

³ G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, 2^{ème} éd., CEDAM, p. 219 et s.

un obstacle en soi à la liberté de circulation des personnes et des entreprises, et au développement des transactions économiques⁴. Au contraire, l'uniformité du *droit international privé* assure la prévisibilité et la certitude du règlement des situations juridiques. Elle réalise donc par définition l'harmonie des solutions et par conséquent favorise automatiquement l'intégration économique et sociale. Quant au moyen technique utilisable à ce but, puisque l'unification par voie de traités internationaux se révèle trop compliquée et lente, le recours au règlement s'impose.

Apparemment en ce choix en faveur de l'uniformité réglementée, et dans la production normative qui en résulte, il n'y a rien en contraste avec la configuration technique du droit international privé, telle que l'on peut l'observer au niveau étatique dans la période plus récente de son évolution.

Tous les caractères anciens et nouveaux que la vague des codifications nationales a imprimés aux règles de conflit se trouvent recueillis dans presque un millier d'articles qui composent désormais le *corpus* du droit international privé d'origine communautaire ou unioniste⁵. C'est seulement en matière de procédure civile internationale qu'apparaissent de considérables éléments d'originalité, mais cet aspect peut être laissé de côté pour le moment.

On n'insistera pas sur les arguments qui selon les vues unionistes justifient, ou mieux, rendent indispensable le passage au droit uniforme imposé par voie réglementaire. Ni ne voulons-nous nous livrer à des considérations techniques sur le matériel normatif dont est constitué l'édifice unioniste. Nous nous intéressons à ce qui se cache derrière la façade de l'uniformité, pour essayer de découvrir la «philosophie» et l'impact culturel de cette opération «politique». «Politique» dans le sens propre du terme, car édicter n'importe quelle règle est toujours une opération «politique» de médiation entre valeurs et intérêts.

Insérée dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'uniformité du droit international privé correspond, ou mieux, incarne un projet culturel. L'idée de base, inspiratrice de l'uniformité des règles de droit international privé, est de nier toute valeur ordinatrice et catégorielle aux systèmes nationaux de droit civil, afin de neutraliser les différences du droit substantiel des Etats membres. Dès lors, il est possible et aisé de manipuler sans aucune contrainte tous dogmes et systématisations de l'ordre juridique national. La fongibilité des codes nationaux est complète, ainsi que l'équivalence des juridictions.

⁴ Sur ce point, v. la dure critique de B. ANCEL-Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ème éd., DALLOZ, 2006, p. 526 et s.

⁵ Pour un panorama récent, F. SALERNO, *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Diritto dell'Unione europea* [a cura di G. STROZZI], 4ème éd., t. 2, GIAPPICHELLI, 2015, p. 483 et s.

Selon les vues unionistes, ce projet culturel se justifie pleinement. L'abolition des frontières intérieures et la création de l'espace commun de sécurité justice et liberté ont affaibli et infléchi la liaison entre le droit et le territoire national, et suggèrent un usage du droit international privé détaché du particularisme de chaque ordre juridique national: un usage du droit international privé purement technique et abstrait, décoloré et indifférent aux traits identitaires qui caractérisent les systèmes de droit civil nationaux. D'où l'anonymat culturel qui caractérise et doit caractériser les règles européennes uniformes. Mais il ne s'agit pas du hasard. Cet anonymat est à la fois recherché et nécessaire. Nécessaire, parce que il n'y a pas, de toute évidence, un droit civil propre à l'Union qui puisse fournir au droit international privé une orientation et une échelle des valeurs; recherché, parce que toute trace du particularisme de tel ou tel autre système est en principe en contraste avec l'idée et la fonction de l'uniformité.

Certes, on sait bien qu'il existe un modèle commun de droit international privé plus ou moins répandu dans tous les systèmes de droit international privé et que l'aspiration à universaliser ce modèle ne cesse pas d'exercer sa force uniformisatrice⁶. Mais dans l'Union européenne la tendance à l'universalité change de registre. Au lieu d'adapter l'exigence d'universalité à l'individualité du système national civiliste, la volonté d'uniformiser se superpose à cette individualité jusqu'à l'effacer et à exiger son sacrifice. Le résultat est qu'on détruit à la fois l'universalité et le particularisme.

D'une part l'universalité se montre relativisée à l'ensemble de l'Union (sauf exceptions anglo-saxonnes et coopérations renforcées), en oubliant le reste de la planète; de l'autre, l'identité juridique et culturelle des ordres juridiques nationaux devient dépourvue de toute influence sur la conception du système conflictuel, sans pourtant qu'une nouvelle identité, originale et propre à l'Union, soit créée. Dès lors, l'uniformité paraît avoir surtout le but d'établir des catégories conceptuelles passe-partout – voire autonomes, comme on dit savamment - susceptibles d'englober tout et son contraire, parce que elles se veulent détachées de la spécificité de tel ou tel autre droit civil. Si le particularisme exige une soumission du droit international privé au droit civil national, l'uniformité en version unioniste invoque l'inverse. Il s'agit de dénationaliser le droit international privé pour le motif que l'espace de sécurité liberté et justice a dénationalisé les territoires européens, en rendant dépassée, par principe, l'idée de nation qui a été le fondement des codes civils.

Mais cette opération de dénationalisation du droit international privé produit un résultat plus radical. Dépuré de tout moulage national, le droit international privé uniforme s'érige lui-même en catégorie civiliste qui non seulement englobe de force les diverses institutions des droits civils nationaux, mais aussi les oblige à annuler

⁶ B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2003, t. 305, p. 33 et s.

toute systématisation interne qui leur est propre, en commandant l'insertion forcée d'institutions incompatibles avec la structuration du droit civil national. L'accueil des lois étrangères n'est plus subordonné à une leur évaluation qualitative préalable conduite discrétionnairement par l'ordre juridique du for⁷, car l'évaluation qualitative a été effectuée préalablement et impérativement par les *catégories de rattachement* des règles uniformes de conflit. La méthode comparatiste de Rabel se trouve ainsi être sortie de l'utopie⁸.

On peut s'interroger sur les raisons et le sens de cette dérive anti identitaire. Il semble que le pluralisme des identités soit conçu comme une source de désordre, et qu'il doive être surmonté par une intervention qui, n'étant pas en mesure d'extraire la substance commune et d'unifier les droits civils, décrète l'abolition des différences. Un ordre juridique peut donc se substituer à un autre au nom d'un égalitarisme qui interdit tout jugement de valeur extractible d'un système juridique de référence. Au nom de l'harmonie des solutions aucune identité ne doit prévaloir.

Ce principe est tolérable tant que l'harmonie puisse se fonder sur un fond commun de valeurs qui n'entrent pas en conflit avec l'identité juridique et culturelle de l'ordre étatique national. Mais l'harmonie doit céder le pas si le conflit se manifeste. La réaction de l'ordre juridique national est alors plus que justifiée.

Par quel moyen la réaction puisse se manifester est un enjeu capital du chemin de l'uniformisation européenne. Certes, resterait encore la possibilité de recours à l'ordre public, mais l'uniformité par voie réglementaire n'admet pas toujours cette réaction: l'intervention de l'ordre public est neutralisée lorsque la règle de conflit absorbe en elle-même une catégorie juridique imperméable à cette intervention. Si la notion de famille est telle que l'on doit nier toute influence aux particularités des conceptions nationales, l'ordre public est mis hors de cause, désarmé. Il en sera de même pour la notion de personne, pour le pouvoir de disposition sur son propre corps, et pour toute question qui tombe dans le domaine bioéthique si l'uniformité des catégories conceptuelles communes – inspirée par un droit à l'autodétermination individuelle (art. 8 CEDU) – devait l'emporter sur le règlement spécifique dans l'ordre du for d'une institution ou situation de détail⁹.

Il y a donc un sens ultime dans l'uniformité en version unioniste qui révèle son vrai caractère: briser les identités particulières pour centraliser et gouverner. Une opération de force pour renforcer le pouvoir directif du gouvernement de l'Union.

⁷ D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International privé*, t. 1, PUF, 207, p. 388, 395-396.

⁸ *Ibid.*

⁹ D. BUREAU/H. MUIR WATT, *op. cit.*, t. 2, p. 40 et s., 45 et s., 198 et s.

On se souvient alors des propos de Savigny contre la codification, inspirée pour lui seulement par le but de «gouverner tout et gouverner de plus en plus»¹⁰!

La question se pose alors de savoir ce qu'est concrètement, dans notre secteur d'intérêt, ce «gouvernement de l'Union», question qui semble déborder de notre thème, mais sur laquelle il vaut la peine de réfléchir quelque peu.

Une comparaison pourrait être utile.

La recherche d'uniformité, comme on le sait bien, est la finalité essentielle des conventions internationales. Apparemment, les règlements de l'Union ne divergent pas tellement, sur le plan pratique des résultats, de ce qu'on peut atteindre par une convention internationale. Pourquoi, alors, s'en prendre à l'uniformité obtenue en utilisant le règlement? Les résultats, somme toute, modestes de la Conférence de La Haye nous donnent la réponse. Les conventions internationales sont soumises à la ratification des États, ratification subordonnée à l'approbation du pouvoir législatif. L'ordre juridique national peut donc repousser la convention, et rien ne lui empêche de la dénoncer après. Au contraire, le règlement simplement s'impose, et prime l'ordre juridique interne sans aucune possibilité de réaction, avant ou après.

Il y a là, j'estime, un vrai phénomène de «corruption culturelle» provoqué par la recherche forcée de l'uniformité¹¹.

Sous l'impulsion de vues purement théoriques, l'on assiste à la création d'un nouveau droit qui érige le marché et la mobilité en dogme de l'ordre européen, un droit conçu pour neutraliser l'agencement spatial réalisé par les frontières, les langages, les cultures, les sensibilités sociales, philosophiques, religieuses et politiques: un droit mécanique dépourvu de racines, un droit qui veut superposer le visage anonyme de l'artificialité normative à la singularité et à la caractérisation historique et politique des institutions juridiques du droit civil; «corruption culturelle» c'est ça: «artificialité normative» au détriment du «politique»¹².

Quelle sorte de pouvoir se cache derrière la façade du règlement?

On sait bien quels sont les procédés d'élaboration de la législation unioniste. Le programme législatif est arrêté et les textes sont tissés par l'eurocratie à l'aide des spécialistes et des groupes d'intérêts. Ainsi se forme un *a priori* intellectuel qui ne peut pas être remis en cause. Une fois que le texte a été défini au niveau de la

¹⁰ F.-K. VON SAVIGNY, *Antologia di scritti giuridici* (a cura di F. De Marini), Il Mulino, 1980, p. 73.

¹¹ En termes généraux, sur la question du rapport entre intellectuels et *policymaking* européen, v. V. OLGIATI, *Congiuntura economica, dinamica europea e comunità epistemiche: il caso degli operatori del diritto*, in *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica* (a cura di R. BIFULCO/O. ROSELLI), GIAPPICHELLI, 2013, p. 103-107

¹² L. MARI, *Ordinamento, localizzazione, uniformità: quale nomos, dopo Schmitt, per l'Europa?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2011, p. 67-91.

Commission et des gouvernements, la volonté du parlement compte relativement, car l'architecture de l'édifice se trouve déjà tracée. Et il faut dire aussi, ce qui importe plus, que la capacité de représenter démocratiquement la volonté des électeurs européens ne peut pas être reconnue pleinement à une assemblée composée sans rapport proportionnel à des programmes électoraux communs aux candidats. C'est-à-dire que tant qu'il n'y aura pas de partis politiques européens dans le vrai sens du terme, il est inutile de parler de démocratie.

Le seul lieu de la démocratie, comme le démontrent bien le processus de formation de l'assemblée européenne et les derniers résultats électoraux, reste encore au niveau étatique. Mais il faut constater que malgré certaines dispositions du traité de Lisbonne, l'influence des parlements nationaux sur le processus législatif européen est presque nulle, sauf la possibilité d'opposition à l'adoption d'un acte en matière de famille (art. 81) et sous réserve de ce qu'il faut entendre par «famille».

En définitive, l'uniformisation du droit international privé dévoile non seulement la question identitaire du destin des nations au sein de l'Europe, mais une problématique plus générale qui touche directement au cœur de la formation de la volonté politique et de ses conséquences pour les citoyens européens.

Quant à l'aspect politique, l'idéologie de l'uniformité se concrétise sur un plan intellectuel lourdement orienté par un savoir technique–scientifique mis au service d'objectifs dépourvus d'une véritable légitimité démocratique.

Sur le plan pratique – existentiel – le résultat de cette idéologie est déconcertant. Complexité, spécialisation professionnelle, alourdissement procédural.

Ut olim flagitiis, sic nunc legibus laboramus (Tacite, *Annales*, III, 25). A vaincre la lutte pour l'uniformité, pourrait être un jour le nationalisme.

Bibliographie

- ANCEL, B. & LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ème éd., DALLOZ, 2006.
- AUDIT, B., *Le droit international privé en quête d'universalité*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2003, t. 305.
- BALLADORE PALLIERI, G., *Dottrina dello Stato*, 2ème éd., CEDAM.
- BATIFFOL, H. & LAGARDE, P., *Traité de droit international privé*, t. 1, 8ème éd., LGDJ, 1993.
- BUREAU, D. & MUIR WATT, H., *Droit International privé*, t. 1, PUF, 2007.
- MARI, L., *Ordinamento, localizzazione, uniformità: quale nomos, dopo Schmitt, per l'Europa?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2011, p. 67-91.
- OLGIATI, V., *Congiuntura economica, dinamica europea e comunità epistemiche: il caso degli operatori del diritto*, in *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica* (a cura di R. BIFULCO/O. ROSELLI), GIAPPICHELLI, 2013, p. 103.
- SALERNO, F., *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Diritto dell'Unione europea* (a cura di G. STROZZI), 4ème éd., t. 2, GIAPPICHELLI, 2015.
- VON SAVIGNY, F.C., *Antologia di scritti giuridici* (a cura di F. De Marini), Il Mulino, 1980.

Paolo Pasqualis*

Le notaire, médiateur culturel, au défi du droit international privé

Je vous remercie beaucoup Monsieur le Président, Cher Andrea, pour cette merveilleuse occasion de fêter, en cette belle journée, le Professeur Tito Ballarino.

Je suis heureux d'être ici parmi vous et d'avoir ainsi l'opportunité d'intervenir, brièvement, non seulement pour remercier le professeur mais également pour formuler quelques réflexions à propos de l'activité du notaire en tant que médiateur culturel du droit international privé.

Dans cette salle, je suis certainement le plus ancien des élèves de Tito : nous nous sommes rencontrés il y a de cela désormais 34 ans, en 1980.

Il me tient à cœur de l'évoquer et de le remercier non seulement à titre personnel, mais également au nom du *Consiglio Nazionale del Notariato*, dont je suis actuellement le délégué pour les affaires internationales. Tito a, en effet, toujours été très proche du notariat. Nous avons étudié et approfondi de nombreux thèmes ensemble. Nous avons organisé plusieurs séminaires et journées de rencontre, même à Trévise, dont Andrea Bonomi se souvient bien, j'en suis certain ; et cela surtout aux débuts de la convention de Rome sur les obligations contractuelles.

C'est donc en cette qualité que je suis ici pour remercier Tito et pour lui faire honneur.

Nous avons étudié de nombreuses notions, que j'avais moi-même l'intention de citer dans ma présentation, à savoir : l'équivalence de forme, surtout lorsque la forme est inconnue dans un certain système juridique, les normes d'application immédiate aux lois de police, le règlement Rome I, l'adaptation de droits réels contenus dans le règlement sur les successions, la garde des enfants, en particulier en ce qui concerne l'administration de leurs biens. Il s'agit de questions qui sont toutes fréquemment soumises à l'attention des notaires. J'avais également envisagé, je ne sais pas si Andrea l'a mentionné à la fin, d'aborder le thème : «notaire et comparatiste».

Je souhaite affirmer que le notaire est un médiateur culturel naturel au quotidien. Il est médiateur entre les parties impliquées, afin qu'elles parviennent à un accord,

* Président du CNUÉ, allocution prononcée à la journée en l'honneur de Tito Ballarino : «La dimension culturelle du droit international privé».

afin qu'elles comprennent le contenu, la valeur, l'essence de cet accord, ainsi que le mécanisme des droits qui sont appliqués.

Il est aussi médiateur, médiateur culturel j'insiste, entre les parties et le système juridique, car il explique quelle est la logique du système, quels sont les besoins, les limites, le sens des solutions qui sont offertes par les différents ordres juridiques et même la solution que l'ordre juridique permet aux parties de trouver, les possibilités qu'il leur offre dans différents domaines, allant du droit de la famille jusqu'à la fiscalité de l'acte, en passant par la capacité.

Le notaire est donc toujours en première ligne, à l'égard des parties concernées et en ce qui concerne les solutions pratiques et concrètes qu'elles recherchent habituellement. De nos jours, cette médiation, qui est réellement une médiation culturelle, j'insiste encore, devient extrêmement fréquente et compliquée, surtout et souvent en raison de la globalisation, de la mondialisation.

En effet, il s'agit en général de personnes ou de sociétés qui viennent d'un pays étranger ou devant conclure des contrats en respectant la loi locale ou bien, appliquant leur propre loi mais en l'adaptant (parfois) à la situation concrète, réelle, locale. Ainsi, le notaire se trouve très souvent face à des personnes, et cela est déjà très important je dirais, qui ont besoin d'être assistées pour mieux comprendre un système juridique, qui est généralement compliqué, même pour le local ; mais il se trouve aussi impliqué dans des domaines dans lesquels le droit international privé lui-même intervient de plus en plus, droit pour lequel il est opportun d'utiliser le mécanisme de droit comparé. Or, fréquemment, à travers le droit international privé, c'est la loi étrangère qui devient applicable.

Eu égard à cela, le notaire est amené à manier une loi qu'il ne connaît pas très bien. C'est donc non seulement au notaire de faire un effort culturel, mais j'irais même jusqu'à dire que c'est toute la profession notariale qui est concernée. Ceci dit, je ne fais pas exclusivement référence aux questions de connaissance ou d'érudition, il est bien entendu impossible de connaître toutes les lois du monde.

C'est une question culturelle : c'est notre propre système de droit international privé, le système italien, qui nous dit que la loi étrangère doit être appliquée selon son interprétation et ses propres critères d'application. Il devient donc extrêmement important, non seulement de lire la norme, mais également d'être en mesure de comprendre les mécanismes d'application qui sont en vigueur dans le système d'origine de celle-ci. De nombreux exemples ont déjà été cités aujourd'hui.

En Italie, par exemple, le *Trust* a beaucoup été utilisé, on s'est adapté, on a imaginé des solutions. L'un des exemples les plus parlants de l'intervention du notariat en ce sens est le mode d'inscription auprès du registre foncier la propriété en *trust*. On a discuté pendant des années à ce sujet. On est parvenu à des solutions pratiques, bien que pas toujours identiques, mais on a réussi à les faire appliquer, à les faire

comprendre au fisc italien, au registre foncier, au cadastre, aux tribunaux, à la chambre de commerce etc. Je pense que la médiation culturelle notariale a été importante et décisive dans ce domaine.

A titre d'exemple, je voudrais évoquer également la *kafala* et le partenariat enregistré, qui n'existent pas en Italie. Il faut toutefois effectivement imaginer comment les partenaires qui proviennent de pays différents peuvent agir en Italie, comment ils peuvent devenir propriétaires, copropriétaires de biens, ouvrir une succession en faveur des partenaires. La polygamie aussi doit être prise en considération. Aussi est-il de notre devoir, en un certain sens pour respecter, je pense, l'inspiration de cette journée, de les rendre compatibles et de les adapter au système interne. Je dirais que les notaires sont toujours et encore une fois en première ligne là aussi.

Un autre exemple d'actualité, par ailleurs déjà cité par Andrea Bonomi, est l'article 31 du règlement sur les successions, dans lequel on parle d'adaptation de droits réels. Imaginons donc le notaire chargé d'une succession qui doit être adaptée. Imaginons combien il est important et difficile de connaître parfaitement, aussi bien les droits impliqués que la manière de les convertir en des droits de notre système juridique.

Je crois que cela est un formidable défi pour le notariat, et pour les juges aussi, évidemment. Du point de vue professionnel, il me tient à cœur d'envisager la manière dont les notaires peuvent intervenir dans ces domaines.

Et enfin, un dernier exemple, qui constitue effectivement la citation la plus directe de l'ouvrage du professeur Ballarino : l'art. 59 du règlement européen des successions – qu'Andrea n'a pas eu le temps de citer – dans lequel on parle de circulation des actes authentiques. Dans cette disposition, c'est le terme «acceptation» qui est utilisé, terme qui, je pense, a été créé pour l'occasion. On a évité d'employer le terme «reconnaissance», même si Tito l'a toujours fait.

On a donc une tradition dans ce sens-là, dans le règlement des successions: on parle actuellement d'acceptation des actes authentiques et il est précisé que ceux-ci auront, dans le pays de destination, les mêmes effets que ceux qui sont prévus par la loi du pays d'origine, y compris à l'étranger, ou alors les effets les plus comparables. En ce qui concerne *les effets les plus comparables*, il est nécessaire de se figurer quelle est la conversion des effets et quels sont effectivement les effets les plus semblables à ceux qui ont cours dans le pays d'origine.

A propos de la circulation des actes authentiques dans les pays qui ne connaissent pas une telle forme d'acte (l'acte authentique tel que défini par notre loi de droit civil ou latin n'existe pas dans les pays anglo-saxons), il faut recourir au principe de l'équivalence, c'est-à-dire à la forme qui est la plus proche de l'acte authentique et

qui, fonctionnellement, peut donner le même résultat ou un résultat suffisamment proche de celui-ci. On peut évoquer le «*deed*».

C'est cette même idée d'équivalence qui a inspiré le législateur européen, lorsqu'il mentionne les *effets les plus comparables*. Je cite, comme j'ai déjà eu l'occasion de le faire dans cette même salle, la résolution de Santiago 2007 adoptée par l'institut de droit international intitulée «substitution et équivalence en droit international privé». La logique est la même, je l'avais appris ici dans ce livre – *Forma degli atti e diritto internazionale privato* – et la résolution de droit international privé l'a confirmé. A présent, cela figure dans un règlement de droit européen. C'est uniquement un petit exemple.

Mon activité professionnelle de notaire me permettrait d'évoquer de nombreux autres exemples, mais je voudrais conclure rapidement.

Je remercie donc tous les participants et conclus en affirmant que le défi pour le notariat est lancé. Nous espérons être aidés et supportés par l'Académie, par les autres praticiens et par la jurisprudence. Nous sommes également prêts à essayer de trouver nous-mêmes des solutions. Ce sont des solutions pratiques, qui souvent ne sont pas très sophistiquées, mais elles sont généralement en mesure d'atteindre l'objectif immédiat recherché par les parties impliquées. Ces solutions alimentent notre expérience, que nous sommes prêts bien entendu à partager avec tous les autres experts du droit.

Je vous remercie de votre attention.

Pluralisme, monisme, ordre, désordre juridique et relations privées internationales (propos de surface)

La reconnaissance de dette n'est souvent pas un acte plaisant. C'est pourtant avec un plaisir empreint d'émotion que j'avoue l'immensité de la dette que j'ai contractée à l'égard du Maître vénéré.

C'est le Professeur Ballarino qui, voici quinze ans, m'a forcé d'entreprendre les études doctorales, en me ramenant ainsi sur le droit chemin (je rêvais à l'époque d'être avocat d'affaires, quel égarement...). C'est toujours lui qui, peu après, m'a contraint à m'isoler entre les murs de l'Institut suisse de droit comparé, en favorisant la rencontre avec celles et ceux qui allaient devenir ma famille d'ici, au premier rang desquels Andrea Bonomi.

A côté des injonctions, les innombrables conseils que le «Professeur» m'a prodigués. Je n'en évoquerai ici qu'un seul¹. Nous sommes en 2009, au soir de la *Journée de droit international privé*. Rentrés à «l'hôtel Romano» – c'est ainsi qu'il appelait mon «deux pièces» lausannois – entre une cigarette et un verre de Vodka, M. Ballarino me dit: «Il faut que tu te mettes à lire Kelsen». Conseil assorti d'un cadeau, car le Professeur est naturellement généreux: autobiographie du juriste autrichien.

Eh bien, je souhaiterais vous faire part aujourd'hui des quelques réflexions qu'a stimulées cet encouragement: histoire de montrer au Maître qu'il a une fois de plus pensé la pensée de ses élèves avant qu'ils ne l'aient pensé eux-mêmes, quelle que soit, bien entendu, la qualité de cette pensée.

Mais puisque l'heure est aux hommages, permettez-moi de constater que la paternité spirituelle peut être plurielle. C'est au Professeur Ballarino que je dois d'avoir rencontré mon autre Maître d'exception, le Professeur Ancel, lui aussi

* Professeur ordinaire, Université de Genève. Ce texte reproduit avec quelques ajustements celui que l'auteur a prononcé le 14 juin 2014 lors de la journée, intitulée «La Dimension culturelle du droit international privé», organisée en l'honneur de Tito Ballarino par l'Institut suisse de droit comparé et les Facultés de droit des Universités de Lausanne, Urbino et Genève.

¹ L'«In memoriam» à page 279 en évoque quelques autres.

merveilleusement père²; c'est à l'Institut que mon chemin devait croiser celui du Professeur Schwander, mon prestigieux *Habilitationsvater*. Et c'est un singulier privilège que d'avoir ces trois Maîtres et pères réunis aujourd'hui et fêter ensemble l'aîné d'entre eux.

Pour illustrer mon propos, que reflète un intitulé passablement déroutant, je prendrai une affaire réelle (dans laquelle j'ai été par ailleurs amené à consulter), tout en y apportant quelques variations. C'est là la méthode souvent pratiquée à l'Université de Genève, qui figure, de manière à la vérité un peu usurpée, en co-organisatrice de l'événement d'aujourd'hui.

Deux époux libanais sunnites sont installés depuis quelques années à Genève. Une crise conjugale éclate, en conséquence de quoi ils décident de se séparer. Monsieur souhaite retourner au Liban, Madame a l'intention de rester en Suisse. Ils luttent pour s'adjuger la garde de leur fils unique, Naël, âgé de 8 ans. Naël a vécu plusieurs années au Liban avant de suivre ses parents en Suisse. Le juge genevois de sa résidence habituelle au moment du litige est saisi par la mère. En appliquant la Convention de La Haye de 1996³, il affirme sa compétence internationale et, quant au fond, c'est à la mère qu'il confie la garde de Naël, dont il prescrit, comme elle le lui demande, pour la rentrée 2013-2014, qu'il intègre le Collège du Léman, à Genève.

Voilà pour le côté *suisse*.

J'en viens au côté *libanais*. Car, s'agissant de relations privées internationales, il y a toujours, par hypothèse et par définition, un *autre* Etat. Car il y a toujours au moins deux Etats «co-affectés» par ces relations privées, et donc «co-intéressés» à les régler, à leur garantir le bénéfice du Droit. Et d'ailleurs Naël a vécu dans un contexte helvético-libanais. Il a évolué dans une «dimension bi-culturelle», ce que l'on peut se permettre de souligner lors d'un colloque qui porte le titre évocateur de «dimension culturelle du droit international privé».

Saisi par le père, le juge sunnite de Beyrouth, s'estimant exclusivement compétent en vertu de la nationalité des trois intéressés, et aussi parce que le mariage a été

² C'est d'ailleurs le titre de son article paru aux *Mélanges à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012 («L'épreuve de vérité – Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée», p. 1 s.), qui a suggéré celui que se donnent ces «propos de surface».

³ Liée par cette Convention, la Suisse a choisi de l'appliquer également aux situations qui tombent en dehors de son champ d'application géographique, et ce via l'article 85 al. 1 LDIP, dont le texte est le suivant: «En matière de protection des enfants, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, la loi applicable ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions ou mesures étrangères sont régies par la Convention de La Haye 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».

célébré au Liban selon le rite sunnite, néglige la litispendance suisse, confie la garde au père et enjoint à la mère de lui remettre l'enfant, dont il ordonne, pour la rentrée 2013-2014, l'inscription à l'Ecole américaine de Beyrouth.

Et le curateur nommé à l'enfant en Suisse de se demander, et de me demander: «L'enfant, que doit-il faire maintenant? Qui a, au juste, la garde de Naël?»

Les juges des deux Etats ont statué de manière soi-disant définitive en prononçant – pour parler comme Kelsen – deux *normes juridiques individuelles*, d'origine judiciaire, qui sont cependant l'une en conflit avec l'autre. Force est de constater qu'au conflit *parental* est venu s'ajouter un conflit *juridictionnel*, un *conflit de juridictions* au sens propre et étroit du terme, à savoir un désaccord entre le juge suisse et le juge libanais. Naël se trouve face à un conflit helvético-libanais de *décisions* de justice. Deux soi-disant «choses jugées» se contrarient. La «chose» est-elle jugée? Si oui, comment?

Voici quelques mois, j'ai passé une après-midi avec mes neveux, Giacomo, âgé de dix ans, et Edoardo, âgé de sept ans. Remuant ces questions dans mon esprit, je me suis permis de leur poser une double question. La première: «Qui tranche les conflits entre les hommes?». C'est à l'unisson qu'ils m'ont répondu: «Les juges» (j'ajoute qu'ils sont l'un et l'autre fils de juristes). La deuxième question était plus insidieuse: «Qui tranche les conflits entre les juges?». Réponse instinctive d'Edoardo⁴: «C'est Dieu». Giacomo a, quant à lui, pris le temps de réfléchir quelques secondes, puis il a lancé: «C'est un *super-juge*» (un «*superjudice*»).

Gardons à l'esprit cette sagesse spontanée des enfants, d'autant plus que c'est bien d'eux que nous parlons, et revenons à celui qui est au centre de notre affaire. Comme dans tout contentieux, s'y affronte une *pluralité* de représentations *subjectives*, unilatérales, de ce qui est *juste*, de ce qui devrait être le droit *objectif* (Le *Sollen*) tel qu'appliqué à cette relation, qui est donc litigieuse. Seule certitude: l'enfant ne peut pas être à la fois confié au père et vivre au Liban et confié à la mère et vivre en Suisse et ce quels que méritants, et responsables, soient les deux parents. L'enfant est «un». Il forme une *unité substantielle*, pareille à une *monade*. Il est indivisible, insécable. Il ne saurait être dépecé. La menace d'un «dépeçage» de ce type n'a servi au Roi Salomon – on se souvient du terrible, et saisissant, récit biblique – qu'à découvrir laquelle des deux soi-disant mères l'était vraiment.

Il y a quelques jours, j'ai parlé avec Josiane, ma voisine de l'époque lausannoise, aujourd'hui âgée de 75 ans. Je l'ai d'ailleurs présentée à M. Ballarino lors d'un de ses passages à l'«hôtel Romano»; elle a été aussitôt charmée par lui, mais, manque de chance pour elle, ça n'a pas été réciproque... Donc, Josiane est franco-suisse. Elle a vécu en se «partageant», comme on dit, entre la France et la Suisse. Sans enfants, elle a décidé de faire le don de ses organes après son trépas. Elle en a

⁴ L'école d'Edoardo est gérée par les sœurs Ursulines.

établi deux listes: certains partiront en France, d'autres en Suisse. «Grâce au *don* de mes organes (ainsi distribués) – me dit-elle non sans fierté –, j'aurai enfin le *don* de l'ubiquité».

Mais notre adolescent libanais, il a envie de vivre et ses organes, il faut qu'ils restent, si je puis dire, tous bien regroupés. Sans doute, si le Droit avait le pouvoir de le «cloner», il n'y aurait pas de conflit entre ses parents et, par conséquent, pas de conflit entre les juges suisse et libanais pas plus qu'entre les Etats dont ces juges tiennent leur pouvoir. Les conflits entre les uns et les autres existent car le monde *réel*, du *Sein*, qui a ses lois inviolables, empêche que cette *pluralité* de représentations *idéales* au sujet de l'avenir de l'enfant – Naël vivra à titre principal à Genève avec la mère, Naël vivra à titre principal à Beyrouth avec le père – se réalise. Une telle *pluralité* ne peut pas être *juridique*. Aussi longtemps qu'elle n'est pas résolue par le Droit, elle n'est que *conflit*, c'est-à-dire *désordre juridique*. Il ne faut en effet pas confondre le *pluralisme juridique*, signe de liberté, avec les *conflits juridiques*, lesquels, s'ils ne sont pas résolus en Droit, condamnent les relations humaines qu'ils frappent à évoluer dans le non-Droit, dans le «dénî du Droit» (*Rechtsverweigerung*)⁵.

Précisons tout de même qu'un *ordre* pourra se matérialiser, en dépit du *désordre juridique*, par exemple, dès lors que la mère ou le père, constatant l'incertitude dans laquelle les plongent les deux Etats en présence, se désiste, par désespoir ou par épuisement, ou parce que plus fragile, psychologiquement ou financièrement. Seulement, l'ordre qui s'installe ainsi n'est, me semble-t-il, pas un ordre *juridique*, c'est-à-dire produit par le Droit. Une guerre, qui n'est jamais éternelle, et qui a sa source dans une *pluralité de visions en conflit* entre elles, conduit, quand elle prend fin, à un ordre: mais cet ordre, dans la mesure où il est la conséquence de la guerre, n'est précisément pas le fruit du Droit⁶. Le monde des animaux obéit lui aussi à un ordre. Pensons à la chaîne alimentaire. C'est là une harmonie, belle – dirons certains – parce que nécessaire. Le plus fort se nourrit du plus faible. Les spécimens malades sont abandonnés par leurs congénères. On parle bien de *l'ordre animal* et même du *règne animal*. Ce règne a ses lois. Seulement, ces lois ne sont pas *juridiques*. Les principes sur lesquels elles reposent sont même en quelque sorte *anti-juridiques*. Car le Droit existe, d'après une vue répandue, afin de soustraire les relations humaines à l'empire de la loi du plus fort, du plus rapide, du plus enduring, qui est celle-là même qui domine dans la jungle, et aussi dans la savane et dans la steppe et dans tout autre habitat animal.

⁵ Il semble bien que le terme «pluralisme» évoque une co-existence plutôt harmonieuse que conflictuelle.

⁶ Je me suis permis d'insister sur ce point dans *Le dilemme du renvoi en droit international privé – La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Zurich, 2015, p. 118 s. et 152 s. [disponible en libre accès: <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46500>>].

Voilà ce qui me conduit au monisme. D'après l'acception la plus primitive que peut suggérer ce terme – on sait combien équivoque –, le monisme juridique renvoie à une seule vision du Droit et semble ainsi négateur de la diversité, de la pluralité des ordres juridiques, spécialement étatiques. Mais si l'on explique ainsi le monisme, il serait assez paradoxal de l'attribuer à Kelsen. Car pour lui, à défaut d'un droit naturel suffisamment univoque, l'on ne peut que faire l'expérience d'une pluralité de droits positifs, étatiques notamment, différents entre eux, et tous, ou presque, *a priori* respectables. La «théorie pure du droit» ne prend-elle sa source à la constatation que fait son promoteur «de la diversité qui va constamment croissant avec le temps, du contenu des ordres juridiques positifs»? C'est cette diversité, qui résulte de la disparité de ce qu'il appelle les «politiques juridiques», qui le détermine à chercher la «pureté» du concept de droit.

Demandons alors à Kelsen de s'expliquer sur ce qu'il entend par monisme. Le point de départ est l'affirmation – énoncée en des termes insistants – selon lequel «deux normes juridiques contradictoires ne sauraient être l'une et l'autre valables»⁸. Car le *Sein*, qui fixe les limites de plasticité du *Sollen*, s'y oppose. Kelsen a d'ailleurs envisagé aussi le conflit entre deux décisions, entre deux normes individuelles posées par des juges, dont il a exclu qu'elles puissent être l'une et l'autre du Droit⁹. Il est vrai que l'auteur autrichien a raisonné au départ de l'ordre dit interne. Mais l'on sait aussi qu'il ne s'est pas cantonné à l'étude du droit étatique, qu'il s'est aussi intéressé au droit international. C'est parce que deux normes, même posées par les organes relevant *a priori* de deux ordres différents, ne peuvent, dans la mesure de leur contradiction, être l'une et l'autre du Droit, que Kelsen évoque l'«unité de tout le droit» comme «postulat de la théorie du droit»¹⁰. Les «ordres inférieurs – y compris étatiques – peuvent être conçus comme des ordres partiels au sein de l'ordre supérieur – supra-étatique – donc lui-même considéré comme un ordre total»¹¹. Voilà qui conduit notre auteur à envisager un «ordre juridique universel qui comprend... tous les ordres juridiques étatiques»¹². Pour lui «l'ordre international détermine les sphères de validité territoriale, personnelle et temporelle des ordres juridiques étatiques rendant ainsi possible la coexistence d'une multitude d'Etats»¹³. Et si un Etat se définit par le droit qu'il se donne, droit

⁷ Passage tiré de la «Préface de la seconde édition» que Hans Kelsen a rédigé à Berkeley, en avril 1960 (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. française de la 2^e éd. de la *Reine Rechtslehre* par Ch. Eisenmann, Paris, 1962, p. xiv).

⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 432. Pour F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 184, c'est dans le passage selon lequel «personne ne peut servir deux maîtres» (*Théorie pure du droit*, p. 431) où apparaît le plus clairement le monisme kelsenien.

⁹ *Op. cit.*, p. 456.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 477.

¹¹ *Op. cit.*, p. 478.

¹² *Op. cit.*, p. 512.

¹³ *Op. cit.*, p. 610.

donc étatique, mono-national pourrait-on dire, l'unité supra-étatique des droits étatiques est le meilleur garant du pluralisme juridique étatique.

Retenons en tout cas que deux normes, y compris individuelles, en conflit entre elles, y compris lorsqu'elles émanent de deux ordres juridiques distincts, ne sauraient être l'une et l'autre du Droit, ne sauraient faire bénéficier du Droit, d'un ordre véritablement juridique, les êtres humains auxquels elles s'adressent car ces êtres humains ne peuvent pas se conduire de la manière prescrite par l'une et par l'autre de ces normes. Un ordre juridique ne s'installera que si le conflit entre ces normes est résolu, précisons, par le Droit et non pas par un mécanisme se ramenant à la loi du plus fort ou à l'un de ses avatars.

Comment cette résolution s'opère-t-elle?

Kelsen évoque une coordination des deux ordres dont émanent les deux normes en conflit. Pour lui, «[l]a coordination de deux ordres suppose l'existence d'un troisième ordre qui leur soit supérieur» car «[i]l est absolument exclu qu'ils existent isolément, indépendamment l'un de l'autre, sans être coordonnés par un ordre supérieur». Seulement, les énergies de Kelsen ont été ensuite absorbées par le conflit entre droit interne et droit international, sans d'ailleurs que l'on soit toujours bien renseignés sur ce qu'il entend par «droit international». Kelsen nous paraît comme obsédé par la relation de supérieur à inférieur («Vorrang») de l'un par rapport à l'autre, ce qui l'a conduit à négliger les relations entre ordres juridiques étatiques «équivalents», qui sont bien celles qui intéressent notre propos ainsi que le droit international privé tout entier.

Tournons-nous un instant vers Santi Romano, qualifié parfois d'«anti-Kelsen»¹⁴, et dont le nom est volontiers associé au pluralisme juridique, qui lui-même est souvent opposé au monisme¹⁵. On sait que le juriste sicilien a identifié un certain nombre d'ordres juridiques infra-étatiques – communes, partis politiques, associations privées... – en montrant qu'ils peuvent co-exister au sein de l'ordre juridique étatique. Quant aux relations entre ordres juridiques étatiques, il est question chez Santi Romano de «relevance» (rilevanza) d'un ordre pour un autre¹⁶. Un ordre juridique étatique peut, en exerçant la liberté qui résulte de son indépendance, donner «relevance», mais aussi ne pas donner «relevance», à un autre ordre juridique étatique.

Seulement – et en revenant à notre enfant helvético-libanais – si la Suisse décide de ne pas donner plus de «relevance» à la décision libanaise que le Liban n'en

¹⁴ V. not. PH. FRANCESCOAKIS, «Introduction à l'édition française» de S. Romano, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris 1975, réimpr. Paris 2002 présentée par P. Mayer, p. vi.

¹⁵ D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance – Recherche sur le pluralisme juridique*, th. Paris 2, 2 voll., 2002; F. Ost / M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 184.

¹⁶ P. MAYER, «Préface» à S. Romano, *L'ordre juridique*, p. 8.

donne à la décision suisse – et c’est bien ce qui s’est passé en l’occurrence – le conflit helvético-libanais d’ordres juridiques reste entier et, avec lui, le conflit parental dont est victime Naël. Ce n’est pas parce que chacun des Etats dit: «ce conflit d’ordres juridiques, je le résous en donnant priorité à mon ordre», que le conflit est résolu pour de bon. Ce serait chose merveilleuse si l’on pouvait résoudre un conflit opposant deux personnes, deux entités, en autorisant chacune à le trancher en sa propre faveur. Il n’y aura pas besoin de Droit.

Le pluralisme tel qu’il est parfois présenté se contente de la «non relevance» d’un ordre juridique pour un autre. Il ne semble pas remettre en cause le fait que chacune des deux normes tirées de deux ordres étatiques visant à régir la même relation humaine soit *juridique*, qu’elle soit du Droit. Ce pluralisme juridique a même du mal à voir qu’il y a là un problème et donc à entreprendre de le résoudre – car pour résoudre un problème, il faut avant tout le discerner. Pour le monisme dont il a été question, en revanche, c’est parce que deux normes prétendant régir de manière contradictoire la même relation humaine ne sont pas du Droit qu’il convient d’en appeler à un «ordre supérieur» pour que le conflit soit aplani et que le Droit profite à cette relation humaine. C’est encore Kelsen qui dit de deux ordres juridiques que l’«on ne peut les considérer tous deux comme des ordres valables autrement qu’en les comprenant tous deux en *un* système unique descriptible en propositions de droit non contradictoires»¹⁷.

Certains seront tentés de penser qu’au fond, notre enfant est soumis à l’ordre juridique suisse aussi longtemps qu’il se trouve sur le territoire suisse, et à l’ordre juridique libanais dès qu’il met son petit pied sur le territoire libanais. Il n’y a donc pas de désordre juridique. A tout moment, la relation humaine en cause évolue dans un ordre juridique. Certes, cette situation est insatisfaisante mais le Droit... n’est-ce pas la «science des sacrifices»?

On touche là la question fondamentale. Voici quelques contre-objections que soulève cette manière de voir les choses¹⁸.

D’abord, le tribunal suisse, de crainte que l’enfant, de passage au Liban, soit appréhendé par la police libanaise, et confié au père, et retenu au Liban, pourrait interdire à l’enfant de se rendre au Liban. Et c’est bien ce qu’avait fait à titre provisoire le juge genevois quand il a appris que la décision qu’il allait rendre ne serait vraisemblablement pas reconnue au Liban. Et redoutant que les Etats arabomusulmans prêtent main-forte à la décision libanaise, l’interdiction avait été élargie à tout autre Pays. On a retiré le passeport à l’enfant. Il ne peut plus quitter

¹⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 434.

¹⁸ Pour une argumentation moins incomplète, v. «Conflits entre parents et entre ordres juridiques en matière de responsabilité parentale», Ch. Guy-Ecabert & E. Volckrick (dir.), *Enlèvement parental international d’enfants – Saisir le juge ou s’engager dans la médiation*, Bâle, 2015, p. 85 s.

Genève. Sauf que, ce faisant, on porte atteinte à la dimension bi-culturelle dans laquelle s'inscrit Naël, qui a grandi aussi au Liban où habitent tous ses grands-parents.

La deuxième remarque consiste à rappeler qu'en général, «possession ne vaut pas titre». Gardons-nous de croire que tout ce qu'un Etat fait, y compris sur son territoire, est toujours conforme au Droit. L'ordre qu'il parvient à assurer – parfois de manière provisoire – à l'intérieur de ses frontières peut ne pas être juridique car il peut résulter d'une violation du Droit¹⁹. Mon propos ne consiste pas à soutenir que la Suisse, en ce qu'elle permet à la mère de retenir Naël à Genève alors que le Liban en réclame la remise au père, se rend coupable d'une telle violation pas plus qu'à soutenir que le Liban se rend coupable d'une telle violation lorsqu'il menace la mère de sanctions civiles ou pénales en cas de refus de livrer l'enfant au père. Je dis qu'il n'y a pas encore de Droit régissant cette relation humaine helvético-libanaise frappée d'un conflit opposant la Suisse et le Liban au sujet de la meilleure manière de la régler.

Enfin, ce n'est pas parce que les organes libanais d'exécution ne sauraient pénétrer sur le territoire suisse et prélever l'enfant, que le Liban se voit priver de l'exercice de toute contrainte sur Madame. Pensons aux *astreintes*, qui, comme le disait Jean Carbonnier, «frappent le portefeuille pour contraindre la volonté». Le juge libanais peut assortir l'ordre, qu'il adresse à la mère, de remettre l'enfant au père, de l'ordre de payer une somme progressivement croissante pour tout jour de retard²⁰. Il peut aussi la menacer de *sanctions pénales* en cas de désobéissance. Et le juge suisse pourrait en faire de même. Ce sont là, a-t-on dit parfois, des «armes atomiques» du contentieux international²¹.

Il vaut mieux, vous en conviendrez, essayer de mettre fin à l'escalade des hostilités inter-jurisdictionnelles. C'est là le *devoir du Droit* et, par conséquent, notre devoir de juristes. Dans une affaire semblable, franco-suisse, le curateur de l'enfant me confiait: «L'enfant est en très grande détresse. Il se sent responsable du *conflit parental*. Maintenant, il se sent également responsable du *conflit étatique* au sujet de la meilleure manière de trancher le conflit entre ses parents. Tout cela est insupportable pour lui. Il a *fait une crise suicidaire*».

¹⁹ Par exemple, moyennant édicition et mise en œuvre sur son territoire d'une décision administrative ou judiciaire qui est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁰ Libanaise, Madame possédait en l'espèce des avoirs au Liban si bien que l'exécution d'une astreinte prononcée au Liban aurait pu avoir lieu au Liban.

²¹ *Bank Mellat v. Nipour* [1985] F.S.R. 87: v. S. GIROUD, «Do you speak Mareva? How worldwide freezing orders are enforced in Switzerland», *Yearbook PIL*, 2012/2013, p. 443 s.

Comment donc résoudre ce conflit helvético-libanais d'ordres juridiques et par-là le conflit parental au sujet de la garde de cet enfant?

Pour Kelsen, c'est semble-t-il nécessairement par une norme tirée d'un ordre *supérieur* qui ramène à l'unité les deux ordres édictant deux normes contradictoires. N'est-il au demeurant de l'essence du Droit d'être *super partes*? C'est là l'un des aspects de la *verticalité du Droit*. Sauf que la *norme fondamentale* ou «*Grundnorm*», on a souvent l'impression, à lire Kelsen, qu'il s'agisse de quelque chose de «*préexistant*». C'est un peu la «*théocratie*» pour le dire avec mon neveu Edoardo. La verticalité du Droit, c'est plutôt un double mouvement, à la fois *ascendant* et *descendant*: de manière un peu simpliste, du bas vers le haut, pour ce qui est de la création de la norme, et du haut vers le bas, pour ce qui est de son application. Les cathédrales – prenons le «*Duomo*» de Milan, dont M. Ballarino connaît les moindres recoins –, elles dominent les hommes, mais elles ne sont pas moins édifiées par eux. Le contrat, acte bilatéral, ne tient-il lieu de *lois* à ceux qui l'ont fait? La loi contractuelle – au sens d'ensemble des normes contractuelles valablement posées par les contractants – leur est donc *supérieure* en ce qu'elle *s'impose* à eux, mais elle n'en demeure pas moins largement leur *produit*.

La coordination peut en effet s'opérer, par exemple, soit, directement, par une norme posée moyennant un acte «*bilatéral*» (ou multilatéral) conclu entre les entités qu'il s'agit de coordonner, ici la Suisse et le Liban, soit indirectement par une autorité interposée, judiciaire notamment, désignée par les deux entités, autorité qui détient en cela une investiture bilatérale résultant d'un acte bilatéral. C'est là, peut-on penser, le sens premier du «*bilatéralisme*». Dans le langage du droit régissant les relations inter-étatiques – et c'est bien aussi une relation inter-étatique entre la Suisse et le Liban que provoque la relation inter-individuelle entre les deux parents de Naël – le bilatéralisme renvoie bien à quelque chose qui se fait à deux²².

C'est d'une manière semblable que notre affaire s'est terminée. Constatant l'impasse sur laquelle débouche le conflit de décisions, nos deux parents ont désigné un juriste *libanais* et un juriste *suisse*, lesquels ont nommé un juriste américain pour présider un tel «*panel*» *ad hoc*. Il semble que le juge suisse et le juge libanais, responsables des deux décisions contradictoires, ont approuvé officieusement la démarche. Le juge libanais aurait dit: «*Voilà qui est une très bonne idée*». Et le juge suisse: «*C'est la seule solution*».

Or, notre collègue helvético-libanais a pris les déterminations que voici: 1) Naël résidera en Suisse auprès de sa mère jusqu'à ses seize ans; 2) son père bénéficiera du droit aux relations personnelles pendant la grande majorité des vacances

²² Il suffit de penser aux relations entre la Suisse et l'Union européenne, organisées depuis longtemps par ce qu'il est convenu d'appeler la «*voie bilatérale*». V. aussi *Le dilemme du renvoi en droit international privé*, p. 54-55.

scolaires et il lui sera loisible d’emmener Naël au Liban; 3) à ses seize ans, Naël intégrera l’école américaine de Beyrouth à moins qu’il ne s’y oppose. Si et dans la mesure où cette détermination est entérinée par les deux Etats, voici que la relation humaine helvético-libanaise évolue enfin dans l’*ordre juridique*, assuré par une *norme individuelle supérieure*, édictée par une autorité qui, par sa composition, bénéficie d’une vue» aérienne, bi-étatique. C’est là enfin un ordre juridique international, et plus spécialement binational, helvético-libanais, expression du bilatéralisme²³ au sens de forgé ensemble par les deux Etats «co-intéressés» et respectueux de la dimension bi-culturelle dans laquelle s’inscrit le passé et pourra enfin s’inscrire l’avenir de Naël.

Voilà qui n’est pas sans évoquer le «super-juge» proposé par Giacomo²⁴.

Permettez-moi alors de citer aussi ma nièce, Matilde, car elle ne serait sans doute pas contente de savoir que j’ai évoqué en public son cousin sans parler d’elle. N’insiste-t-on au demeurant pas, et depuis longtemps déjà, sur l’importance qui revient à la *parole* de l’enfant, sur le *point de vue* que l’enfant peut avoir au sujet du conflit opposant les parents à son sujet et de la manière de le résoudre? Alors, Matilde est italienne et vit en Italie tout en se rendant souvent en Suisse, avec ses parents, pour les vacances notamment. Elle aime bien de choses de la Suisse: les trains de montagne, les pistes de ski, le chocolat, le drapeau... Elle possède donc une certaine attache avec la Suisse. Lors d’une randonnée il y a quelques mois, je l’ai interrogée ainsi: «Imagine pour un instant que ton Papa est suisse, que Maman [ma sœur] et Papa [mon beau-frère] se séparent, que Maman veut que tu habites avec elle en Italie et Papa veut que tu habites avec lui en Suisse. Maman va voir le juge italien. Papa va voir le juge suisse. Le juge italien te dit: ‘tu dois vivre avec Maman en Italie’ et le juge suisse te dit: ‘tu dois vivre avec Papa en Suisse’. Que faire?». Troublée par cette perspective, Matilde énonça avec gravité: «*Li licenziamo entrambi*». Et moi de lui objecter: «Mais si on licencie les deux juges, nous sommes à la case de départ, et tu ne sais toujours pas si tu dois vivre avec Maman ou avec

²³ Pour un tel usage de l’expression «bilatéralisme», v. CH. KOHLER, «Le droit international privé de l’Union européenne et les accords bilatéraux conclus avec les Etats tiers: l’exemple du futur règlement en matière de successions», *Liber amicorum W. Pintens*, Anvers, 2012, p. 789. Dans l’un de ses derniers écrits, Tito Ballarino a employé les termes «norma bilaterale» et «soluzione bilaterale» pour désigner la règle de conflit et la solution forgées ensemble par l’Italie et la Suisse et inscrites à l’article 17 al. 3 du Traité d’établissement et consulaire italo-suisse de 1868 consistant à appliquer aux successions aux ressortissants d’un des deux Pays domiciliés dans l’autre leur loi nationale (TITO BALLARINO & ILARIA PRETELLI, «Una disciplina ultracentenaria delle successioni», *Riv. dir. tic.*, 2014, p. 889 s., p. 919).

²⁴ Car rien n’empêche que les deux Etats, constatant l’impasse à laquelle conduit le conflit entre les décisions rendues par leurs juges, organisent, à la demande notamment d’un des particuliers concernés, enfant compris, un tribunal judiciaire binational chargé de trancher un tel conflit et, par là, le conflit entre les parents se disputant la garde de leur enfant.

Papa». «Eh bien, appelons le [Président] Obama» («*Chiamiamo Obama*»). «Voilà qui est une solution fort intéressante, en effet – ai-je dû convenir –. D'autres te viennent-elles à l'esprit?». «Il nous faut un juge européen» («*Ci vuole un giudice europeo*»).

Quels sont donc les enseignements à tirer? Je n'ai pas le temps – hélas – de m'y attarder. J'insisterai tout de même sur ce qu'il ne faut pas voir de l'*ordre juridique* là où il n'y en a pas, là où il n'y a que du *désordre juridique*. Semblablement, il faut éviter de confondre le *pluralisme juridique* et les *conflits juridiques*. Deux Etats prétendant régler différemment la même relation entre deux ou plusieurs êtres humains, ce n'est pas du pluralisme, c'est du conflit. Nul n'ignore la différence qui sépare le *pluralisme religieux*, qui est à encourager, des *conflits religieux*, qui sont à condamner.

Un conflit du type dont il a été question ne peut se résorber que par la recherche de l'*unité entre les ordres juridiques qu'il oppose* à l'égard de la relation humaine qui est au cœur de leur désaccord. Seulement, c'est bien une démarche pluraliste qui permet de forger une telle unité car celle-ci résulte des apports «pluriels» fournis par les ordres étatiques cherchant à se coordonner. La norme supérieure ainsi développée par eux et qui concourt à former, avec tant d'autres à la genèse semblable, l'ordre juridique international et ici spécialement binational, ne préexiste pas quant à sa *teneur*, mais bien quant à sa *nécessité*. Gageons que c'est par une synthèse entre le monisme et le pluralisme juridique que passera le progrès des idées, par la reconnaissance que ces deux théories, qui sont porteuses de vérités partielles, loin de s'opposer, se complètent mutuellement.

«*Unie dans la diversité*», n'est-ce là le slogan de l'Union européenne et aussi son programme? Or, la diversité, c'est bien la marque du pluralisme; l'unité, c'est ce à quoi aboutit la prévention des conflits juridiques dont la persistance entraverait les interactions humaines intra-européennes que les Etats membres veulent pourtant promouvoir. Combattre les conflits entre ordres juridiques susceptibles de frapper les citoyens et résidents européens, c'est l'objectif premier que s'est donné la Convention de Bruxelles. La création d'un espace judiciaire et juridique *unitaire* – ou «intégré» comme l'on dit souvent – que poursuivent depuis le Traité d'Amsterdam les règlements de l'Union européenne n'a pas pour but la suppression de la variété des ordres juridiques des Etats membres mais bien leur coexistence car le désordre juridique pouvant résulter de leur opposition est remplacé par un ordre juridique qui, certes, leur est supérieur mais que chacun d'eux a participé à construire²⁵. L'une des devises de cet autre espace juridique se voulant unitaire que forment les Etats-Unis d'Amérique n'est-elle pas «*e pluribus*

²⁵ Le terme «*intégration*» semble bien rendre compte à la fois de l'*unité* et de la *pluralité* des éléments qui la forment.

unum», «de plusieurs un seul»? L'unité se crée à partir de la pluralité et pour mieux sauvegarder celle-ci en prévenant les conflits qui la détruiraient.

Ces modestes propos de surface se veulent un hommage au grand juriste, au grand Maître et au grand homme qui, sans le savoir ni peut-être le vouloir, les a inspirés.

«*Caro Professore, buon compleanno*».

Bibliographie

- ANCEL, B., «L'épreuve de vérité – Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée», Mélanges à la mémoire de P. Courbe, Dalloz, 2012, p. 1 s.
- Kelsen, H., Théorie pure du droit, trad. française de la 2e éd. de la Reine Rechtslehre par Ch. Eisenmann, Paris, 1962.
- Kelsen, H., Théorie pure du droit, p. 432. Pour F. Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, 2002.
- FRANCESCAKIS, Ph., «Introduction à l'édition française» de S. Romano, L'ordre juridique, 2e éd., Paris 1975, réimpr. Paris 2002 présentée par P. Mayer.
- ROMANO, G.P., «Conflits entre parents et entre ordres juridiques en matière de responsabilité parentale», Ch. Guy-Ecabert / E. Volckrick (dir.), Enlèvement parental international d'enfants – Saisir le juge ou s'engager dans la médiation, Bâle, 2015, p. 85 s.
- KOHLER, Ch., «Le droit international privé de l'Union européenne et les accords bilatéraux conclus avec les Etats tiers: l'exemple du futur règlement en matière de successions», Liber amicorum W. Pintens, Anvers, 2012, p. 789 s.
- GIROUD, S., «Do you speak Mareva? How worldwide freezing orders are enforced in Switzerland», Yearbook PIL, 2012/2013, p. 443 s.
- BALLARINO, T., et PRETELLI, I., «Una disciplina ultracentenaria delle successioni», Riv. dir. tic., 2014, p. 889 s.

La mort du droit ou le retour des cultures; à l'origine d'un troisième millénaire problématique¹

Il serait téméraire de vouloir prétendre couvrir dans un si bref aperçu le sujet que cette conférence annonce.

A l'aube du troisième millénaire, nous pouvons cependant distinguer, dans le brouillard qui se dissout, de vieux arbres affaissés, des rochers, des obstacles que les hommes de droit, les juristes, croyaient avoir déblayés pour toujours du chemin de l'humanité.

Dans le cadre fascinant de l'Institut Suisse de Droit Comparé, bâti au bord de ce lac Léman qui a vu le passage des légions romaines, la guerre de Rome contre les Gaulois et les Helvètes et l'entrée triomphale de Jules César à Genève – un «*Clash of Civilizations*» comme l'appelleraient les historiens d'aujourd'hui s'ils avaient vécu à l'époque² – un choc de civilisations annonçant les autres, toujours plus sanglants, qui ont ponctué les siècles jusqu'à nos jours, le lieu est peut-être propice pour avancer quelques réflexions.

Le long processus d'hominisation de l'animal, ce passage fascinant de l'animalité à l'humanité³, est marqué par d'innombrables étapes: des religions archaïques, à l'isonomie de la démocratie grecque, à la laïcisation timide de la Loi des XII Tables par laquelle la condamnation divine fut remplacée par la réparation mondaine du dommage causé.

Ubi societas ibi jus.

Selon la reconstruction classique de l'histoire, le groupe fait la loi, mais en réalité c'est la loi qui fait le groupe, car en dehors du groupe il y a le non-droit, c'est-à-dire la guerre.

* Docteur en droit, Avocat et Notaire, Chargé de cours à l'Université de Fribourg.

¹ Allocution prononcée à la journée à la journée en l'honneur de Tito Ballarino le 13 juin 2014: «La dimension culturelle de droit international privé».

² P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations?*, *Foreign Affairs* 1993, p. 22 ss, maintenant aussi publié intégralement en ligne sous http://en.wikipedia.org/wiki/Clash_of_Civilizations.

³ GIRARD, *Achever Clausewitz*, Paris 2007 pg. 9.

Dans son introduction à la dernière édition entièrement refondue du *Handbuch des internationalen Privatrechts*⁴, l'inoubliable Professeur Schnitzer voit dans les conflits l'origine du droit.

«*Wer nicht zu [der Gruppe] gehört, steht ausserhalb der Rechtsordnung. Er ist weder Träger von Rechten noch Pflichten. Die Beziehungen zu ihm regeln sich nicht durch Recht, sondern durch Kampf*».

Toutefois, les armes montrèrent très tôt leur indigence comme instruments de discussion avec l'ennemi, et les nuages de la guerre durent faire place aux éclaircies des règles juridiques sur la condition des étrangers; non plus déprédation et négation de toute protection à celui qui venait d'ailleurs, mais hospitalité d'abord, *jus gentium* ensuite.

Adversus hostem aeterna auctoritas.

Contre l'étranger l'action ne se prescrit jamais.

Ce passage de la Lois XII Tables – utilisé par les députés du nouveau Royaume d'Italie pour affirmer toute l'agressivité de leur patriotisme⁵ – marque au contraire, selon Cicéron qui le reprend dans le *De Officiis* (I,12,37), l'évolution, dans l'ordre juridique interne, de la répulsion vis-à-vis de l'étranger à son accueil.

Certes, celui qui offre l'hospitalité demeure maître de ses hôtes⁶. La méfiance règne envers celui qu'on ne connaît pas.

Rien n'a changé depuis lors.

Le commerce international actuel est toujours dominé par la méfiance mutuelle des marchands, qui se réfugient dans le mécanisme des garanties bancaires pour obtenir les informations nécessaires sur la solidité financière de l'inconnu avec lequel ils s'apprêtent à traiter.

À partir de la loi pour les étrangers, la voie était toute tracée pour la conception d'un droit des étrangers. C'est la raison pour laquelle, pendant longtemps, les manuels de droit international privé consacraient leurs premiers chapitres à la condition des étrangers.

La croissance des échanges internationaux qui suivit l'unification de la planète et les Grandes découvertes plaça au premier plan une question dont l'origine remonte à

⁴ SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, Tome I, 4^{ème} éd. Genève 1957, p. 4.

⁵ G. RIGUTINI, *Roma Letteraria*, a X n. 21s.

⁶ Cf. GIRARD, *Le Sacrifice*, Bibliothèque nationale de France 2003, Conférences del Duca, p. 66.

l'effondrement de l'empire romain et à la division de son espace entre plusieurs populations, souvent nomades, aux coutumes et traditions diverses.

Ce fut d'abord l'affirmation du Principe de la personnalité; chacun traite et est traité selon le droit de sa communauté d'origine.

Ce principe permet de faire coexister dans le même territoire plusieurs systèmes de droit. Les tribunaux sont souvent formés par des juges appartenant à des ordres juridiques distincts qui appliquent le droit d'origine des parties⁷.

Comme cette origine ne se prêtait pas facilement à la preuve, on prit l'habitude de se baser sur la seule déclaration du justiciable qui, avec le temps, devint une présomption irréfragable.

C'était la *Professio juris*, la manifestation de volonté qui portait sur le choix de la loi applicable, choix exprimé par les parties devant les Notaires, et que ceux-ci commencèrent à inscrire dans leurs actes il y a environ mille ans.

«*Qua lege vivis?*» Sous quelle loi vis-tu? A quel ordre juridique appartiens-tu? Demandait le Notaire avant de rédiger son acte⁸.

Toutefois, avec la naissance des Etats féodaux, la tendance à la reterritorialisation du droit reprit de la force, les souverains voulant imposer leur droit à toute personne qui se trouvait sur le territoire qu'ils dominaient.

Les générations se succédant, le principe de la personnalité subit des mutations; à la place d'une origine de sang de plus en plus incertaine, la *lex originis* amorça un mouvement de balance entre le caractère lié à la lignée et un caractère dépendant du lieu de naissance puis de celui d'habitation ou, mieux, toujours selon Schnitzer

«*wo der Einzelne schläft und aufwacht*»⁹.

De l'*Abkunft* à l'*Herkunft*, d'une origine basée sur le sang, sur l'ADN pour ainsi dire, on passa à un mélange entre sang et tradition, c'est-à-dire à la nation.

La lutte entre une origine de sang de plus en plus imaginaire et une origine territoriale tout aussi imaginaire - parce que la notion de frontière, telle que nous la connaissons de nos jours, n'existait pas à l'époque - subit une évolution circulaire au cours de l'histoire.

Principe de nationalité contre principe de domicile: *statuta personalia* – qui suivent le corps humain dans ses déplacements; autrement dit le *jus ossibus: jus quod ossibus*

⁷ SCHNITZER, op. cit., p. 6.

⁸ KELLER/SIEHR, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich/Hamburg 1986, p. 18s.

⁹ SCHNITZER, op. cit., p. 6.

personae inhaeret – contre *statuta realia* liés au lieu de la chose ou de l'événement qui caractérise l'espèce à juger.

Enfin Savigny, dans le 8^{ème} volume de son *Systems des heutigen römischen Rechts*, proposa une solution nuancée sur la base du principe de territorialité: désormais il fallait appliquer la loi du «siège» du rapport juridique en cause – «*der Sitz des Rechtsverhältnisses*», littéralement – qu'il convenait de rechercher selon la nature qui le caractérisait: ce sera le droit du domicile pour le statut personnel, la *lex rei sitae* pour les immeubles, la loi du lieu de conclusion du contrat pour les obligations.

L'influence de l'œuvre de Savigny dans le monde fut énorme et elle demeure certaine aujourd'hui encore dans le droit international privé des contrats.

Le balancier n'avait cependant pas terminé son mouvement.

La Révolution française libéra les personnes des liens féodaux de classe sociale et de corporation et leur donna – surtout aux marchands et à la bourgeoisie – la liberté du commerce et de l'industrie, voire la liberté de voyager sans aucune caution d'un souverain.

La nouvelle situation politique conduisit à la reprise du Principe de la personnalité comme moyen d'unifier les citoyens – et les citoyennes, faut-il ajouter aujourd'hui pour être politiquement correct – à l'intérieur d'un territoire national.

Le Principe de personnalité se transforma en Principe de nationalité. Le *Code Napoléon* proclama dans son art. 3 que le statut personnel et la capacité des Français doivent être soumis au droit français, quel que soit le lieu où ils habitent.

Les autres nations emboîtèrent tout de suite le pas, mais c'est avec le *Risorgimento italiano* et la *prolusione* à l'Université de Turin de Pasquale Stanislao Mancini du 22 janvier 1851, intitulée *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, que le principe de nationalité connut son apogée.

Toute personne est liée par la Nation dans laquelle elle déploie sa personnalité et par laquelle elle est protégée; c'est l'ordre juridique de l'Etat auquel une personne appartient de par sa nationalité qui est déterminant.

La Nation est l'unité primordiale et non l'Etat; la particule atomique, l'unité de base sur laquelle se bâtit le droit international, c'est la Nation.

Car les Etats fondés sur la violence ou sur le consentement – comme la Suisse, permettez-moi de l'ajouter – peuvent toujours s'effondrer par la violence ou par le désaccord, tandis que les Etats-nations, même s'ils peuvent traverser des époques de servage, «*di dolori e di vergogne*»¹⁰, vont tôt ou tard ressurgir et se réaffirmer.

¹⁰ <http://www.appelloalpopolo.it/?p=10330>.

Plus nombreux seront les Etats-nations, plus assurée sera la paix dans le monde.

Les deux guerres mondiales du XX^{ème} siècle ont fait justice de cette prévision, l'Etat nation s'étant révélé une puissante machine de guerre, plutôt qu'un instrument de paix.

Tout cela n'aurait pas eu autant de répercussions dans l'histoire, s'il n'y avait eu, deux siècles auparavant un évènement majeur en Europe – souvent négligé par les tenants du droit privé – qui allait changer d'abord l'histoire, puis l'histoire du droit.

Après trente ans de guerre ininterrompue et quatre-vingts ans de guerres (coupées de trêves plus ou moins longues) souvent menées par d'immenses armées de mercenaires sur lesquelles tout contrôle était impossible – des *contractors* ou des *green card soldiers* de l'époque –, une guerre de tous contre tous où s'affrontèrent catholiques, protestants et luthériens, Etats modernes comme la France et la Suède contre Etats traditionnels comme l'Espagne et l'Autriche, – un autre choc de civilisations de l'histoire –, la paix de Westphalie de 1648 redessine l'Europe en liquidant l'Empire germanique et le pouvoir politique du Pape et en consacrant la naissance de nouveaux Etats sur la base du Principe de non-ingérence d'un Etat dans les affaires internes d'un autre Etat.

Cuius regio, eius religio.

Celui qui domine une région a le droit d'imposer sa religion. La paix de Westphalie consacre ce principe en élevant la souveraineté et l'égalité des Etats comme normes fondamentales des relations internationales.

L'autorité a le droit d'imposer à l'intérieur du territoire de l'Etat qu'elle administre son propre ordre juridique, sans devoir rendre de comptes à aucune autorité extérieure.

Si, d'une part, cette conception nouvelle conduit à l'absolutisme – les monarques se considérant comme les propriétaires des Etats qu'ils ont créés – elle confère, d'autre part, au droit une force qu'il n'avait jamais connue auparavant: enfermé dans une assise territoriale fixe et expression d'une autorité certaine, le droit devient la vérité.

Désormais les tribunaux ne rendent plus la justice, mais affirment la vérité.

Quid est veritas?

Qu'est-ce que la vérité?

La vérité est le jugement prononcé par le tribunal de l'Etat souverain, après l'épuisement de toutes les voies de recours.

Et puisque les Etats sont nombreux et que les juges n'interpellent pas leurs Collègues étrangers avant de se prononcer, le risque est sérieux que les vérités soient plurielles.

Il n'y a donc pas de vérité véritable.

Toute vérité est diversité!

Certes ce système n'a pas manqué de susciter des critiques sérieuses et même ironiques.

On connaît la sentence de Blaise Pascal: *«Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà.»*

Toutefois, il faut reconnaître que, dans les 350 ans qui ont suivi la paix de Westphalie, la diversité n'a pas produit de résultats néfastes et que le droit international privé, qui y puise sa source, s'est révélé un instrument efficace pour résoudre les controverses internationales.

Il y a bientôt 30 ans, lorsque j'étais assistant du Professeur Alfred von Overbeck à la chaire de droit international privé, j'ai reçu un appel d'une personne qui affirmait avoir fait le tour de tous les avocats romands avant d'aboutir par désespoir à la faculté de droit où on l'avait aiguillée vers moi.

Sa femme était stérile et leur désir d'enfant ne pouvait être exaucé par l'institut de l'adoption car les autorités chargées de la distribution des enfants à placer considéraient qu'ils étaient un couple mal assorti, l'épouse étant plus âgée de son mari de presque dix ans.

Pendant deux décennies, ils s'étaient heurtés à ce refus, même lorsqu'une femme enceinte exprimait le désir d'abandonner son enfant à leurs soins. La volonté d'une mère qui n'avait qu'un lien biologique avec le *nasciturus* ne pouvait pas faire plier les critères sévères des services de recherche des familles d'accueil qui disposaient déjà d'une longue liste de jeunes couples fortunés et bien assortis.

Cette fois, mon interlocuteur tenait un enfant et ne voulait pas le laisser échapper. Par le réseau souterrain des désirs primordiaux insatisfaits, il avait connu une mère de trois enfants, du nord de la France, qui était à nouveau enceinte. Elle avait réussi à cacher sa grossesse au mari, qui l'aurait sûrement obligée à avorter. Un quatrième enfant aurait en effet jeté le couple dans l'indigence.

La décision fut que l'enfant grandirait dans la campagne fribourgeoise.

L'été battait son plein, le Tour de France captivait la République par des étapes de montagne mémorables et cet homme me demandait de faire vite.

L'alerte pour l'accouchement se situait à la mi-août.

Je lui répondis que j'allais étudier son cas, et je lui recommandai de rester confiant; *«Le Droit a des raisons que la raison ne connaît pas».*

Il ne devait pas chercher à me voir, mais simplement assimiler la vérité que j'allais lui confectionner.

Tandis que le Code civil suisse à son art. 252 al. 1 consacre l'adage «*mater semper certa est*», le droit français sanctionne la solution contraire: une femme peut refuser le lien de filiation et demeurer anonyme aux yeux de la société, de manière que, par une fiction juridique, l'enfant puisse alors naître «*sous X*».

Là résidait la solution.

La femme se présenta à l'hôpital de sa petite ville sur l'Atlantique et, tout de suite après avoir accouché dans l'anonymat, s'enfuit par la fenêtre. Quelques minutes après, un représentant de commerce de nationalité suisse se présenta à l'hôpital: il affirmait vouloir reconnaître le nouveau-né, fruit d'une escapade mondaine lors d'un voyage d'affaires.

L'officier d'Etat civil présent à la maternité inscrivit son nom sur l'acte de naissance, mais, de retour à l'hôtel, le nouveau père trouva la police avec une injonction du juge lui interdisant de quitter la ville.

Tout était prévu. Le lendemain après plusieurs heures d'interrogatoire, où un policier désagréable alternait avec un collègue qui proposait des solutions à l'amiable, comme il n'y avait qu'une seule vérité, notre représentant de commerce, après avoir entendu le juge français proclamer que «même les histoires les plus invraisemblables peuvent être vraies», put regagner la Suisse sans craindre qu'une organisation de protection de la jeunesse lui soustraie son enfant.

Encore fallait-il informer sa propre famille. Son vieux père qui n'avait plus du tout envie de jouer au Grand père, lui réclama des explications.

Quand je lui demandai quels avaient été ses arguments, sa réponse fut «*vous m'avez appris qu'il n'y avait qu'une seule vérité!*».

Aujourd'hui, le fruit de cette plaisante justice qu'une rivière borne est une belle fribourgeoise de presque trente ans qui vit heureuse dans son canton d'origine.

«*Quid est veritas?*» qu'est-ce que la vérité?

Aujourd'hui les temps ont évolué et la forme d'Etat issue des Traités de Westphalie sur laquelle s'est ancré le droit que nous connaissons touche enfin à son épilogue.

Les frontières s'ouvrent, les droits se fondent, les Etats s'estompent¹¹.

La vérité vit une nouvelle opportunité.

Bien que les règles traditionnelles des traités et du droit international privé subsistent, les juges sont de plus en plus souvent amenés à y déroger en faveur de la loi qui conduit à la solution la meilleure, voire à celle qui s'approche le plus de la vérité.

¹¹ A ce sujet HOBBSAWM, *La fine dello Stato*, Milan 2007.

Il y a quelques années, les Etats-Unis sans trop se préoccuper de leurs règles de conflit et encore moins des traités qu'ils ont signés, ont ressuscité le *jus ossibus*: il suffit qu'une personne séjourne aux Etats-Unis pendant 183 jours sur une période de trois ans pour qu'elle acquière la qualité de «US Person», ainsi que celle moins appréciée de sujet fiscal américain, peu important sa nationalité, le lieu de son domicile et même si sa demande d'obtention d'une *green card* a été refusée.

En revanche, si vous êtes résident aux Etats-Unis, titulaire d'une *green card* – peu importe où vous vivez et où vous payez les impôts –, ou bien si vous êtes de nationalité américaine ou fils d'Américain, le droit américain vous collera à la peau pour l'éternité; il devient, autrement dit, une partie inhérente de vos os: «*quod ossibus personae inhaeret*».

Bien que cette loi peu respectueuse du principe de non-ingérence ait jeté dans le trouble des milliers de citoyens du monde entier, les Etats-Unis ont promulgué le «*Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*» qui, depuis le premier janvier 2014, oblige toute institution financière de la planète à dénoncer, sous peine de dommages-intérêts punitifs, les clients susceptibles d'être considérés comme des «US Person».

Quid est veritas? La vérité est la fiscalité.

Le processus de démolition des Etats géographiquement délimités, des Etats territoriaux, n'a pas seulement pour effet de remplacer la force du droit par le droit de la force sur le plan extérieur, mais affaiblit aussi l'ordre juridique interne.

C'est ainsi que, le 13 mars 2009, le gouvernement suisse, pour soustraire le Pays à une pression internationale qu'il jugeait intolérable, a proclamé l'abolition immédiate du secret bancaire, pourtant ancré depuis longtemps dans plusieurs lois formelles régulièrement promulguées par un Parlement qu'on n'avait pas jugé utile, en la circonstance, d'interpeller.

Il serait toutefois réductif de croire que ce phénomène concerne uniquement le monde binaire de l'argent.

«*Pater est quem nuptiae demonstrant*»

A l'instar de plusieurs ordres juridiques nationaux, le droit suisse prévoit que le père est le mari de la mère¹².

Per importe que celle-ci ait conçu son enfant à l'aide d'un tiers, que ce soit par mégarde, par aventure, par amertume ou avec allégresse.

Cette loi a fait ses preuves.

¹² Art 255 al. 1 CCS.

Lors d'un rapport présenté à l'Institut suisse de droit comparé en 1985 dans le cadre du colloque *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, le Professeur Campana, présenta des statistiques montrant qu'une proportion comprise entre le 15% et le 30% de notre population ne descend pas biologiquement de ses parents¹³.

Mater semper certa est, mais aussi *Pater semper certus est*, puisque tant que le mari à la maison accepte l'enfant né d'un commerce adultérin, personne n'a le droit de mettre en doute sa paternité¹⁴.

Autrement dit, l'amant n'a pas le droit de harceler judiciairement la famille en arguant qu'en tant que père biologique il a des droits sur l'enfant du couple.

Les Etats membres du Conseil de l'Europe sont cependant partagés sur ce point, ce qui conduit un commentateur à commettre un *lapsus calami* quand il écrit que «Aucun consensus ne se dégage par conséquent, et les Etats jouissent d'une ample marge d'appréciation en ce domaine»¹⁵.

Ce n'est qu'une question de temps: lorsqu'un consensus se dégagera dans les ordres juridiques des autres Etats, l'ordre juridique interne perdra sa liberté et devra se conformer.

Qu'est-ce que la vérité? La vérité est la majorité.

D'ailleurs, le droit de tout un chacun de connaître son géniteur l'a déjà emporté.

Bien qu'exclu tant par le droit de la filiation que par le droit de l'adoption, ce droit a été sanctionné par une interprétation créatrice d'une disposition constitutionnelle originairement conçue pour lever l'anonymat du donneur de sperme, de façon à lutter «contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique»¹⁶.

La recherche des origines s'est confondue avec la recherche des origines biologiques et fait désormais partie des droits jouissant de la protection de la personnalité¹⁷. Il importe peu que la coexistence entre une famille légale et une famille biologique juridiquement reconnue puisse agiter les tribunaux.

¹³ CAMPANA, Die Praxis der artifiziiellen Reproduktionsmethoden in der Schweiz, in *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, actes du Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Zurich 1986, p. 33ss (36).

¹⁴ Cf. art.256 CCS.

¹⁵ MEIER, Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) mars à juin 2012 ZKE 4/2012, ZKE 4/2012, p. 290ss.

¹⁶ Art. 119 al. 2 *litt* g Constitution suisse.

¹⁷ Art. 28 CC (cf. aussi art. 8 CEDH et art. 7 CDE).

La nécessité de connaître son géniteur est devenue un principe supranational absolu qui pénètre à l'intérieur d'Etats dont les frontières juridiques et géographiques sont de plus en plus perméables.

La vérité de l'embryon n'est plus un embryon de vérité.

Cette nouvelle situation peut certes susciter la vanité du juge-législateur.

La vérité, enfermée pendant des siècles dans le carcan des divers ordres juridiques nationaux et dénaturée par l'imposition des conceptions du souverain, peut finalement rejaillir dans l'univers des cultures.

Affranchi du joug «*cuius regio eius religio*», le juge est libre de choisir le droit le mieux adapté à la réalité, la solution la plus proche de la vérité qui revient à être unique, la vérité des vérités.

Va-t-il la trouver?

Rien de moins certain si l'on songe au résultat misérable obtenu par le juge des juges lors d'un procès qui s'est déroulé de l'autre côté de la Méditerranée il y a 2'000 ans environ sous la juridiction romaine, d'après ce que nous pouvons lire dans un reportage célèbre:

«Pilate rentra dans le Prétoire; il appela Jésus et lui dit: 'Alors, tu es roi?'

Jésus répondit: «C'est toi-même qui dis que je suis roi. Moi, je suis né, je suis venu dans le monde pour ceci: rendre témoignage à la vérité. Quiconque appartient à la vérité écoute ma voix.»

Pilate alors lui dit: QUID EST VERITAS?

Ayant dit cela, il sortit»¹⁸.

Un millénaire plus tard, les latinistes médiévaux ont découvert la solution; elle était restée longtemps cachée bien qu'elle brillât aux yeux de tout le monde.

Elle résidait dans l'anagramme de la dernière question posée par le juge, à laquelle Jésus, pourtant assez bavard lors de son interrogatoire, n'avait pas voulu donner de réponse.

QUID EST VERITAS? EST VIR QUI ADEST!

Qu'est-ce que la vérité? La vérité est l'homme qui est devant vous.

En revanche, la question plus prosaïque que nous devons nous poser en ce début de millénaire où l'universalisme tend à remplacer l'Université, est de savoir si l'on aura

¹⁸ Evangile selon Jean 18.33 à 18.38.

toujours besoins de savants illuminés, d'humanistes à la culture immense comme celle du Professeur Ballarino.

La réponse ne souffre pas de doute. Elle est gravée dans le tome premier de l'«*edizione terza veneta diligentemente corretta e ripurgata*» de «*La scienza della legislazione*» publiée en 1806 par le Professeur Gaetano Filangieri qui justifiait la nécessité de son œuvre par la constatation désabusée que «*i principi non hanno il tempo di istruirsi*»¹⁹. Les Princes n'ont pas le temps de s'instruire. Voilà une vérité qui a parfaitement résisté à l'usure du temps.

Bibliographie

- CAMPANA, Die Praxis der artifiziiellen Reproduktionsmethoden in der Schweiz, in Procréation Artificielle, Génétique et Droit, actes du Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Zurich 1986, p. 33ss (36).
- Evangile selon Jean 18.33 à 18.38.
- FILANGIERI, G., La scienza della legislazione, edizione terza veneta diligentemente corretta e ripurgata, TOMO I, Venise 1806 dalla tipografia Santini.
- GIRARD, Achever Clausewitz, Paris 2007 pg. 9.
- GIRARD, *Le Sacrifice*, Bibliothèque nationale de France 2003, Conférences del Duca, p. 66.
- HOBBSAWM, E., La fine dello Stato, Milan 2007.
- HUNTINGTON, S. P., The Clash of Civilizations?, *Foreign Affairs* 1993, p. 22 ss, maintenant aussi publié intégralement en ligne sous http://en.wikipedia.org/wiki/Clash_of_Civilizations.
- KELLER/SIEHR, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich/Hamburg 1986.
- MEIER, Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) mars à juin 2012 ZKE 4/2012, ZKE 4/2012, p. 290 ss.
- RIGUTINI, G., Roma Letteraria, a X n. 21s.
- SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts, Tome I, 4^{ème} éd. Genève 1957.

¹⁹ GAETANO FILANGIERI, La scienza della legislazione, edizione terza veneta diligentemente corretta e ripurgata, TOMO I, Venise 1806 dalla tipografia Santini CON PERMISSIONE, pg. 13.

**Essais recueillis
par ses amis et élèves**

Regards sur les sources et les méthodes du droit international privé de la famille dans l'espace Européen

Table des matières

1.	Introduction	85
2.	Le changement opéré au niveau des sources	86
3.	Les développements concernant les méthodes	102
	Bibliographie	114

1. Introduction

L'évolution du droit international privé de la famille a toujours présenté certaines particularités qui ont permis de distinguer ce secteur de notre discipline. Parmi elles, on signalera celle qui souligne le lien unissant ses solutions à celles du droit interne, qui a probablement constitué le temps durant, un des traits les plus caractéristiques de ce domaine de la science des conflits de lois. Si un tel trait est également valable pour les autres domaines de cette discipline¹, il n'en reste pas moins que, probablement en raison de l'influence qu'ont eu sur le droit de la famille les conceptions régissant en chaque moment la vie d'une société donnée, cette caractéristique se présente, dans ce secteur du droit privé, avec un poids renforcé².

* Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Coimbra. Membre de l'*Institut de Droit International*. Président émérite de la Cour Constitutionnelle Portugaise. Ancien Juge au Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (désormais, Tribunal Général de l'Union Européenne).

¹ Voir la formulation de la pensée de Etienne BARTIN (dans la préface de son ouvrage *Études de Droit International Privé*, Paris, 1899, A. CHEVALLIER-MARESCQ, p. II), où il a été écrit que «les règles de conflit restent liées [aux institutions de droit interne dont elles circonscrivent le domaine] comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions sur le plan international».

² Sur ce point, dernièrement, Patrick COURBE, «L'influence des réformes du droit de la famille sur le droit international privé», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, Dalloz, p. 703-716. L'auteur, tout en rappelant cette influence sur les solutions et les méthodes du droit international privé, souligne qu'elle tend essentiellement à concrétiser les principes d'égalité et de liberté et la volonté de protection de l'enfant (704-705).

Il est difficile de nier que le droit de la famille est passé, ces derniers temps, par des bouleversements non négligeables. Du concept même de mariage, qui vient d'être affecté dans un de ses éléments réputés essentiels, à la conception du divorce qui, de remède à une vie conjugale compromise, est devenu, de plus en plus, un simple constat de l'absence de volonté des conjoints de poursuivre la vie en commun, au développement des formes de filiation permis par le progrès technologique, nombreuses sont les modifications qui ont affecté ce secteur de l'ordre juridique. Il est constant que de tels bouleversements n'ont pas épargné le droit international privé; sans avoir la préoccupation de présenter l'éventail des règles à propos desquelles les modifications ont eu lieu, nous essaierons de nous référer aux sources qui ont été à l'origine de ces changements, en essayant de les reconduire à des lignes de force communes.

Dans cette lancée, nous nous rapporterons soit aux sources où l'on peut retrouver les solutions légales elles-mêmes (I) soit aux méthodes (II) qu'on peut dire consacrées par ces dernières, une fois que nous croyons que les deux aspects peuvent être, à cet égard, distingués³. Dans les développements qui s'ensuivront, nous garderons à l'esprit, la mémoire de Tito Ballarino, Maître et Ami dont la contribution à l'étude approfondie de ces questions mérite d'être mise en relief⁴.

2. Le changement opéré au niveau des sources

La modification des solutions légales à laquelle nous assistons est d'une certaine façon une conséquence de la constitutionnalisation du système de droit international privé, de l'intensification de l'influence des sources internationales de notre discipline, et également de l'eupérisation dont elle a fait l'objet dans les temps les plus récents. L'influence de ces lignes de force se présente différemment et elle mérite qu'on se réfère brièvement à l'essor dont ces trois *leitmotiv* ont fait l'objet au cours des dernières années.

La multiplication des sources internationales du droit de la famille, et en particulier de celles qui ont de l'importance pour le règlement des situations à rattachements multiples, constitue un fait et n'a de particulier que le développement que cette réalité a subi ces derniers temps. Il est vrai qu'on peut remarquer un tel fait à propos de toutes les branches du droit⁵, la tendance qu'il révèle constituant une

³ Voir également l'ouvrage citée à la note précédente.

⁴ Voir, parmi autres de ses travaux, «Le norme costituzionale di eguaglianza e il diritto internazionale privato», in *Studi in onore di Manlio Udina*, II, Milano, 1975, Giuffrè, p. 923-949, et «La réforme du droit de la famille en Italie et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 68 (1979), p. 281-306.

⁵ Pour une réflexion à cet égard, voir l'ensemble d'études rassemblées in *La Mondialisation du Droit* (Sous la direction de Eric LOQUIN & CATHERINE KESSEDIAN),

conséquence de l'activité croissante des organisations internationales s'occupant de la création du droit et de la globalisation qui caractérise les jours que nous vivons.

On ne saurait être surpris du fait que les relations dites internationales ont constitué un des domaines où une telle multiplication a été plus intense. En effet, ces relations, du fait de leur internationalité, appellent d'elles-mêmes une réglementation à caractère international, le recours à des sources de droit interne ayant toujours été considéré comme un remède, rendu nécessaire en raison de l'absence d'un législateur international. Il est donc naturel que, si la présence d'un tel législateur devient possible, il s'occupe plutôt de ces rapports, qui appellent une réglementation à son niveau, plutôt que des relations limitées aux seules frontières nationales.

Il est cependant vrai qu'on souligne souvent que la réglementation des rapports familiaux se trouve non rarement très liée aux caractéristiques particulières de chaque État, la création de solutions uniformes se révélant plus facile pour des domaines, comme celui des relations économiques internationales, où la prise de tels particularismes se révèle moins aigue. Les faits semblent pourtant démontrer que ce raisonnement, si on peut en principe bien le comprendre, ne remporte la même conviction qu'autrefois. La preuve en est que, même si on laisse de côté l'importance du rôle des traités bilatéraux, on ne peut plus nier l'importance croissante des sources internationales dans le règlement des relations familiales à caractère multiple.

Il suffit à cet égard de se rappeler de l'activité déployée par des organisations internationales, soit de nature générale, comme l'Organisation des Nations Unies et le Conseil de l'Europe, soit à caractère spécialisé, comme la Conférence de La Haye de droit international privé et la Commission Internationale de l'État Civil.

Si on pense à la Conférence de La Haye de droit international privé, on ne saurait ignorer, même si on se limite à sa seconde phase⁶, l'importance de l'œuvre qu'elle a réalisé dans le domaine du droit des mineurs⁷ et de la famille. On rappellera, concernant le premier de ces deux aspects, les deux conventions en matière de

Paris, 2000, Litec, et *in Internacionalização do Direito no Novo Século* (Organizador: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Coimbra, 2009, Coimbra Editora.

⁶ Dont on peut fixer le début en 1951.

⁷ Pour une vue d'ensemble, voir Amos SHAPIRA, «Private international aspects of child custody and child kidnapping cases», *Recueil des Cours*, 214 (1989-I), p. 127-250, et Linda J. SILBERMAN, «Co-operative Efforts in Private International Law on Behalf of Children: The Hague Children's Conventions», *Recueil des Cours*, 323 (2006), p. 261-478.

protection des mineurs⁸, les deux textes sur l'adoption⁹, les quatre conventions et le protocole ayant trait aux obligations alimentaires¹⁰, la convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et aux autres membres de la famille¹¹, et la convention sur les aspects civils de l'enlèvement

⁸ Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, et Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Sur le rapport entre ces deux textes, voir MOURA RAMOS, «La Protection des Enfants sur le plan international. Les nouvelles règles conventionnelles de La Haye applicables à la protection des enfants dans les situations à rattachements multiples», in *Mélanges Christian Mouly*, v. I, Paris, 1998, Litec, p. 353-373, et Peter MC ELEAVY, «The 1996 Hague Convention and the European Union: Connection and disconnection», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2013, Intersentia, p. 371-380.

⁹ Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption, et Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Sur ce dernier instrument, voir J.H.A. VAN LOON, «International co-operation and protection of children with regard to intercountry adoption», *Recueil des Cours*, 244 (1994-V), p. 191-456, et, récemment, Laura MARTÍNEZ-MORA, Hannah BAKER & Emmanuelle HARANG, «The 1993 Hague Intercountry Adoption Convention and subsidiarity: Is subsidiarity principle still "fit for purpose"?, in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, note 8), p. 343-356, et William DUNCAN, «Adoptive parents and the 1993 Hague Convention», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs*, Madrid, 2013, Marcial Pons, p. 323-328.

¹⁰ Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, et Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

¹¹ Convention du 23 novembre 2007. En général sur cette problématique, voir, dernièrement, *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide* (Edited by Paul BEAUMONT, Burkhard HESS, Lara WALKER & Stephanie SPANCKEN), Oxford, 2014, Hart Publishing.

international d'enfants¹². Et, pour le second, les instruments relatifs au mariage¹³, au divorce¹⁴, et aux régimes matrimoniaux¹⁵, les textes cités sur les obligations alimentaires et le recouvrement international des aliments¹⁶, et la protection des adultes¹⁷.

¹² Convention du 25 octobre 1980. Sur ce texte, voir Thierry GARÉ, «Reflexions sur l'efficacité de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», in *Mélanges Christian Mouly* (cit. supra, note 8), p. 298-312, *Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional* (M^a Dolores Adam Muñoz & Sandra García Cano, directoras), Madrid, 2004, Colex, Jacques CHAMBERLAND, «La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, note 8), p. 113-121, C. HONORATI, «Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali», 49 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2013), p. 5-42, Michel FARGE & Adeline GOUTTENOIRE, «Les enlèvements intraeuropéens d'enfants», 21 *Revue des Affaires Européennes* (2014), p. 347-356, et, dans la doctrine de langue portugaise, NUNO GONÇALO DA ASCENSÃO E SILVA, «A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspectos», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. I, Coimbra, 2005, Almedina, p. 443-556, Gustavo Ferraz de Campos Monaco, *Guarda Internacional de Crianças*, São Paulo, 2012, Quartier Latin, et LIMA PINHEIRO, «Deslocação e retenção ilícita de crianças», *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 74 (Julho/Dezembro 2014), p. 679-693; et, sur son application judiciaire, P. R. BEAUMONT, «The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *Recueil des Cours*, 335 (2008), p. 9-104, P. R. BEAUMONT & Lara WALKER, «Post Neulinger case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. dans cette note), p. 17-32, Michael BOGDAN, «Some reflections on the treatment by the ECHR of the Hague Convention on the civil aspects of international abduction», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs* (cit. supra, note 9), p. 213-224, et MOURA RAMOS, «Rapto internacional de crianças e direito ao respeito pela vida privada e familiar», in 144.º *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (Maio/Junho de 2015), N.º 3992, p. 381-406.

¹³ Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

¹⁴ Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance du divorce et de la séparation de corps.

¹⁵ Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

¹⁶ Voir supra, note 9.

¹⁷ Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. Voir, à ce propos, Mariel REVILLARD, «La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'inaptitude», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, Dalloz, p. 725-735.

De sa part, l'œuvre de la Commission Internationale de l'État Civil¹⁸ devrait également inclure des matières proches à celles qui nous intéressent, s'occupant de questions telles les noms, prénoms, et changements respectifs¹⁹, la reconnaissance volontaire des enfants nés hors mariage²⁰, l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels²¹, la facilitation de la célébration des mariages à l'étranger²², la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal²³, la légitimation par mariage²⁴, la création d'un livret de famille international²⁵, la délivrance d'un certificat de capacité matrimoniale²⁶, d'un certificat de diversité de noms de famille²⁷, et d'un certificat de nationalité²⁸, et la reconnaissance des partenariats enregistrés²⁹. Tout cela, hormis son travail restant dans le domaine de la coopération internationale en

¹⁸ À son égard, voir Jacques MASSIP, «La commission internationale de l'état civil», *Rev. crit. DIP*, 64 (1975), p. 215-229, Bertrand ANCEL, «Le Bilan des conventions de la Commission Internationale de l'État Civil: l'expérience française», in *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1993, Eurolex, p. 157-170, Sergio MARCHISIO, «Les conventions de la Commission internationale de l'Etat civil», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, Giuffrè Editore, p. 659-672, et Jacques MASSIP, Frits HONDIUS & Chantal Nast, *La Commission Internationale de l'État Civil (CIEC)*, The Hague, 2014, Kluwer.

¹⁹ Convention du 4 septembre 1958 relative aux changements de noms et prénoms, signée à Istanbul, Convention du 5 septembre 1980 sur la loi applicable aux noms et prénoms, signée à Munich, et Convention du 16 septembre 2005, sur la reconnaissance des noms, signée à Antalya.

²⁰ Convention du 5 septembre 1980, signée à Munich.

²¹ Convention du 12 septembre 1962, signée à Bruxelles.

²² Convention du 10 septembre 1964, signée à Paris.

²³ Convention du 8 septembre 1967, signée à Luxembourg.

²⁴ Convention du 10 septembre 1970, signée à Rome.

²⁵ Convention du 12 septembre 1974, sur la création d'un livret de famille international, signée à Paris, et Convention du 5 septembre 1990, relative à la reconnaissance et à la mise à jour des livrets d'état civil, signée à Madrid.

²⁶ Convention du 5 septembre 1980, signée à Munich.

²⁷ Convention du 8 septembre 1982, signée à La Haye.

²⁸ Convention du 14 septembre 1999, signée à Lisbonne.

²⁹ Convention du 5 septembre 2007, ouverte à la signature à Munich. Sur cet instrument, voir Gerald GOLDSTEIN & Horatia MUIR WATT, «La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munique du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés», 137 *JDI* [2010], p. 1085-1122, et Franco MOSCONI, «La Convenzione CIEC del 5 settembre 2007 sui partenariati registrati», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar* (cit. supra, note 18), p. 735-755.

matière d'état civil³⁰ et de l'échange d'informations entre les officiers d'état civil³¹, qui constituent son objet central.

Et, comme nous l'avons dit, un tel intérêt pour le droit international privé des relations familiales est également partagé par des organisations à caractère régional ou même universel. On rappellera que l'Organisation des Nations Unies s'est occupée du recouvrement des aliments à l'étranger³², de la nationalité de la femme mariée³³, du consentement au mariage, de l'âge minimum du mariage et de l'enregistrement des mariages³⁴, de l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes³⁵, et des droits de l'enfant³⁶. Et que le Conseil de l'Europe a été à l'origine d'instruments sur l'adoption des enfants³⁷, le statut juridique des enfants nés hors mariage³⁸, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de

³⁰ Convention relative à la délivrance de certains extraits d'actes d'état civil destinés à l'étranger, signée à Paris le 27 septembre 1956, Convention relative à la délivrance et à la dispense de légalisation de l'expédition d'actes de l'état civil, signée à Luxembourg le 26 septembre 1957, Convention portant extension de la compétence des autorités qualifiées pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels, signée à Rome le 14 septembre 1961, Convention relative aux décisions de rectification d'actes de l'état civil, signée à Paris, le 10 septembre 1964, Convention relative à la constatation de certains décès, signée à Athènes, le 14 septembre 1966, Convention relative à l'indication des noms et des prénoms dans les registres de l'état civil, signée à Berne le 13 septembre 1973, Convention relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil, signée à Vienne le 8 septembre 1976, Convention portant dispense de légalisation pour certains actes et documents, signée à Athènes le 15 septembre 1977, Convention relative au codage des énonciations figurant dans les documents d'état civil, signée à Bruxelles le 2 septembre 1995, Convention relative à la communication internationale par voie électronique, signée à Athènes le 17 septembre 2001, Convention relative à l'utilisation de la Plateforme de la Commission Internationale de l'État Civil de communication internationale de données d'état civil par voie électronique, signée à Rome, le 19 septembre 2012, et Convention relative à la délivrance d'extraits et de certificats plurilingues et codés d'actes de l'état civil, signée à Strasbourg le 14 mars 2014.

³¹ Convention (et Protocole additionnel signé à Paris le 6 septembre 1989) concernant l'échange internationale d'informations en matière d'état civil, signée à Istanbul le 4 septembre 1978, Convention concernant l'échange d'informations en matière d'acquisition de nationalité, signée à Paris le 10 septembre 1964, et Convention concernant l'échange international d'informations en matière d'état civil, signée à Neuchâtel le 12 septembre 1997.

³² Convention signée à New York le 20 juin 1956.

³³ Convention signée à New York le 20 février 1957.

³⁴ Convention signée à New York le 7 novembre 1962.

³⁵ Convention (et Protocole facultatif signé à New York le 6 octobre 1999) signée à New York le 18 septembre 1979.

³⁶ Convention signée à New York le 20 novembre 1989 (avec trois Protocoles facultatifs).

³⁷ Convention signée à Strasbourg le 24 avril 1967, révisée le 27 novembre 2008.

³⁸ Convention signée à Strasbourg le 15 octobre 1975.

garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants³⁹, l'exercice des droits des enfants⁴⁰, et les relations personnelles concernant les enfants⁴¹.

Au-delà de la «législation internationale», la jurisprudence internationale s'est également largement occupée des matières intégrant le droit international privé de la famille. Hormis la Cour internationale de justice⁴², ce fut surtout la Cour Européenne des droits de l'homme qui, développant les droits prévus aux articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 12 (droit au mariage) et 14 (interdiction de discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme, et à l'article 5 (égalité entre époux) de son Protocole n.º 7, comme à l'article premier (interdiction générale de la discrimination) du Protocole n.º 12, a développé le contenu de ces droits dans les rapports internationaux⁴³. Dans cette lancée, poursuivant dans un contexte particulier l'attention vouée par la suprême juridiction internationale au droit international privé de la famille, des *standards* minimaux qui ont eu une influence profonde dans l'évolution des droits nationaux ont été établis.

³⁹ Convention signée à Strasbourg le 20 mai 1980.

⁴⁰ Convention signée à Strasbourg le 25 janvier 1996.

⁴¹ Convention signée à Strasbourg le 15 mai 2003.

⁴² On rappellera sa décision du 28 novembre 1958 dans l'affaire *Boll*. Voir Henri BATIFFOL & PH. FRANCESCAKIS, «L'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé», *Rev. Crit. DIP*, 48 (1959), p. 259-276. Et sur l'activité de ce tribunal dans le cadre de notre discipline, voir récemment Benedetta UBERTAZZI, «Private international law before the International Court of Justice», 15 *Yearbook of Private International Law* (2013/2014), p. 57-86.

⁴³ À ce propos, voir, parmi autres, Michel CLAPIÉ, «Le droit de mener une vie familiale normale à l'épreuve du temps», in *Mélanges Christian Mouly* [cit. supra, note 8], p. 267-280, Philippe FRUMER, «La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation: Une question d'intérêt général devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (L'arrêt *Karner c. Autriche* du 14 juillet 2013)», 15 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* (2004), p. 663-687, Patrick KINSCH, «Private international law topics before the European Court of European Rights – Selected judgements and decisions (2010-2011)», 13 *Yearbook of Private International Law* (2011), p. 37-49, et «*Harroudj v. France*: Indications from the European Court of Human Rights on the nature of choice of law rules and on their potentially discriminatory effect», *ibidem*, 15 (2013/2014), p. 39-44, BEA VERSCHRAEGEN, «The right to private and family life, the right to marry and to found a family, and the prohibition of discrimination», in *Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe. National, Cross-border and European Perspectives* (edited by Katharina BOELE-WOELKI & Angelika FUCHS), Fully revised 2nd edition, Cambridge, 2012, Intersentia, p. 255-270, et, dans la doctrine portugaise, Susana ALMEIDA, *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra, 2009, Coimbra Editora. Pour une comparaison des textes conventionnels en vigueur dans cette matière aux continents européen et américain, voir H. GROS ESPIELL, «La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative», *Recueil des Cours*, 218 (1989-VI), p. 167-412.

Nous voulons bien nous limiter à souligner cette internationalisation du droit international privé de la famille, notre but n'étant pas celui d'en procéder à une évaluation critique⁴⁴ mais d'en référer la portée. On n'oubliera cependant pas que la multiplication des initiatives que nous venons de mentionner et la diversité des *fora* dans lesquels elles se développent sont à même d'engendrer des effets pervers, si ce n'est du fait de donner lieu à des nouvelles situations de conflit (les conflits de conventions) qui s'ajoutent aux conflits de lois que le droit international privé lui-même essaie de résoudre⁴⁵. Ensuite, dans certains des univers mentionnés, l'œuvre d'unification législative entreprise présente parfois plusieurs limitations qui ne sont que le résultat du fait qu'un tel siège n'est probablement le plus approprié pour un tel travail. Et on remarquera qu'à la critique formulée à cet égard n'échappent même les organisations les plus spécialisées⁴⁶ et dont le bilan est à l'origine en général d'un jugement particulièrement positif⁴⁷. Certains auteurs ont relevé le caractère

⁴⁴ Pour une telle tâche, même si entreprise avec une ambition plus globale, dépassant les frontières du droit de la famille, voir Stanislas LECUYER, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel. Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Paris, 2007, L.G.D.J.

⁴⁵ Pour un tableau révélateur de sa variété et la présentation de propositions en vue de sa résolution, voir la soigneuse recherche de Paul VOLKEN, *Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht*, Zurich, 1977, Schulthess Polygraphischer Verlag, le monumental travail de FERENC MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique* (en particulier le premier volume de la partie spéciale, dédié aux conflits de conventions), Paris, 1980, Éditions A. Pedone, et, plus près de nous, Alexandre MALAN, *La Concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, 2002, Presses Universitaires d'Aix-Marseille. Et, pour la considération du problème sous l'angle du droit international public, *vide* Emmanuel ROUCOUNAS, «Engagements Parallèles et Contradictaires», *Recueil des Cours*, 206 (1987-VI), p. 9-287.

⁴⁶ Dans ce sens, et par rapport à l'œuvre de la Conférence de La Haye, voir TH. M. DE BOER, «The Hague Conference and Dutch Choice of Law: Some criticism and a suggestion», 40 *Netherlands International Law Review* (1993), N.º 1, p. 1-13.

⁴⁷ Voir, parmi autres, M. H. VAN HOOGBRATEN, «La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye», *Recueil des Cours*, 122 (1967-III), p. 337-426, Georges A. L. DROZ, Michel PELICHET & Adair DYER, «La Conférence de La Haye de Droit International Privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau Permanent: Bilan et Perspectives», *Recueil des Cours* 168 (1980-III), p. 123-268, *The Influence of the Hague Conference on Private International Law. Selected essays to celebrate the 100th anniversary of the Hague Conference on Private International Law*, Dordrecht, 1993, Martinus Nijhoff Publishers, António BOGGIANO, *La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica*, Tucumán, 1993, La Ley, A. E. VON OVERBECK, «La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé», *Recueil des Cours*, 233 (1992-II), p. 9-98, J. D. MCCLEAN, «The contribution of the Hague Conference to the development of private international law in the common law countries», *ibidem*, p. 267-304, *Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A Participação do Brasil* (Organizadores: João Grandino Rodas/Gustavo Ferraz de Campos Monaco), Brasília, 2007, Fundação Alexandre de

acritique de certaines analyses et présenté à cet égard une évaluation globalement négative⁴⁸. On prétend, en effet, que la méthodologie choisie, et tenue pour responsable des succès obtenus – définition comme objectif des textes conventionnels de la résolution de questions limitées, pour lesquelles on recherche des solutions spécifiques – renferme des risques particuliers, aboutissant non rarement à un triomphe de l'accessoire⁴⁹, qui ne serait justifié par l'obtention du résultat matériel recherché. Dans la vérité, la finalité matérielle de la norme, en soi-même, ne pourrait exprimer la supériorité d'une solution conflictuelle donnée, de la même façon qu'une telle supériorité ne saurait résulter de sa nature conventionnelle⁵⁰. On devrait donc prendre en considération les risques de destruction de la notion même de statut personnel, qui ne seraient d'ailleurs compensés par l'obtention de certains résultats, lorsque ces derniers ne pourraient être limités à un domaine circonscrit, et de la sorte insusceptibles de mettre en cause la cohérence des ordres juridiques où les solutions conventionnelles sont vouées à être intégrées⁵¹.

Gusmão, et, plus récemment, Fernando Paulino PEREIRA, «La Conférence de La Haye de Droit International Privé: Vers une coopération judiciaire dans les matières civiles et commerciales à l'échelle universelle», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, note 8), p. 443-452, Adair DYER, «Strategic vision and common sense in The Hague Conventions since 1950 (Mid-Twentieth Century)», *ibidem*, p. 157-168, Elisa PEREZ VERA, «La Conferencia de La Haya hoy, vista desde ayer», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borrás* (cit. supra, note 9), p. 711-726, et F. POCAR/H. VAN LOON, «The 120th Anniversary of The Hague Conference of Private International Law», 50 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2014), p. 517-528.

⁴⁸ Ainsi, se référant à la Conférence de La Haye de Droit International Privé, pourtant faisant en général l'objet (voir la note précédente) d'une appréciation particulièrement positive, voir Yves LEQUETTE, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales», *Recueil des Cours*, 246 (1994-II), p. 2-234, à la page 226.

⁴⁹ Yves LEQUETTE («De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille», in *L'Internationalisation du Droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, Dalloz, p. 245-263) illustre cette affirmation tout en rappelant que si dans un stade précédent on fixait le statut personnel d'un individu pour en déduire après les conséquences en découlant on est passé à appréhender le statut en partant de la loi régissant l'effet en cause (p. 250). Voir, du même AUTEUR, d'une façon plus approfondie, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales» (cit. supra, note 48), p. 105-108, et également la critique faite à l'inadéquation des moyens à la disposition du procès d'unification et à la méconnaissance qu'il révèle (dans son opinion) des vrais buts de notre discipline.

⁵⁰ Dans ce sens Yves LEQUETTE, «De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille» (cit. supra, à la note précédente), p. 245-263 (254-258).

⁵¹ Soulignant en particulier le risque de l'analyse de questions concrètes pouvant conduire à une désintégration de l'état des personnes et de la famille, qui devient considéré selon le problème particulier en question, obtenant des réponses différentes d'après le contexte où il est analysé, voir Yves LEQUETTE, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales» (cit. supra, note 48), p. 119.

Si le mouvement d'internationalisation des sources de notre discipline peut être considéré comme s'insérant tout naturellement dans l'évolution d'origine naturelle du droit international privé, il en va tout différemment de la deuxième ligne de force (celle de sa constitutionnalisation) qui a marqué pendant les dernières décennies certains des systèmes nationaux de conflits de lois. En effet, même si on n'arrivait à parler d'une vraie immunité des règles de droit international privé aux principes constitutionnelles, il était constant que le prétendu défaut de valeurs sociales de notre discipline⁵² rendait difficile de soutenir le besoin de sa conformité aux règles constitutionnelles⁵³.

Une telle orientation serait cependant clairement contestée par la décision du *Bundesverfassungsgericht* allemand du 4 mai 1971⁵⁴, qui a établi que les règles du droit international privé allemand doivent être confrontées aux droits fondamentaux⁵⁵. Et ce fut dans le droit international privé de la famille que cette orientation a déployé en Europe la plupart de ses effets⁵⁶, une fois que les Constitutions

⁵² Dans ce sens, voir Konrad ZWEIGERT, «Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten», *RabelsZ*, v. 37 (1973), p. 435-452, et MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, 1979, Coimbra Editora, p. 97-103. Sur cette problématique, plus récemment, voir Michael BOGDAN, «On the so-called deficit of social values in private international law», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, Athens, 2014, Nomiki Bibliothiki, p. 31-38, et, soutenant la perméabilité de notre discipline à des éléments axiologiques et aux idéaux de justice, Spyros VRELLIS, «Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. À la recherche de la justice», *Recueil des Cours*, 328 (2007), p. 175-485, Andreas BUCHER, «La Dimension sociale du droit international privé. Cours général», *Recueil des Cours*, 341 (2009), p. 9-526, et Haris MEIDANIS, «Justice and underlying "values", aims and principles in EU private international law», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis [cit. supra, dans cette note]*, p. 579-592.

⁵³ Position cependant soutenue en Allemagne par A. MAKAROV, «Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht», 17 *RabelsZ* (1952), p. 382-396, Gunther BEITZKE, *Grundgesetz und Internationalprivatrecht*, Berlin, 1961, Walter De Gruyter, p. 14, Wilhelm WENGLER (dans plusieurs notes de jurisprudence, notamment in *Juristenzeitung*, 1964, p. 621-623, et 1965, p. 100-103), Herbert BERNSTEIN, «Ein Kollisionsrecht für die Verfassung», 18 *Neue Juristische Wochenschrift* (1965), p. 2273-2276 et Hans A. STOCKER, «Grundrechtsschutz im Internationalprivatrecht», *Juristische Rundschau*, 1965, p. 456-459.

⁵⁴ Voir le texte de cette décision in *RabelsZ*, 36 (1972), p. 145-162 et, dans cette même revue, un ensemble de commentaires [p. 1-140].

⁵⁵ Tout en ajoutant cependant que la règle concrète sous appréciation (celle prévoyant l'application distributive de la loi nationale des intéressés en matière de capacité matrimoniale) ne se heurtait pas au principe constitutionnel d'égalité.

⁵⁶ Contrairement à ce qui s'est passé aux États-Unis, où les conséquences des règles constitutionnelles en matière de droit international privé se sont surtout développées dans le domaine du droit de la procédure. Voir les conséquences tirées de la *full faith and credit clause* pour ce qui est de la reconnaissance des décisions prononcées dans les *sister states* in Peter HERZOG, «Constitutional Limits on Choice of Law», *Recueil des Cours*, 234 (1992-IV), p. 239-330 (273-285). Mais le contrôle constitutionnel dans ce

européennes de l'après-guerre, au-delà de la consécration de principes généraux, comme celui de l'égalité, contenaient des normes et principes en matière de famille et mariage⁵⁷. Une irradiation des dispositions constitutionnelles sur le droit international privé dans ce domaine s'est suivie⁵⁸, donnant lieu à un plus ou moins profond changement des solutions légales respectives⁵⁹, et dépassant la prétendue neutralité des règles de conflits qui avait eu autrefois la faveur de la doctrine⁶⁰.

Un tel changement fut parfois introduit par le législateur lui-même⁶¹, mais il a dans d'autres cas été précédé par l'intervention jurisprudentielle, notamment des Cours Constitutionnelles, qui ont mis en cause la validité constitutionnelle des règles précédentes, tout en amenant les organes judiciaires à l'intégration des lacunes y découlant, et provoquant ensuite une prise de position du législateur⁶². Et s'il est vrai

pays a également atteint d'autres domaines des conflits de lois. Voir, à propos de la *due process clause*, *ibidem*, p. 260-273, et pour la *unfair discrimination* et la *commerce clause*, respectivement, p. 285-289, et 289-290.

⁵⁷ Par exemple, et pour ce qui regarde la Constitution Portugaise de 1976, on interdisait les discriminations entre les enfants nés du et hors mariage [article 36.º, n. 4].

⁵⁸ Tout en accompagnant l'irradiation pareille sur le droit matériel des relations familiales.

⁵⁹ Pour un tel mouvement, voir, du dédicataire de cette étude, *Costituzione e Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1974, Cedam, Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações* (*cit. supra*, note 52), Peter HERZOG, «Constitutional Limits on Choice of Law» (*cit. supra*, note 56) [avec référence particulière à l'expérience des États-Unis et des systèmes de *common law*], François RIGAUD, «Droit constitutionnel et droit international privé», in *Mélanges en l'honneur de Michael Waëlbroeck*, v.I, Bruxelles, 1999, Bruylant, p. 111-137, SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Desarrollo y normalización constitucional del derecho internacional privado español», in *Pacis Artes. Obra Homenaje al Professor Júlio D. González Campos, t. II – Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia*, Madrid, 2005, Eurolex, p. 1139-1163, et José Maria ESPINAR VICENTE & José Ignacio PAREDES PÉREZ, «El marco constitucional del derecho internacional privado español», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs* (*cit. supra*, note 9), p. 329-349.

⁶⁰ À cet égard, voir Yvon LOUSSOUARN, «La règle de conflit est-elle une règle neutre?», in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Années 1980-1981, t. 2, Paris, 1983, Éditions du CNRS, p. 43-68.

⁶¹ Voir, au Portugal, où une réforme du Code Civil du 25 novembre 1977, a remplacé la référence, faite aux articles 52.º, 53.º, 56.º, 57.º et 60.º du Code Civil, à la loi personnelle du mari ou à la loi personnelle du père par d'autres rattachements, et a supprimé les règles de conflit relatives à la légitimation et à la filiation illégitime, qui figuraient aux articles 58.º et 59.º de la rédaction initiale du même code. Pour plus de développements, voir MOURA RAMOS, «A reforma de 1977 e o direito internacional privado da família», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, v. I – *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 2004, Coimbra Editora, p. 725-742 (734-742).

⁶² C'est ce qui est arrivé en Allemagne, où le *Bundesverfassungsgericht* a déclaré, par des décisions du 22 de février 1983 et du 8 janvier 1985, respectivement, contraires au

qu'il y en a des systèmes juridiques où des réformes à peu près similaires ont eu lieu sans référence à des normes constitutionnelles⁶³, il n'en reste pas moins que le droit international privé de la famille de nombre d'États européens a fait l'objet de bouleversements plus ou moins profonds à ce propos, et qu'une telle influence des valeurs constitutionnelles s'est limitée, pour l'essentiel, à ce domaine du droit.

L'eupéanisation⁶⁴ constitue, si l'on peut le dire, la troisième ligne de force qui a également marqué l'évolution récente de la plupart des systèmes européens de droit international privé. Nous nous référons à ce propos à la survenance d'un corps de

principe constitutionnel de l'égalité entre homme et femme consacré à l'article 3, II de la *Grundgesetz*, les règles de conflit de l'article 15, paragraphe I et paragraphe II première partie de l' EGBGB (qui soumettait le régime matrimonial à la loi nationale du mari) et de l'article 17, paragraphe I de la même loi (qui suivait, en matière de divorce, le même rattachement); cette orientation fut concrétisée ensuite dans la réforme du droit international privé allemand entreprise par la loi du 25 juillet 1986, où dans ces matières (comme dans d'autres) des rattachements non contraires au principe d'égalité ont été adoptés (voir le texte de la loi à la *Revue Critique de Droit International Privé*, 76 (1987), p. 171-197, et, dans cette même revue, les analyses de Hans Jurgen SONNENBERGER, «Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République Fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986», et FRITZ STURM, «Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand», respectivement p. 1-32 et 33-76. Et en Italie, où la *Corte Costituzionale*, après avoir affirmé l'admissibilité du contrôle de la constitutionnalité des règles de conflit, a déclaré, par décision du 5 mars 1987, non conforme à la Constitution la règle de l'article 18 des dispositions préliminaires au Code Civil, dans la partie où il était disposé que, en matière de relations personnelles entre les époux, et à défaut d'une nationalité commune des conjoints, est applicable la loi nationale du mari, et, par décision du 10 décembre de la même année, l'inconstitutionnalité de la règle de l'article 20, paragraphe 1, des mêmes dispositions préliminaires, dans la partie où elle commande l'application, aux rapports entre parents et enfants, de la loi nationale du père (voir les textes de ces décisions à la *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, respectivement, v. 23 (1987), p. 297-304, et v. 24 (1988), p. 67-72, et, pour une vision générale du problème dans cet ordre juridique, Andrea GIARDINA, «La Corte Costituzionale ed i rapporti personali fra coniugi nel diritto internazionale privato», *ibidem*, v. 23 (1987), p. 209-226. Des rattachements conformes au principe d'égalité ont été par la suite introduits par la réforme entreprise par la loi n. 218, du 31 mai 1995.

⁶³ Voir, pour le cas de la France, l'étude citée *supra*, à la note 2.

⁶⁴ À ce propos, voir N.A. BAARMSMA, *The Europeanisation of International Family Law*, The Hague, 2011, T. M. C. Asser Press, p. 79-143. Et sur le contexte qui l'entoure, voir, dernièrement, EVA-MARIA KIENINGER, «Das Europäische IPR vor der Kodifikation», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffman* (Herausgegeben von Herbert Kronke/Karsten Thorn), Bielefeld, 2011, Verlag Ernst und Werner Gieseking, p. 184-197, Jurgen BASEDOW, «Das fakultative Unionsprivatrecht und das internationale Privatrecht», *ibidem*, p. 50-62, et Hélène GAUDEMET-TALLON, «Unité et diversité: quelques mots de droit international privé européen», in *Le Droit des rapports internationaux économiques et privés. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Michel Jacquet*, Paris, 2013, LexisNexis, p. 401-415.

règles de droit de l'Union Européenne s'appliquant aux matières faisant l'objet du droit international privé de la famille et qui, d'après les principes de ce système de droit, déterminent l'inapplicabilité des solutions nationales contraires. Depuis 1999, sur la base de la compétence attribuée à l'Union par l'article 65 du Traité de l'Union Européenne (introduit par l'article 73 M du Traité d'Amsterdam et devenu aujourd'hui l'article 81 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne), des actes approuvés par le législateur de l'Union prévoyant de telles solutions ont été développés «dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur (pour) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence» (alinéa b).⁶⁵

Ces actes ont trait, soit à la matière des conflits de lois, soit à celle des conflits de juridictions, et ils contiennent, dans l'actualité, et en matière familiale, des règles communes sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale⁶⁶, des règles de conflits en matière de divorce⁶⁷, des règles sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière d'obligations alimentaires⁶⁸, et des règles sur la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile⁶⁹.

⁶⁵ En général sur cette compétence et la situation antérieure à sa consécration, voir, pour une comparaison, G. BADIALI, «Le Droit International Privé des Communautés Européennes», *Recueil des Cours*, 191 (1985-II), p. 9-181, A. V. M. STRUYCKEN, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *Recueil des Cours*, 232 (1992-I), p. 257-383, Marc FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne», *Recueil des Cours*, 253 (1995-III), p. 9-282, Alegria BORRÁS, «Le Droit International Privé Communautaire: Réalités, Problèmes et Perspectives d'Avenir», *Recueil des Cours*, 317 (2005), p. 313-536, Jeremy HEYMANN, *Le Droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, 2010, Economica, et «The relationship between EU law and private international law revisited: Of diagonal conflicts and the means to resolve them», 13 *Yearbook of Private International Law* (2011), p. 557-588, Michael BOGDAN, *Concise Introduction to EU Private International Law*, 2nd edition, Groningen, 2012, Europa Law Publishing, et, dans la doctrine portugaise, MOURA RAMOS, «Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interação», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, II, Coimbra, 2009, Coimbra Editora, p. 145-202.

⁶⁶ Règlement CE n.º 2201/2003, du Conseil, du 27 novembre 2003 (Règlement *Bruxelles II bis*) relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

⁶⁷ Règlement UE n.º 1259/2010, du Conseil, du 20 décembre 2010, mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

⁶⁸ Règlement CE n.º 4/2009, du Conseil, du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

⁶⁹ Règlement UE n.º 606/2013, du Parlement Européen et du Conseil, du 12 juin 2013, relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile.

Une telle extension au domaine du droit de la famille de l'exercice de la compétence de l'Union Européenne n'aurait pas été possible sans l'acceptation, non discutée pour ce qui est du conflit de juridictions, mais qui jusqu'à un moment donné s'est montrée problématique en matière de conflit de lois⁷⁰, qu'elle respectait soit le principe de subsidiarité soit le respect des identités nationales, auxquels l'action du législateur de l'Union se voit subordonnée.

Mais l'européisation, à laquelle nous nous rapportons, du droit international de la famille, ne s'est pas limitée aux développements de la compétence de l'Union que nous venons de citer. Elle a également inclus, dans des domaines extérieures à ceux de la compétence proprement dite de l'Union, un développement jurisprudentiel de la notion de citoyenneté de l'Union⁷¹, comprise en tant que «statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique»⁷². En effet, partant du principe que «le fait d'être obligé de porter, dans l'État membre dont l'intéressé possède la nationalité, un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'État membre de naissance et de résidence est susceptible d'entraver l'exercice du droit, consacré à l'article 18 CE (ndr. il s'agit de l'actuel art. 21 TFUE), de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres»⁷³, et que «si, en l'état actuel du droit communautaire, les règles régissant

⁷⁰ Voir Hélène GAUDEMET-TALLON, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne?», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, v. I, Coimbra, 2002, Almedina, p. 161-185. À cet égard, voir également Mário TENREIRO & Monika EKSTROM, «Unification of private international law in family law matters within the European Union», in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (Edited by Katharina Boele-Woelki), Antwerp, 2003, Intersentia, p. 194-216, et Maarit JANTERA-JAREBORG, «Unification of international family law in Europe – A critical perspective», *ibidem*, p. 194-216. Pour les particularités de cette construction, voir Alain DEVERS, «La matière matrimoniale en quête de cohérence [du règlement Bruxelles II bis au règlement Rome III]», 21 *Revue des Affaires Européennes* (2014), p. 319-325, et Hugues FULCHIRON, «La construction d'un droit européen de la famille: entre coordination, harmonisation et uniformisation», *ibidem*, p. 309-317.

⁷¹ Sur cette notion, voir MOURA RAMOS, «A Cidadania da União: Caracterização, conteúdo e desenvolvimento», in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, v. III, Lisboa, 2006, Coimbra Editora, p. 895-921.

⁷² Voir l'arrêt du 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Recueil, p. I-6193-6249, point 31. Pour la densification de ce statut, voir Hélène GAUDEMET-TALLON/PAUL LAGARDE, «Histoires de Famille du Citoyen Européen», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borrás* (cit. supra, note 9), p. 475-489, et Diana Marín CONSARNAU, «La evolución de la protección que brinda el estatuto de ciudadanía de la Unión vs. El fenómeno de la discriminación inversa», *ibidem*, p. 587-600.

⁷³ Dans ce sens, l'arrêt du 14 octobre 2008, *Grunkin/Paul*, C-353/06, Recueil, p. I-7639-7680, point 22.

le nom patronymique d'une personne relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire (...)»⁷⁴, la Cour de Justice a souligné que, dans les cas où un lien avec le droit de l'Union existe, la règle citée s'oppose «à ce que les autorités d'un État membre, en appliquant le droit national, refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre État membre où cet enfant est né et réside depuis lors et qui, à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier État membre»⁷⁵. Ces décisions consacrent

⁷⁴ *Idem, ibidem*, point 16. Dans le même sens, déjà l'arrêt du 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, *Colectânea*, p. I-11613-11652; sur cette décision, voir MOURA RAMOS, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* (cit. supra, note 12), p. 607-635. Et, pour l'analyse de la série de décisions rendues dans cette matière jusqu'à présent (*Konstantinidis, Dafeki, Garcia Avello, Grunkin-Paul, Sayn-Wittgenstein* et *Runevic-Vardyn/Wardyn*), voir Costanza HONORATI, «La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar* (cit. supra, note 18), p. 473-487, et «Free circulation of names for EU Citizens?», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2/2009, p. 379-401, et, dernièrement, VOLKER LIPP, «Die "Anerkennung" des ausländischen Namens eines Bürgers der Europäischen Union – Von "Konstantinidis" bis "Runevic-Vardyn/Wardyn"», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. supra, note 52), p. 539-556, et Kurt SIEHR, «Right of personality in European private international law: The law of personal names», in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, G. Giappichelli Editore, p. 251-263. Et, pour les développements dont cette jurisprudence peut être à l'origine, voir Laura TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007, Cedam, et Etienne PATAUT, «Vers un état civil européen?», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. dans cette note), p. 750-762. Sur la problématique du droit au nom, voir Maxi Scherer, *Le Nom en Droit International Privé. Étude de Droit Comparé Français et Allemand*, Paris, 2004, L.G.D.J., J. A FROWEIN, «Die menschen- und verfassungsrechtswidrige Praxis bei Namen von Auslandsdeutschen», in *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München, 2004, Sellier, p. 197-203, Paul LAGARDE, «L'oeuvre de la Commission Internationale de l'État Civil en matière de nom des personnes», *ibidem*, p. 1291-1305, et, dernièrement, Walter PINTENS, «Quelques observations sur la détermination du nom en droit international privé comparé», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. dans cette note), p. 787-798.

⁷⁵ *Idem, ibidem*, point 16. On remarquera que, plus récemment, La Cour Européenne des Droits de l'Homme (arrêt *Kismoun c. França*, du 5 décembre 2013) a universalisé cette doctrine, en la dissociant de la motivation spécifique au droit de l'Union et en trouvant le fondement directement dans le droit à l'identité personnelle, lorsqu'elle a dit que, d'après sa jurisprudence, et tout en citant les mentionnés arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin e Paul*, «le nom, en tant qu'élément d'individualisation principal d'une personne au sein de la société, appartient au noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale» (point 36). Sur cette décision, voir ARIANNA VETTOREL, «La continuità transnazionale dell'identità personale: riflessioni a margine della sentenza *Henry Kismoun*», 50 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2014), p. 341-358, et, anticipant l'orientation de cette décision, Giulia

clairement une compréhension de la libre circulation des personnes qui dépasse tout contexte économique⁷⁶, donnant un caractère central au principe de la reconnaissance mutuelle⁷⁷, et soulignant le besoin de protéger l'intérêt (des personnes possédant le statut de la citoyenneté de l'Union), dans la stabilité de la position juridique de ceux ayant fait l'usage de la liberté de circulation. Mais, allant plus loin, la Cour reconnaît une dimension paramétrique aux principes fondamentaux du droit de l'Union, comme le principe de la non-discrimination⁷⁸, et considère

ROSSOLLILLO, «Personal identity at a crossroad between private international law, international protection of human rights and EU law», 11 *Yearbook of Private International Law* (2009), p. 143-156. Sur les derniers développements dans ce domaine, voir Working Group of the Federal Association of German Civil Status Registrars, «One name throughout Europe – Draft for a European Regulation on the law applicable to names», 15 *Yearbook of Private International Law* (2013/2014), p. 31-37.

⁷⁶ Sur une telle conception, voir MOURA RAMOS, «Les Aspects Nouveaux de la Libre Circulation des Personnes: Vers une Citoyenneté Européenne – Rapport Général», in *XV Congrès FIDE, III – Les Aspects Nouveaux de la Libre Circulation des Personnes: Vers une Citoyenneté Européenne*, Lisbonne, 1992, p. 397-453 (408-409).

⁷⁷ Sur ce principe, voir Miguel GARDEÑES SANTIAGO, *La Aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, 1999, Eurolex, Monica GUZMÁN ZAPATER, «Un elemento federalizador para Europa: reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», 5 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), p. 405-434, JURGEN BASEDOW, «Le principe de la reconnaissance mutuelle – Sa portée en droit des affaires», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon V. Vrellis (cit. supra, note 52)*, p. 19-30, et, dans la doctrine portugaise, LIMA PINHEIRO, «O reconhecimento mútuo de decisões judiciais e extrajudiciais», 52 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (2011), p. 65-79.

⁷⁸ À cet égard, voir Marie-Paule PULJAK, *Le Droit International Privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, 2003, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, et Johan MEEUSEN, «Le droit international privé et le principe de non-discrimination», *Recueil des Cours*, 353 (2011), p. 11-183, et, dans la doctrine portugaise, António FRADA DE SOUSA, *A Europeização do Direito Internacional Privado*, Porto, 2012, Universidade Católica Portuguesa (Faculdade de Direito – Escola do Porto) (dissertation dactylographiée), p. 327-536.

On rappellera que la Cour de Justice avait commencé pour dire [arrêt du 10 juin 1999, *Johannes*, C-430/97, *Recueil*, p. I-3486-3497] que «l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité, inscrite à l'article 6 du traité, se limite au domaine d'application de ce traité» (point 26) et que «ni les dispositions nationales de droit international privé déterminant le droit matériel national applicable aux effets d'un divorce entre conjoints ni les dispositions nationales de droit civil réglementant matériellement ces effets ne font partie du domaine d'application du traité» (point 27). À propos de cette décision, voir Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, «Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio com el derecho comunitario», 5 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), p. 645-661.

les droits intégrés à la citoyenneté de l'Union comme une sorte de *supreme law*⁷⁹ qui empêche l'application des mesures nationales ayant l'effet de priver les citoyens de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut. Ce qui confère une portée potentiellement bien large à ladite européanisation.

3. Les développements concernant les méthodes

Si la structure des sources de notre discipline ne présente plus le même caractère linéaire d'autrefois, où la prépondérance des règles à origine national faisait la règle, il faut reconnaître que les changements atteignent également le domaine des méthodes. Et bien qu'on soit, à cet égard, devant un problème à caractère général, on n'oubliera pas qu'il présente, à propos des relations familiales, sinon des particularités, au moins une ampleur certaine. Nous distinguerons, à cet égard, soit les vicissitudes qui ont atteint les classiques règles de conflit à caractère bilatéral, soit la réduction de la marge de manœuvre dont cette structure normative a souffert, soit la parution d'une autre méthode (celle de la reconnaissance) qui tend à se passer, en tout ou en partie, du procédé qui est devenu classique suite à l'essor de la pensée savignienne.

Pour ce qui est de la règle de conflit classique, on rappellera que, ici comme ailleurs, mais peut-être plutôt ici que dans d'autres secteurs du droit international privé, la règle de conflit bilatérale a fait l'objet d'une spécialisation certaine, s'est de plus en plus flexibilisée, et a subi un processus de matérialisation.

On parle de spécialisation à propos du progressif rétrécissement de l'hypothèse légale (la catégorie de rattachement⁸⁰, le concept cadre ou *Rahmenbegriff*) de

⁷⁹ Contestant en particulier la situation en découlant (comme en général le recours aux droits fondamentaux, soit ceux inscrits dans les Constitutions, soit ceux résultant des libertés communautaires, des principes généraux de droit ou des règles de la Convention Européenne des Droits de l'Homme), et voyant dans le droit international privé et dans ses techniques un moyen de neutraliser la hiérarchie des normes, voir LÉNA GANNAGÉ, *La Hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, Paris, 2001, L.G.D.J. Pour une vision critique de l'intervention de la Cour de Justice dans notre discipline, voir Julio Diego GONZALEZ CAMPOS, «La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé», in *Festschrift für Erik Jayme (cit. supra, note 74)*, p. 263-275, et Tristan AZZI, «La Cour de Justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, Paris, 2014, L.G.D.J., p. 43-58.

⁸⁰ Dans le sens que cette tendance serait une des caractéristiques de la méthode conflictuelle actuelle, voir MOURA RAMOS, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1990, Almedina, p. 373-379, et Julio GONZALEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *Recueil des Cours*, 287 (2000), p. 11-426, *maxime* p. 156-213.

chaque disposition légale, dont l'objet devient de plus en plus limité. Il suffit de comparer l'hypothèse de l'article 3, n.° 3, du Code Civil français de 1804, qui s'adressait à toute la matière du statut personnel⁸¹, avec les plusieurs dispositions qui, par exemple, dans la loi tchèque du 25 janvier 2012⁸² correspondent aux rapports de famille (il s'agit des §§ 47 à 66, s'adressant aux questions de compétence internationale, loi applicable et reconnaissance des décisions étrangères). Et on dira de même des conventions internationales, et des règlements de l'Union Européenne, qui ont de plus eu pour objet une question précise (comme la célébration du mariage, le divorce ou les obligations alimentaires)⁸³, au lieu d'un des grands domaines de la partie spéciale du droit privé. Ce mouvement amène d'ailleurs à la fragmentation du statut personnel, la question de la survivance d'une telle notion, ou, au moins, de la réalité qui lui correspondait pouvant être posée⁸⁴ lorsque le législateur traite de forme diverse la constitution et les effets (et, ici, soit ceux de nature personnelle soit ceux à caractère patrimonial), et, également, le divorce et les obligations alimentaires, pour ne pas parler déjà de la filiation et de ses modalités, comme l'adoption.

D'autre part, la règle de conflit que nous considérons à ce propos (que ce soit une règle avec un domaine d'application défini en général, soit que ce soit décrit de manière circonscrite) n'est pas forcément (on dira même qu'elle l'est de moins en moins) une règle à contenu rigide, une *hard and fast rule*, tel qu'on la dénommait critiquement dans la doctrine nord-américaine, mais une règle de conflit progressivement ouverte à la modélisation judiciaire, dotée de la flexibilité lui permettant l'adaptation de la réalisation de la justice conflictuelle aux spécificités du cas concret⁸⁵. Une flexibilité qui est le résultat soit de l'utilisation de concepts

⁸¹ L'art. 3, n.° 3 du Code Napoléon édicte : «les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger».

⁸² Une des dernières que nous avons pu prendre en considération. Pour la présentation de ce texte-là, voir Monika PAUKNEROVA & Magdalena PFEIFFER, «The new act on private international law in the Czech Republic; Starting points and perspectives within the European Union», 10 *Journal of Private International Law* (August 2014), N.° 2, p. 205-226, et P. Dobias, «The New Czech Private International Law», *RebelsZ*, 51 [2015], p. 109-128.

⁸³ Dans ce sens Yves LEQUETTE, *in* «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales» [*cit. supra*, note 48], qui parle à ce propos d'un utilitarisme, présent dans ce choix de questions limitées, où un besoin manifeste de solutions particulières semble exister (p. 35 et 39).

⁸⁴ À ce propos, dans la doctrine portugaise, voir NUNO GONÇALO DA ASCENSÃO E SILVA, «Do Estatuto Pessoal – Unidade e Dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 Anos do Código Civil)», *in* *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977* [*cit. supra*, note 61], p. 549-649.

⁸⁵ Pour plus développements, voir MOURA RAMOS, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* [*cit. supra*, note 80], p. 379-410, et Julio GONZALEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général» [*cit. supra*, note 80], p. 214-308.

indéterminés, comme il arrive avec le recours, presque toujours en voie subordonnée, au rattachement le plus étroit, ou bien à l'emploi de clauses d'exception⁸⁶, qui permettent au juge d'écarter la loi dont la compétence aurait été déterminée en première lieu, lorsque l'ensemble d'éléments pertinents dans le cas d'espèce révèle qu'elle n'exprimait pas le rattachement le plus étroit avec la question concrète à résoudre. Il est certain que la flexibilité des règles de conflit semble s'accentuer si le domaine de la catégorie de rattachement est large.

En outre, et il s'agit ici d'une tendance qui semble se manifester avec une incidence majeure dans le droit conventionnel, les règles de conflit qu'on considère à ce propos sont de moins en moins des règles de conflit purement *localisatrices*⁸⁷, apparaissant progressivement imprégnées de finalités à caractère matériel que le législateur vise à atteindre (règles de conflit à *rattachement matériel*, telle la désignation qui s'est imposée à ce propos), rendant donc plus étroite la zone de séparation classiquement reconnue comme existante entre la justice matérielle et la justice conflictuelle. La règle de conflit perd donc la neutralité évaluative qui lui était presque connaturelle dans la pensée savignienne pour poursuivre des politiques de droit matériel comme la protection de catégories de personnes tenues pour plus faibles ou la promotion (ou la défaveur) de la constitution de (ou de l'extinction) de certains états ou situations⁸⁸.

⁸⁶ Sur cet institut, voir Claus DUBLER, *Les Clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, GEORG, PAULINE RÉMY-CORLAY, «Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois», 92 *Rev. crit. DIP* (2003), p. 37-76, Johan MEEUSEN, «Exception clauses and conflict of laws: new legislation, same issues», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. supra, nota 52), p. 569-578, et, dans la doctrine portugaise, Moura Ramos, dernièrement en «Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado», in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia* (Studia Iuridica, 38. Colloquia - 1), Coimbra, 1999, Coimbra Editora, p. 93-124 (109-117), et Maria João MATIAS FERNANDES, *A Cláusula de Desvio no Direito de Conflitos. Das condições de acolhimento da cláusula de desvio geral implícita no direito português*, Coimbra, 2007, Almedina.

⁸⁷ Pour la dichotomie établie au texte, voir Paolo Michele PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, 1985, Georg.

⁸⁸ Sur cette matérialisation du droit international privé, voir Júlio GONZALEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général» (cit. supra, note 80), p. 309-411, Paloma ABARCA JUNCO, «Un ejemplo de materialización en el derecho internacional privado español. La reforma del art. 107 del Código Civil», in *Pacis Artes. Obra Homenaje al Professor Júlio D. González Campos* (cit. supra, note 59), p. 1095-1115, Alegria BORRAS, «La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: Similitudes y contrastes», *ibidem*, p. 1287-1308, Marc FALLON, «La matérialisation du nouveau droit international privé projeté en Belgique», *ibidem*,

Le rétrécissement du jeu de la règle de conflit qu'on peut remarquer dans ce domaine découle en partie de l'atténuation de la *summa divisio* qui constitue la raison d'être du droit international privé lui-même et qui sépare la *litis ordinatio* de la *litis decisio*. Il s'agit d'un phénomène lié à l'option, prise surtout sur le plan conventionnel, de concentrer les attentions essentielles pour la résolution d'une question donnée dans la détermination de la compétence juridictionnelle (voir, da la compétence des autorités), adoptant par la suite la perspective d'une concordance *forum-ius*⁸⁹. Il est vrai qu'une telle orientation a surtout été suivie à propos de la problématique des mesures de protection (des mineurs, d'abord, et des majeurs incapables tout de suite après), mais il est constant qu'elle s'est traduite par une réduction significative de la portée de la méthodologie traditionnelle de la règle de conflit, centrée dans la question de la détermination de la loi applicable. L'attention donnée à cette problématique amènerait également, et par le biais de l'intervention de la suprême juridiction internationale⁹⁰, à la découverte de l'existence d'une catégorie de règles dont le champ d'application dans l'espace échappe à la logique

p. 1493-1511, M^a Elena ZABALO ESCUDERO, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», *ibidem*, p. 1815-1835, et, dans la doctrine portugaise, MOURA RAMOS, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 80), p. 364-373, et Eugénia GALVÃO TELES, «Sobre o critério da "lei mais favorável" nas normas de conflitos», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* (cit. supra, note 12), p. 193-238.

⁸⁹ Sur cette orientation méthodologique, voir B. NOLDE, «Anwendbares Recht und Gerichtsstand im Internationalen Privatrecht», *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 54 (1941), p. 292-317, Graveson, «Choice of law and choice and choice of jurisdiction in the English conflict of laws», 38 *B.Y.I.L.* (1951), p. 273-290, P. NEUHAUS, «Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht. Eine Skizze», 20 *RabelsZ* (1955), p. 201-269, Henri BATIFFOL, «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», 9 *Netherlands International Law Review* (1962), n.º 4 [Special Issue: *De Conflictu Legum. Essays presented to R.D. Kollwijn and J. Offerhaus*], p. 55-66, P. HEBRAUD, «De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître», *Revue critique de DIP*, 57 (1968), p. 205-258, Andreas Heldrich, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin, 1969, Walter de Gruyter, GONZALEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *Recueil des Cours*, 156 (1977-III), p. 225-376, P. HAY, «The interrelation of jurisdiction and choice-of-law in United States conflict law», 28 *I.C.L.Q.* (1979), p. 161-183, J. KROPHOLLER, «Internationales Zuständigkeit», in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, v. I, Tubingen, 1982, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 183-533 (239-250), Evangelos VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, 1987, L.G.D.J., p. 48-77, MOURA RAMOS, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 80), p. 165-194, et Th. M. DE BOER, «Forum preferences in contemporary european conflicts law: The myth of a «neutral choice»», in *Festschrift für Erik Jayme* (cit. supra, note 74), p. 39-55 (48-53).

⁹⁰ Voir la décision citée supra, à la note 42.

du système conflictuel, étant par contre le fait de la volonté d'application expresse de certaines dispositions, volonté qu'on peut déduire de la finalité qui préside à leur formulation (tout en reconnaissant donc un certain fondement à des présupposés qui, dans la doctrine nord-américaine, ont fondé la doctrine de Brainerd Currie⁹¹). Il s'agit des règles d'application nécessaire et immédiate⁹² ou *overriding statutes*, théorisées dans la doctrine continentale spécialement par Sperduti⁹³ et Francescakis⁹⁴, et qui, en droit international privé de la famille, se sont vu largement justifiées par la protection d'intérêts généraux ou de catégories de personnes spécialement vulnérables.

⁹¹ Sur la pensée de cet auteur, voir MOURA RAMOS, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 80), p. 596-613, Herma HILL KAY, «A Defence of Currie's governmental interest analysis», *Recueil des Cours*, 215 (1989-III), p. 9-204, et Lea BRILMAYER, «Interest analysis and the myth of legislative intent», *78 Michigan Law Review* (1979-1980), p. 392-431, «Legitimate interests in multistate problems: As between state and federal law», *ibidem*, 79 (1980-1981), p. 1315-1349, et «The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules», *Recueil des Cours*, 252 (1995-III), p. 9-112.

⁹² À ce propos, voir ALLAN PHILIP, «Mandatory rules, public law (political rules) and choice of law in the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations», in *Contract Conflicts* (P.M.North [editor]), 1982, North-Holland Publishing Company, p. 81-110, T. C. HARTLEY, «Mandatory rules in international contracts: The common law approach», *Recueil des Cours*, 266 (1997-IV), p. 337-426, Andrea BONOMI, *Le norme imperativa nel diritto internazionale privato*, Zurich, 1998, Schulthess Polygraphischer Verlag, Sylvaine POILLOT PERUZETTO, «European public policy and other restrictions on the normal operation of the choice-of-law and choice-of-jurisdiction rules», in *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I* (Johan Meeusen/Marta Pertegàs and Gert Straemans [eds.]), Antwerp, 2004, Intersentia, p. 343-361, Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, «Lois de police et politiques législatives», *Rev. crit. DIP*, 100 (2011), p. 207-290, Jacques FOYER, «Lois de police et principe de souveraineté», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales* (cit. supra, note 79), p. 339-358, et, dans la doctrine portugaise, Isabel DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado. Aspectos Fundamentais*, Lisboa, 1954, Editorial Império, p. 311-332, MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (cit. supra, note 80), p. 631-720, et ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria Geral*, Lisboa, 1990.

⁹³ Voir son étude «Les lois d'application immédiate en tant que lois d'ordre public», *Rev. Crit. de DIP*, 66 (1977), p. 257-270.

⁹⁴ Voir, notamment, «Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», 55 *Rev. Crit. de DIP* (1966), p. 1-18, «Lois d'application immédiate et règles de conflit», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (1967), p. 691-698, et «Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la "Compagnie des Wagons-lits"», 63 *Rev. Crit. de DIP* (1974), p. 273-296.

Sans prétendre épuiser l'éventail des variations méthodologiques qui se sont fait sentir dans le droit international privé des relations familiales, on ne peut cependant pas laisser dans l'oubli l'écho obtenu par une méthodologie qui centre l'attention non plus dans la détermination de la loi applicable mais plutôt dans la reconnaissance des situations à rattachements multiples constituées à l'étranger⁹⁵. Ayant des précédents illustres dans la construction doctrinale de notre discipline⁹⁶, et n'étant pas du tout étrangère à des préoccupations qui ont marqué la théorisation d'autres formes de réglementation des situations privées internationales⁹⁷, cette

⁹⁵ Sur cette méthode de la reconnaissance, voir Erik JAYME & Cristian KOHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», 21 *IPRax* (2001), Nr. 6, p. 501-514 (501-503), Giulia ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, Cedam, spécialement p. 223-278, Paul LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 68 (2004), p. 225-243 (229-235), et «La Reconnaissance. Mode d'emploi», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon* (cit. supra, note 2), p. 481-501, Pierre MAYER, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (cit. supra, note 17), p. 547-573, Gian Paolo ROMANO, «La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état de personnes», *Rev. Crit. DIP*, 95 (2006), p. 457-519, Heinz-Peter MANSEL, «Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen Internationalen Privatrechts?», *RabelsZ* 70 (2006), pp. 651-731, Sylvain BOLÉE, «L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale», *Rev. Crit. DIP*, 96 (2007), p. 307-355, Charalambos PAMBOUKIS, «La reconnaissance – métamorphose de la méthode de la reconnaissance», *Rev. Crit. DIP*, 97 (2008), p. 513-560, Janis LEIFELD, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Tübingen, 2010, Mohr Siebeck, Roberto BARATTA, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», *Recueil des Cours*, 348 (2010), p. 253-500, et les actes du colloque *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (sous la direction de Paul Lagarde), Paris, 2013, Éditions A. Pedone.

⁹⁶ Voir la construction d'Antoine PILLET [in «La théorie générale des droits acquis», *Recueil des Cours*, 8 (1925-III), p. 489-537], suivie dans la doctrine portugaise par Machado Villela [in *Tratado Elementar (teórico e práctico) de Direito Internacional Privado*, Livro I – Princípios Gerais, Coimbra, 1921, Coimbra Editora, p. 610-623], et sur laquelle se prononce également Pierre ARMINJON [«La notion des droits acquis en droit international privé», *Recueil des Cours*, 44 (1933-II), p. 5-109], bien que la lecture qui est faite de cette doctrine par Baptista MACHADO, in «Autonomia do problema do reconhecimento dos direitos adquiridos em Machado Vilela e suas implicações», 20 *Scientia Iuridica* (septembre/décembre 1971), N°s 112/113, p. 398-409.

⁹⁷ Nous pensons à la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent, élaborée par Paolo PICONE. Voir, de l'auteur, parmi d'autres travaux rassemblés dans ses *Studi di Diritto Internazionale Privato* (Napoli, 2003, Jovene Editore), essentiellement, «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé», 197 *Recueil des Cours* (1986-II), p. 231-419, *Ordinamento Competente e Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1986, Cedam, «Les méthodes de coordination entre

tendance, à laquelle certains anticipaient un large avenir dans l'univers conventionnel⁹⁸, se caractérise notamment, dans la pluralité des variantes qui ont peut lui reconnaître, par l'abandon du contrôle nécessaire de la règle de conflit sur les situations qui, une fois constituées et cristallisées à l'égard d'un ordre juridique donné, s'imposent, hors cette enceinte, à la reconnaissance de la part des autres systèmes⁹⁹. Un tel abandon constitue en effet la caractéristique essentielle de ce procédé, qui peut cependant être conçu d'après des formes et degrés différents¹⁰⁰. Ainsi, il peut impliquer la reconnaissance de la sujétion de ces situations à la loi ayant présidé à leur constitution (la *lex auctoris*)¹⁰¹, ce qui semble être la règle dans

ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé», 276 *Recueil des Cours* (1999), p. 11-296 [119-142], *La Riforma Italiana del Diritto internazionale Privato*, Nápoles, 1998, Cedam, p. 3-53 et 477-514, et «Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti», in *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario* (la cura di Paolo Picone), Padova, 2004, Cedam, p. 485-525.

⁹⁸ Voir l'exemple cité *supra*, à la note 29.

⁹⁹ Dans ce sens, récemment, Jean-Pierre LABORDE [«Retour sur la pluralité du point de rattachement en droit international privé français des personnes et de la famille», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, 2012, Dalloz, p. 207-226, p. 215, souligne (p. 215)], que, se limitant aux règles de l'ordre juridique de la création de la situation en question, le recours à la méthode de la reconnaissance se voit surtout préconisé «dans un souci de respect et de continuité de l'état et des droits des personnes dès lors que la situation nouvelle a été créée ou s'est cristallisée dans un pays avec lequel les personnes concernées ont un lien sérieux». Ayant en tête la même préoccupation, nous avons soutenu il y a très longtemps [MOURA RAMOS, «Dos Direitos Adquiridos em Direito Internacional Privado», in *Boletim da Faculdade de Direito*, 50 (1974), p. 175-217, a p. 216] que «doivent être reconnus dans l'État du for les droits ou situations juridiques qui ont produit à l'étranger ses effets typiques, à l'égard d'un système juridique présentant, dans l'optique du droit international privé du for, un rattachement suffisamment étroit avec la situation à régler, et s'estime applicable, soit d'un autre réputé compétent par le premier».

¹⁰⁰ Dans ce sens, voir Sylvain BOLÉE, «L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale» (*cit. supra*, note 95). L'auteur souligne que la méthode a d'abord été utilisée à l'égard des décisions (cfr. en ce sens l'ouvrage essentiel de Pierre MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, Dalloz), pour être par la suite élargie aux actes publics à caractère non décisionnel, l'objet de la reconnaissance n'étant donc pas constitué par des actes mais plutôt par des règles dont le respect constitue le fondement de la production des conséquences juridiques dans le monde du droit. Il s'agit, d'après ses mots, de «donner effets à ces règles, indépendamment de toute désignation, par une règle de conflit bilatérale, de l'ordre juridique dont les organes sont intervenus» (p. 323).

¹⁰¹ Voir Gian Paolo ROMANO, «La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes» (*cit. supra*, note 95). L'auteur indique que cela a surtout lieu toujours que la constitution de la situation est le fait de l'intervention d'une autorité, la classique règle de conflit bilatérale étant donc négligée. Dans de tels cas, s'il y a un rapport entre la situation et l'État du for, la situation semble rester sous l'empire de ce dernier, ce qui se traduit notamment dans la reconnaissance d'une

les cas où la situation présente une certaine singularité, ne pouvant donc prétendre réclamer un contenu universel, mais apparaissant modelée en fonction du contenu particulier qui lui est donné par un système juridique particulier. Mais il peut revêtir une version plus modérée, que l'on rencontre d'ailleurs dans plusieurs législations, et où il est question de règles particulières qui, en rapport à certaines situations et dans des circonstances spécifiques, assurent la reconnaissance *in foro domestico* de certaines relations, en dépit du non-respect, dans leur constitution, de la loi tenue pour compétente par les règles de conflits respectives¹⁰².

Il s'agit donc de l'existence de vraies règles de reconnaissance, similaires à celles auxquelles le droit international privé fait déjà recours pour assurer l'efficacité *in foro* des décisions et autres actes étrangers, à caractère public¹⁰³ ou privé, règles qui peuvent être l'expression d'un principe général de stabilité et de confiance dans la manutention des situations juridiques légalement constituées¹⁰⁴, ou résulter également d'impératifs propres qui s'imposent à la considération du législateur, comme il arrive avec ceux découlant du droit de l'Union Européenne, dans la mesure où ils sont, en l'espèce, applicables¹⁰⁵.

vocation de la *lex fori* à régir celles des situations ayant avec un tel État une liaison suffisante.

¹⁰² C'est ce qui arrive notamment avec l'article 31, n. 2, du Code Civil Portugais, qui, malgré la compétence reconnue (au n. 1) à la *lex patriae* en matière de statut personnel, assure la reconnaissance au Portugal des «actes juridiques passés dans le pays de la résidence habituelle du déclarant conformément à la loi de ce pays, si celle-ci se considère compétente». Sour cette disposition et son encadrement, voir MOURA RAMOS, «Dos Direitos Adquiridos em Direito Internacional Privado» (*cit. supra*, note 99). Il faut remarquer que cette spécifique règle de reconnaissance ne vaut que pour les actes juridiques [*Rechtsgeschäft*], contrairement aux situations analysées par l'auteur cité à la note précédente, qui centre son attention dans celles qui supposent l'intervention (constitutive) d'une autorité publique. La consécration de ces règles semble traduire l'hypothèse que «la règle de conflit constitue un procédé inapproprié pour la reconnaissance de rapports de droit effectivement créés», démontrant une «distinction irréductible et fondamentale entre la création et la reconnaissance d'une relation juridique» [Charalambos PAMBOUKIS, «La reconnaissance – métamorphose de la méthode de la reconnaissance» (*op. cit.* note 95), p. 522 e 531].

¹⁰³ Sur ce point, voir Charalambos PAMBOUKIS, *L'Acte Public Étranger en Droit International Privé*, Paris, 1993, L.G.D.J., Pierre CALLÉ, *L'Acte Public en Droit International Privé*, Paris, 2004, Economica, et «L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France», *Rev. crit. DIP*, 94 (2005), p. 377-412.

¹⁰⁴ Sur l'importance de ce principe, voir Baptista MACHADO, «Contribuição da Escola de Coimbra para a teoria do direito internacional privado», in *Boletim da Faculdade de Direito*, 61 (1985), p. 159-176.

¹⁰⁵ Voir, pour des exemples, les espèces juridictionnelles citées *supra*, aux notes 73 et 74. Et, dans la matière du droit des sociétés, également de la Cour de Justice de l'Union Européenne, la jurisprudence *Centros*. À cet égard, voir, dernièrement, Jeremy HEYMANN, «De la mobilité des sociétés de l'Union. Réflexions sur le droit d'établissement», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les*

On remarquera que cette idée-force s'est particulièrement développée en matière de relations familiales¹⁰⁶, soit par les particulières exigences de stabilité qui caractérisent ces relations (et qui se traduisent dans la préoccupation avec la permanence du statut personnel, une catégorie à laquelle ces relations sont traditionnellement reconduites)¹⁰⁷, soit par la prolifération récente d'institutions dont les contours ne peuvent qu'être difficilement distingués du contenu qui leur est donné par un ordre juridique donné¹⁰⁸. De toute façon, cette tendance ne se limite pas à ce secteur du droit¹⁰⁹.

Les considérations précédentes semblent illustrer l'ampleur des modifications subies ces dernières années par le droit international privé de la famille dans les

relations privées internationales [cit. supra, note 79], p. 425-445, et, dans la doctrine portugaise, MOURA RAMOS, «Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma Interação» [cit. supra, note 65], p. 182-185, et les travaux de Maria Ângela BENTO SOARES («A Liberdade de Estabelecimento das Sociedades na União Europeia», 15-16 *Temas de integração* (1er et 2eme sémesres de 2003), p. 283-321, «O Acórdão Inspire Art LDT.: Novo Incentivo Jurisprudencial à Mobilidade das Sociedades na União Europeia», *ibidem*, 17 (1er semestre de 2004), p. 123-159, et «A transferência internacional da sede social no âmbito comunitário», in *Temas Societários*, 2006, Alexandre MOTA PINTO, «Apontamentos sobre a Liberdade de Estabelecimento das Sociedades», *Temas de Integração*, 17 (1er semestre de 2004), p. 59-120, et 18 (2eme semestre de 2004), p. 141-156, et *The Europeanization of Legal Capital: Searching for new ways of protecting creditors in limited liability companies*, 2006, European University Institute-Department of Law, *maxime*, p. 157-298, et RUI DIAS, «O acórdão *Cartesio* e a liberdade de estabelecimento das sociedades», in *Direito das Sociedades em Revista*, 2eme année, vol. 3 (mars de 2010), p. 215-236.

¹⁰⁶ Voir, par exemple, Bettina HEIDERHOFF, «Ist das Anerkennungsprinzip schon geltendes internationales Familienrecht in der EU?», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffman* [cit. supra, note 64], p. 127-138. Voir également le Règlement 606/2013 cité supra, à la note 69.

¹⁰⁷ Soulignant le besoin social de continuité et de stabilité de l'état des personnes, voir Roberto BARATTA, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales» [cit. supra, note 95], p. 272.

¹⁰⁸ Ce qui peut découler du fait qu'on peut parler à leur égard de l'absence d'une «communauté minimale d'objet», tel que le reconnaît, à propos du mariage des personnes de même sexe, Hugues FULCHIRON. Voir, de cet auteur, «La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales* [cit. supra, note 79], p. 137-154.

¹⁰⁹ Pour un exemple où elle a été consacrée, voir l'article 78 de l'Avant-projet d'une Loi d'Application des Normes Juridiques, d'Haroldo VALLADÃO, dans lequel il est écrit que «Sont reconnus au Brésil les droits acquis à l'étranger, de bonne foi, en vertu d'acte ou jugement y réalisés, en accord avec le droit étranger en vigueur, sauf s'il est le cas d'une compétence exclusive du droit brésilien, et une fois respectées les réserves établies à l'article 79 [offense de la souveraineté nationale, de l'ordre public, de l'équité, de la morale et des bonnes moeurs]» (Voir, pour ce document, Jacob DOLINGER & Carmen TIBURCIO, *Vademecum de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1994, Renovar, p. 45-62).

États membres de l'Union Européenne, notamment pour ce qui est des sources de ce secteur du droit et des méthodes qu'il emploie. Nous nous sommes limités à ces deux points, mais le même pourrait être dit à propos d'autres aspects, comme les solutions légales elles-mêmes et les structures dont dépend sa mise en œuvre.

Pour ce qui est du premier de ces aspects, on rappellera l'abandon progressif de la référence à la loi nationale¹¹⁰ (et même à la loi du domicile), qui avait autrefois constituée la règle dans ce domaine du droit, la prééminence de plus en plus réservée à la loi de la résidence habituelle commune¹¹¹, la multiplicité des facteurs de rattachement retenus¹¹², et l'essor qu'a connu l'autonomie des parties¹¹³. De la

¹¹⁰ Sur cette tendance, voir, en général, L. J. DE WINTER, «Le principe de la nationalité s'effrite-t-il peu à peu?», 9 *Netherlands International Law Review* (1962), n.º 4 (*cit. supra*, note 89), p. 514-528, et, plus près de nous, Friedrich K. JUENGER, «The national law principle», in *Mélanges Fritz Sturm*, v. II, 1999, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, p. 1519-1537, Franco MOSCONI, «A Few Questions on the Matter of International Uniformity of Solutions and Nationality as a Connecting Factor», in *Private Law in International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, T. M. C. Asser Press, p. 467-480, et Alegria BORRAS & Julio D. GONZALEZ CAMPOS, «La loi nationale à l'heure de la réforme du droit international privé espagnol», in *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (*cit. supra*, note 17), p. 137-153. Et, en particulier dans le domaine du droit de la famille international, voir François BOULANGER, «De la Convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants. Requiem pour la loi nationale?», in *Mélanges Fritz Sturm* (*cit. supra*, dans cette note), p. 1399-1408, et Pilar RODRIGUEZ MATEOS, «La nacionalidad en el contexto del Derecho internacional privado y del Derecho europeo», in *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues* [Carlos Esplugues Mota/Guillermo Palao Moreno (eds.)], València, 2012, tirant lo blanc, p. 677-697. Pour une vue contrastée, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, «Nationalité, statut personnel et droits de l'homme», in *Festschrift für Erik Jayme* (*cit. supra*, note 74), p. 205-221, Thomas RAUSCHER, «Heimatlos in Europa? – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips im IPR», *ibidem*, p. 719-745, et Michael BOGDAN, «Refugees in swedish private international law», in *Human Rights Law: From Dissemination to Application. Essays in Honour of Goran Melander* [by Jonas Grimheden and Rolf Ring (eds.)], Leiden, 2006, Martinus Nijhoff Publishers, p. 311-320.

¹¹¹ Malgré les difficultés que sa détermination soulève de nos jours. Voir, à ce propos, Ester DI NAPOLI, «A place called Home: Il principio della territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale post-moderno», 49 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (2013), p. 899-922.

¹¹² Voir Jean-Pierre LABORDE, «Retour sur la pluralité du point de rattachement en droit international privé français des personnes et de la famille» (*cit. supra*, note 99).

¹¹³ À ce propos, et en matière de statut personnel, voir Jean-Yves CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Étude prospective de droit international privé*, Bruxelles, 1992, Bruylant, Javier Carrascosa GONZALEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, 2000, Comares, especialmente p. 181-231, Erik JAYME, «Party autonomy in International Family and Succession Law: New tendencies», 11 *Yearbook of Private International Law* (2009), p. 1-10, et Béatrice

même façon, on ne sera pas surpris si des valeurs telles que la protection des droits de l'homme¹¹⁴, en particulier des enfants¹¹⁵, et la désinstitutionnalisation des relations de famille¹¹⁶ ont eu une importance certaine à ce propos.

À propos du second, on devra mentionner le relief qui, dans la mise en œuvre du droit de la famille dans l'actualité, a été dévolu aux structures de coopération entre autorités. Si le recours à des instruments de coopération internationale était devenu de plus en plus fréquent, il faut reconnaître que cette coopération s'est perfectionnée, se faisant de nos jours directement entre les autorités concernées¹¹⁷, on pouvant donc considérer dépassé le stage de la seule coopération par voie diplomatique et même de celle qui s'articule par le réseau d'autorités centrales¹¹⁸.

Le développement de ces lignes de force excédant l'horizon que nous nous avions proposé de traiter, nous soulignerons simplement que la multiplication des réformes entreprises dans ce secteur du droit se poursuit¹¹⁹, essayant

BOURDELOIS, «Relations familiales internationales et *professio iuris*», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales* (cit. supra, note 79), p. 137-154. Et pour l'accueil qui lui a été réservé par le droit international privé conventionnel, voir Mariel REVILLARD, «L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales: Regards sur les récents instruments internationaux», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, note 8), p. 487-502; et, en droit international privé de l'Union Européenne, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, «La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber amicorum Alegria Borrás* (cit. supra, note 9), p. 119-131.

¹¹⁴ Voir Patrick KINSCH, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé», *Recueil des Cours*, 318 (2005), p. 9-332.

¹¹⁵ À ce propos, Bernard DUTOIT, «Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant: le choc qui fait chic?», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, note 8), p. 143-156. Cette orientation était déjà prônée par Erik JAYME, dans son étude «Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, 251 (1995), p. 9-267.

¹¹⁶ Sur ce point, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, «Individualisme et mondialisation: Aspects de droit international privé de la famille», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, note 8), p. 181-194.

¹¹⁷ Nous pensons au Réseau Judiciaire Européen. À ce propos, voir Georgina GARRIGA SUAU, «La creciente potencialidad de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil en la construcción del espacio judicial europeo», 8 *AEDIPr* (2008), p. 237-255.

¹¹⁸ Sur ce stade, voir Georges A. L. DROZ, «Évolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye», in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, Litec, p. 129-147.

¹¹⁹ Pour une des dernières, voir Ilaria PRETELLI, «Le nouveau droit international privé italien de la filiation», *Rev. Crit. DIP*, 103 (2014), p. 559-572.

d'accommoder le droit international privé de la famille à la diversité soit des institutions, où un renouvellement significatif au niveau du droit matériel mérite d'être souligné, soit des regards qui se projettent dans sa réglementation, et à la diversité des ordres de régulation qui s'affirme de plus en plus. Le droit international privé de la famille accompagne donc, dans ses sources et dans ses méthodes, mais également dans ses solutions et dans la façon dont on met en perspective son exécution, les changements que les temps plus récents ont révélés dans le droit privé des rapports de famille¹²⁰.

¹²⁰ Pour une synthèse, à cet égard, voir, par exemple, Katharina BOELE-WOELKI, «European Challenges in contemporary family law: some final observations», in *European Challenges in Contemporary Family Law* [Katharina Boele-Woelki/Tone Sverdrup (eds)], Antwerp, 2008, Intersentia, p. 413-423.

Bibliographie

- ALMEIDA, S., *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra, 2009, Coimbra Editora.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Desarrollo y normalización constitucional del derecho internacional privado español», in *Pacis Artis. Obra Homenaje al Professor Júlio D. González Campos, t. II – Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia*, Madrid, 2005, Eurolex, p. 1139-1163.
- ANCEL, B., «Le Bilan des conventions de la Commission Internationale de l'État Civil: l'expérience française», in *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1993, Eurolex, p. 157-170.
- AÑOVEROS TERRADAS, B., «La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber amicorum Alegria Borràs* p. 119-131.
- ARMINJON, P., «La notion des droits acquis en droit international privé», *Recueil des Cours*, 44 (1933-II), p. 5-109.
- AZZI, T., «La Cour de Justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, Paris, 2014, L.G.D.J., p. 43-58.
- BAARSMA, N. A., *The Europeanisation of International Family Law*, The Hague, 2011, T. M. C. Asser Press, p. 79-143.
- BADIALI, G., «Le Droit International Privé des Communautés Européennes», *Recueil des Cours*, 191 (1985-II), p. 9-181.
- BALLARINO, T., «Le norme costituzionali di eguaglianza e il diritto internazionale privato», in *Studi in onore di Manlio Udina*, II, Milano, 1975, Giuffrè, p. 923-949.
- BALLARINO, T., *Costituzione e Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1974, Cedam.
- BALLARINO, T., «La réforme du droit de la famille en Italie et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 68 (1979), p. 281-306.
- BARATTA, R., «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», *Recueil des Cours*, 348 (2010), p. 253-500.
- BARTIN, E., *Études de Droit International Privé*, Paris, 1899, A. Chevallier-Marescq, p. II.

- BASEDOW, J., «Das fakultative Unionsprivatrecht und das internationale Privatrecht», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffman* (Herausgegeben von Herbert Kronke & Karsten Thorn), Bielefeld, 2011, Verlag Ernst und Werner Gieseking, p. 50-62.
- BASEDOW, J., «Le principe de la reconnaissance mutuelle – Sa portée en droit des affaires», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, p. 19-30.
- BATIFFOL, H. & FRANCESCARI, Ph., «L'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé», *Rev. Crit. DIP*, 48 (1959), p. 259-276.
- BATIFFOL, H., «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», 9 *Netherlands International Law Review* (1962), n.º 4 (Special Issue: *De Conflictu Legum. Essays presented to R.D.Kollewijn and J.Offerhaus*), p. 55-66.
- BEAUMONT, P. R. & Walker, L., «Post Neulinger case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. dans cette note), p. 17-32..
- BEAUMONT, P. R., «The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *Recueil des Cours*, 335 (2008), p. 9-104
- BEAUMONT, P., HESS, B., WALKER, L., & SPANCKEN, ST., (éds.) *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide* (Edited by), Oxford, 2014, Hart Publishing.
- BENTO SOARES, M. Â., «A Liberdade de Estabelecimento das Sociedades na União Europeia», 15-16 *Temas de integração* (1er et 2eme sémesres de 2003), p. 283-321.
- BENTO SOARES, M. Â., «A transferência internacional da sede social no âmbito comunitário», in *Temas Societários*, 2006..
- BENTO SOARES, M. Â., «O Acórdão *Inspire Art LDT.*: Novo Incentivo Jurisprudencial à Mobilidade das Sociedades na União Europeia», 15-16 *Temas de integração*, 17 (1er semestre de 2004), p. 123-159.
- BOELE-WOELKI, K., «European Challenges in contemporary family law: some final observations», in *European Challenges in Contemporary Family Law* [Katharina Boele-Woelki & Tone Sverdrup (eds)], Antwerp, 2008, Intersentia, p. 413-423.
- BOGDAN, M., «Refugees in Swedish private international law», in *Human Rights Law: From Dissemination to Application. Essays in Honour of Goran Melander* [by

- Jonas Grimheden and Rolf Ring (eds)], Leiden, 2006, Martinus Nijhoff Publishers, p. 311-320.
- BOGDAN, M., «Some reflections on the treatment by the ECHR of the Hague Convention on the civil aspects of international abduction, in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs*, p. 213-224.
 - BOGDAN, M., *Concise Introduction to EU Private International Law*, 2nd edition, Groningen, 2012, Europa Law Publishing.
 - BOGGIANO, A., *La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica*, Tucumán, 1993, La Ley.
 - BOLLEE, S., «L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale», *Rev. Crit. DIP*, 96 (2007), p. 307-355.
 - BONOMI, A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich, 1998, Schulthess Polygraphischer Verlag.
 - BORRAS, A. & GONZALEZ CAMPOS, J. D., «La loi nationale à l'heure de la réforme du droit international privé espagnol», in *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* p. 137-153.
 - BORRAS, A., «La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: Similitudes y contrastes», in *Pacis Artes. Obra Homenajeal Professor Júlio D. González Campos*, p. 1287-1308.
 - BORRAS, A., «Le Droit International Privé Communautaire: Réalités, Problèmes et Perspectives d'Avenir», *Recueil des Cours*, 317 (2005), p. 313-536..
 - BOULANGER, F., «De la Convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants. Requiem pour la loi nationale?», in *Mélanges Fritz Sturm* p. 1399-1408.
 - BOURDELOIS, B., «Relations familiales internationales et *professio iuris*», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, Paris, 2014, p. 137-154.
 - BRILMAYER, L. «The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules», *Recueil des Cours*, 252 (1995-III), p. 9-112.
 - BRILMAYER, L., «Interest analysis and the myth of legislative intent», *78 Michigan Law Review* (1979-1980), p. 392-431.

- BRILMAYER, L., «Legitimate interests in multistate problems: As between state and federal law», 79 *Michigan International Law Review*, (1980-1981), p. 1315-1349.
- CALLE, P., «L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France», *Rev. crit. DIP*, 94 (2005), p. 377-412.
- CALLE, P., *L'Acte Public en Droit International Privé*, Paris, 2004, Economica.
- CARLIER, J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel. Étude prospective de droit international privé*, Bruxelles, 1992, Bruylant.
- CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, 2000, Comares.
- CHAMBERLAND, J., «La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, p. 113-121.
- CLAPIE, M., «Le droit de mener une vie familiale normale à l'épreuve du temps», in *Mélanges Christian Mouly*, p. 267-280.
- COURBE, P., «L'influence des réformes du droit de la famille sur le droit international privé», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, Dalloz, p. 703-716.
- DE BOER, Th. M., «Forum preferences in contemporary european conflicts law: The myth of a «neutral choice»», in *Festschrift fur Erik Jayme*, p. 39-55.
- DE BOER, Th. M., «The Hague Conference and Dutch Choice of Law: Some criticism and a suggestion», 40 *Netherlands International Law Review* (1993), N.° 1, p. 1-13.
- DE FIGUEIREDO, J. (éd.), *Internacionalização do Direito no Novo Século*, Coimbra, 2009, Coimbra Editora.
- DE MAGALHÃES COLLAÇO, I., *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado. Aspectos Fundamentais*, Lisboa, 1954, Editorial Império, p. 311-332.
- DE VAREILLES-SOMMIERES, P., «Lois de police et politiques législatives», *Rev. crit. DIP*, 100 (2011), p. 207-290.
- DE WINTER, L. J., «Le principe de la nationalité s'effrite-t-il peu à peu?», 9 *Netherlands International Law Review* (1962), n.° 4, p. 514-528.
- DEVERS, A., «La matière matrimoniale en quête de cohérence (du règlement Bruxelles II bis au règlement Rome III)», 21 *Revue des Affaires Européennes* (2014), p. 319-325.

- DI NAPOLI, E., «A place called Home: Il principio della territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale post-moderno», 49 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (2013), p. 899-922.
- DOBIAS, P., «The New Czech Private International Law», *RabelsZ*, 51 (2015), p. 109-128.
- DOLINGER, J. & TIBURCIO, C., *Vademecum de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1994, Renovar, p. 45-62.
- DROZ, Georges A. L., PELICHET, M. & DYER, A., «La Conférence de La Haye de Droit International Privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau Permanent: Bilan et Perspectives», *Recueil des Cours* 168 (1980-III), p. 123-268.
- DROZ, Georges A. L., «Évolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye», in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, Litec, p. 129-147.
- DUBLER, C., *Les Clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, Georg.
- DUNCAN, W., «Adoptive parents and the 1993 Hague Convention», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs*, Madrid, 2013, Marcial Pons, p. 323-328.
- DUTOIT, B., «Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant: le choc qui fait chic?», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* p. 143-156.
- DYER, A., «Strategic vision and common sense in The Hague Conventions since 1950 (Mid-Twentieth Century)», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, p. 157-168.
- ESPINAR VICENTE, José Maria /José Ignacio Paredes Pérez, «El marco constitucional del derecho internacional privado español», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs*, p. 329-349.
- FALLON, M., «La matérialisation du nouveau droit international privé projeté en Belgique», in *Pacis Artes. Obra Homenajeal Professor Júlio D. González Campos*, p. 1493-1511.
- FALLON, M., «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne», *Recueil des Cours*, 253 (1995-III), p. 9-282.

- FARGE, M. & GOUTTENOIRE, A., «Les enlèvements intraeuropéens d'enfants», 21 *Revue des Affaires Européennes* (2014), p. 347-356.
- FERENC MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique*, Paris, 1980, Éditions A. Pedone.
- FERRAZ DE CAMPOS MONACO, G., *Guarda Internacional de Crianças*, São Paulo, 2012, Quartier Latin.
- FOYER, J., «Lois de police et principe de souveraineté», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, p. 339-358.
- FRADA DE SOUSA, A., *A Europeização do Direito Internacional Privado*, Porto, 2012, Universidade Católica Portuguesa (Faculdade de Direito – Escola do Porto) (dissertation dactylographiée), p. 327-536.
- FRANCESCAKIS, «Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la "Compagnie des Wagons-lits"», 63 *Rev. Crit. de DIP* (1974), p. 273-296.
- FRANCESCAKIS, «Lois d'application immédiate et règles de conflit», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (1967), p. 691-698.
- FRANCESCAKIS, «Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», 55 *Rev. Crit. de DIP* (1966), p. 1-18.
- FROWEIN, J. A., «Die menschen- und verfassungsrechtswidrige Praxis bei Namen von Auslandsdeutschen», in *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München, 2004, Sellier, p. 197-203.
- FRUMER, Ph., «La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation: Une question d'intérêt général devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (L'arrêt *Karner c. Autriche* du 14 juillet 2013)», 15 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* (2004), p. 663-687.
- FULCHIRON, H., «La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, p. 137-154.
- GALVÃO TELES, E., «Sobre o critério da "lei mais favorável" nas normas de conflitos», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* p. 193-238.
- GANNAGE, L., *La Hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, Paris, 2001, L.G.D.J.

- GARDEÑES SANTIAGO, M., *La Aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, 1999, Eurolex.
- GARE, T., «Réflexions sur l'efficacité de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», in *Mélanges Christian Mouly*, p. 298-312.
- GARRIGA SUAÚ, G., «La creciente potencialidad de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil en la construcción del espacio judicial europeo», 8 *AEDIPr* (2008), p. 237-255.
- GAUDEMET-TALLON, H. & LAGARDE, P., «Histoires de Famille du Citoyen Européen», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs*, p. 475-489.
- GAUDEMET-TALLON, H., «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne?», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, v. I, Coimbra, 2002, Almedina, p. 161-185.
- GAUDEMET-TALLON, H., «Individualisme et mondialisation: Aspects de droit international privé de la famille», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, p. 181-194.
- GAUDEMET-TALLON, H., «Nationalité, statut personnel et droits de l'homme», in *Festschrift fur Erik Jayme* p. 205-221.
- GAUDEMET-TALLON, H., «Unité et diversité: quelques mots de droit international privé européen», in *Le Droit des rapports internationaux économiques et privés. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Michel Jacquet*, Paris, 2013, LexisNexis, p. 401-415.
- GIARDINA, A., «La Corte Costituzionale ed i rapporti personali fra coniugi nel diritto internazionale privato», 1987, p. 209-226.
- GOLDSTEIN, G. & MUIR WATT, H., «La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés», 137 *JDI* (2010), p. 1085-1122.
- GONZALEZ CAMPOS, J. D., «La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé», in *Festschrift fur Erik Jayme (cit. supra, note 74)*, p. 263-275.
- GONZALEZ CAMPOS, J., «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *Recueil des Cours*, 287 (2000), p. 11-426.

- GONZALEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *Recueil des Cours*, 156 (1977-III), p. 225-376.
- GRANDINO RODAS J. & FERRAZ DE CAMPOS MONACO, G., (éds.), *Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A Participação do Brasil*, Brasília, 2007, Fundação Alexandre de Gusmão.
- GRAVESON, «Choice of law and choice of jurisdiction in the english conflict of laws», 38 *B.Y.I.L.* (1951), p. 273-290.
- GROS ESPIELL, H., «La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative», *Recueil des Cours*, 218 (1989-VI), p. 167-412.
- GUZMÁN ZAPATER, M., «Un elemento federalizador para Europa: reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», 5 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), p. 405-434.
- HARTLEY, T. C., «Mandatory rules in international contracts: The common law approach», *Recueil des Cours*, 266 (1997-IV), p. 337-426.
- HAY, P., «The interrelation of jurisdiction and choice-of-law in United States conflict law», 28 *I.C.L.Q.* (1979), p. 161-183.
- HEBRAUD, P., «De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître», *Revue critique de DIP*, 57 (1968), p. 205-258.
- HEIDERHOFF, B., «Ist das Anerkennungsprinzip schon geltendes internationales Familienrecht in der EU?», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffman*, p. 127-138.
- HELDRICH, A., *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin, 1969, Walter de Gruyter.
- HERZOG, P., «Constitutional Limits on Choice of Law» *Recueil des Cours*, 234 (1992-IV), p. 239-330.
- HEYMANN, J., «De la mobilité des sociétés de l'Union. Réflexions sur le droit d'établissement», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, p. 425-445.
- HEYMANN, J., «The relationship between EU law and private international law revisited: Of diagonal conflicts and the means to resolve them», 13 *Yearbook of Private International Law* (2011), p. 557-588.
- HEYMANN, J., *Le Droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, 2010, Economica.

- HILL KAY, H., «A Defence of Currie’s governmental interest analysis», *Recueil des Cours*, 215 (1989-III), p. 9-204.
- HONORATI, C., «Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali», 49 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2013), p. 5-42.
- HONORATI, C., «Free circulation of names for EU Citizens?», *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2/2009, p. 379-401.
- HONORATI, C., «La legge applicabile al nome tra diritto internazionale private e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar* p. 473-487.
- JAYME, E. & KOHLER, C., «Europaisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», 21 *IPRax* (2001), Nr. 6, p. 501-514.
- JAYME, E., «Party autonomy in International Family and Succession Law: New tendencies», 11 *Yearbook of Private International Law* (2009), p. 1-10.
- JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, 251 (1995), p. 9-267.
- JUENGER, F. K., «The national law principle», in *Mélanges Fritz Sturm*, v. II, 1999, Éditions Juridiques de l’Université de Liège, p. 1519-1537.
- JUNCO, P. A., «Un ejemplo de materialización en el derecho internacional privado español. La reforma del art. 107 del Código Civil», in *Pacis Artes. Obra Homenajeal Professor Júlio D. González Campos*, p. 1095-1115.
- KIENINGER, E.-M., «Das Europäische IPR vor der Kodifikation», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffman* (Herausgegeben von Herbert Kronke & Karsten Thorn), Bielefeld, 2011, Verlag Ernst und Werner Gieseking, p. 184-197.
- KINSCH, P., «Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé», *Recueil des Cours*, 318 (2005), p. 9-332.
- KINSCH, P., «*Harroudj v. France*: Indications from the European Court of Human Rights on the nature of choice of law rules and on their potentially discriminatory effect», *Yearbook of Private International Law*, 15 (2013/2014), p. 39-44.
- KINSCH, P., «Private international law topics before the European Court of European Rights – Selected judgements and decisions (2010-2011)», 13 *Yearbook of Private International Law* (2011), p. 37-49.

- KROPHOLLER, J., «Internationales Zuständigkeit», in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, v. I, Tubingen, 1982, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 183-533 .
- LABORDE, J.-P., «Retour sur la pluralité du point de rattachement en droit international privé français des personnes et de la famille», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, 2012, Dalloz, p. 207-226.
- LAGARDE, P., «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 68 (2004), p. 225-243.
- LAGARDE, P., «L'œuvre de la Commission Internationale de l'État Civil en matière de nom des personnes», *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, Munchen, 2004, p. 1291-1305.
- LAGARDE, P., «La Reconnaissance. Mode d'emploi», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon* p. 481-501.
- LECUYER, S., *Appréciation critique du droit international privé conventionnel. Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Paris, 2007, L.G.D.J.
- LEIFELD, J., *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Tubingen, 2010, Mohr Siebeck.
- LEQUETTE, Y., «De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille», in *L'Internationalisation du Droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, Droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, Dalloz, p. 245-263.
- LEQUETTE, Y., «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales», *Recueil des Cours*, 246 (1994-II), p. 2-234.
- LIMA PINHEIRO, «Deslocação e retenção ilícita de crianças», *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 74 (Julho/Dezembro 2014), p. 679-693.
- LIMA PINHEIRO, «O reconhecimento mútuo de decisões judiciais e extrajudiciais», *52 Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (2011), p. 65-79.
- LOQUIN, E. & KESSEDJIAN C. (éds.), *La Mondialisation du Droit*, Paris, 2000, Litec.
- LOUSSOUARN, Y., «La règle de conflit est-elle une règle neutre?», in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Années 1980-1981, t. 2, Paris, 1983, Éditions du CNRS, p. 43-68.

- MACHADO, B., «Contribuição da Escola de Coimbra para a teoria do direito internacional privado», in *Boletim da Faculdade de Direito*, 61 (1985), p. 159-176.
- MACHADO, B., «Autonomia do problema do reconhecimento dos direitos adquiridos em Machado Vilela e suas implicações», 20 *Scientia Iuridica* (setembro/décembre 1971), Nºs 112/113, p. 398-409.
- MACHADO VILLELA, *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*, Livro I – Princípios Gerais, Coimbra, 1921, Coimbra Editora, p. 610-623.
- MALAN, A., *La Concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, 2002, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- MANSEL, H.-P., «Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkernnung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen Internationalen Privatrechts?», *RabelsZ* 70 (2006), pp. 651-731.
- MARCHISIO, S., «Les conventions de la Commission internationale de l'État civil», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, Giuffrè Editore, p. 659-672.
- MARÍN CONSARNAU, D., «La evolución de la protección que brinda el estatuto de ciudadanía de la Unión vs. El fenómeno de la discriminación inversa», *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs*, p. 587-600.
- MARQUES DOS SANTOS, A., *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria Geral*, Lisboa, 1990.
- MARTÍNEZ-MORA, L., BAKER, H. & HARANG, E., «The 1993 Hague Intercountry Adoption Convention and subsidiarity: Is subsidiarity principle still “fit for purpose”?», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, p. 343-356.
- MASSIP, J., HONDIUS, F. & NAST, C., *La Commission Internationale de l'État Civil (CIEC)*, The Hague, 2014, Kluwer.
- MASSIP, J., «La commission internationale de l'état civil», *Rev. crit. DIP*, 64 (1975), p. 215-229.
- MATIAS FERNANDES, M. J., *A Cláusula de Desvio no Direito de Conflitos. Das condições de acolhimento da cláusula de desvio geral implícita no direito português*, Coimbra, 2007, Almedina.

- MAYER, P., «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, p. 547-573.
- MAYER, P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, Dalloz.
- MC ELEAVY, P., «The 1996 Hague Convention and the European Union: Connection and disconnection», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2013, Intersentia, p. 371-380.
- MCCLEAN, J. D., «The contribution of the Hague Conference to the development of private international law in the common law countries», *Recueil des Cours*, 233 (1992-II), p. 267-304.
- MEEUSEN, J., «Exception clauses and conflict of laws: new legislation, same issues», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, p. 569-578.
- MEEUSEN, J., «Le droit international privé et le principe de non-discrimination», *Recueil des Cours*, 353 (2011), p. 11-183.
- MOSCONI, F., «A Few Questions on the Matter of International Uniformity of Solutions and Nationality as a Connecting Factor», in *Private Law in International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, T. M. C. Asser Press, p. 467-480.
- MOSCONI, F., «La Convenzione CIEC del 5 settembre 2007 sui partenariati registrati», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar*, p. 735-755.
- MOTA PINTO, A., *The Europeanization of Legal Capital: Searching for new ways of protecting creditors in limited liability companies*, 2006, European University Institute-Department of Law.
- MOTA PINTO, A., «Apontamentos sobre a Liberdade de Estabelecimento das Sociedades», *Temas de Integração*, 17 (1er semestre de 2004), p. 59-120, et 18 (2eme semestre de 2004), p. 141-156.
- MOURA RAMOS, «A Cidadania da União: Caracterização, conteúdo e desenvolvimento», in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, v. III, Lisboa, 2006, Coimbra Editora, p. 895-921.
- MOURA RAMOS, «A reforma de 1977 e o direito internacional privado da família», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, v. I – *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 2004, Coimbra Editora, p. 725-742.

- MOURA RAMOS, «Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interação», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, II, Coimbra, 2009, Coimbra Editora, p. 145-202.
- MOURA RAMOS, «Dos Direitos Adquiridos em Direito Internacional Privado», in *Boletim da Faculdade de Direito*, 50 (1974), p. 175-217.
- MOURA RAMOS, «La Protection des Enfants sur le plan international. Les nouvelles règles conventionnelles de La Haye applicables à la protection des enfants dans les situations à rattachements multiples», in *Mélanges Christian Mouly*, v. I, Paris, 1998, Litec, p. 353-373.
- MOURA RAMOS, «Les Aspects Nouveaux de la Libre Circulation des Personnes: Vers une Citoyenneté Européenne – Rapport Général», in *XV Congrès FIDE, III – Les Aspects Nouveaux de la Libre Circulation des Personnes: Vers une Citoyenneté Européenne*, Lisbonne, 1992, p. 397-453.
- MOURA RAMOS, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, p. 607-635.
- MOURA RAMOS, «Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado», in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia* (Studia Iuridica, 38. Colloquia – 1), Coimbra, 1999, Coimbra Editora, p. 93-124.
- MOURA RAMOS, «Rapto internacional de crianças e direito ao respeito pela vida privada e familiar», in *144.ª Revista de Legislação e de Jurisprudência* (Maio/Junho de 2015), N.º 3992, p. 381-406.
- MOURA RAMOS, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1990, Almedina, p. 373-379.
- MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*.
- MUÑOZ M^a Dolores Adam /Sandra García CANO (éds.), *Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional* Madrid, 2004, Colex.
- NEUHAUS, P., «Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht. Eine Skizze», *20 RabelsZ* (1955), p. 201-269.
- NOLDE, B., «Andwendbares Recht und Gerichtsstand im Internationalen Privatrecht», *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 54 (1941), p. 292-317.
- NUNO GONÇALO DA ASCENSÃO E SILVA, «A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – Alguns

- aspectos», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. I, Coimbra, 2005, Almedina, p. 443-556.
- NUNO GONÇALO DA ASCENSÃO E SILVA, «Do Estatuto Pessoal – Unidade e Dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 Anos do Código Civil)», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, p. 549-649.
 - PAMBOUKIS, C., «La reconnaissance – métamorphose de la méthode de la reconnaissance», *Rev. Crit. DIP*, 97 (2008), p. 513-560.
 - PAMBOUKIS, C., *L'Acte Public Étranger en Droit International Privé*, Paris, 1993, L.G.D.J.
 - PATAUT, E., «Vers un état civil européen?», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, p. 750-762.
 - PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, 1985, Georg.
 - PAUKNEROVA, M. & PFEIFFER, M., «The new act on private international law in the Czech Republic; Starting points and perspectives within the European Union», *10 Journal of Private International Law* (August 2014), N.º 2, p. 205-226.
 - PEREIRA, F. P., «La Conférence de La Haye de Droit International Privé: Vers une coopération judiciaire dans les matières civiles et commerciales à l'échelle universelle», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, p. 443-452.
 - PEREZ VERA, E., «La Conferencia de La Haya hoy, vista desde ayer», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs*, p. 711-726.
 - PHILIP, A., «Mandatory rules, public law (political rules) and choice of law in the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations», in *Contract Conflicts* (P.M.North (editor), 1982, North-Holland Publishing Company, p. 81-110.
 - PICONE, P. «Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti», in *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario* (a cura di Paolo Picone), Padova, 2004, Cedam, p. 485-525.
 - PICONE, P., «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé», *197 Recueil des Cours* (1986- II), p. 231-419.
 - PICONE, P., *Ordinamento Competente e Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1986, Cedam.

- PICONE, P., *Studi di Diritto Internazionale Privato*, Napoli, 2003.
- PICONE, P., «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé», *276 Recueil des Cours* (1999), p. 11-296.
- PICONE, P., *La Riforma Italiana del Diritto internazionale Privato*, Naples, 1998, Cedam, p. 3-53 et 477-514.
- PILLET, A., in «La théorie générale des droits acquis», *Recueil des Cours*, 8 (1925-III), p. 489-537.
- PINTENS, W., «Quelques observations sur la détermination du nom en droit international privé comparé», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, p. 787-798.
- POCAR, F. /VAN LOON, H., «The 120th Anniversary of The Hague Conference of Private International Law», *50 Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2014), p. 517-528.
- POILLOT PERUZZETTO, S., «European public policy and other restrictions on the normal operation of the choice-of-law and choice-of-jurisdiction rules», in *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I* [Johan Meeusen/Marta Pertegàs and Gert Straemans (eds.)], Antwerp, 2004, Intersentia, p. 343-361.
- PRETELLI, I., «Le nouveau droit international privé italien de la filiation», *Rev. Crit. DIP*, 103 (2014), p. 559-572.
- PULJAK, M.-P., *Le Droit International Privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, 2003, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio com el derecho comunitario», *5 Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), p. 645-661.
- RAUSCHER, T., «Heimatlos in Europa? – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips im IPR», *Festschrift für Erik Jayme*, p. 719-745.
- REMY-CORLAY, P., «Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois», *92 Rev. crit. DIP* (2003), p. 37-76.
- REVILLARD, M., «L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales: Regards sur les récents instruments internationaux», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, p. 487-502.

- REVILLARD, M., «La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'inaptitude», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, Dalloz, p. 725-735.
- RIGAUX, F., «Droit constitutionnel et droit international privé», in *Mélanges en l'honneur de Michael Waelbroeck*, v.I, Bruxelles, 1999, Bruylant, p. 111-137.
- RODRIGUEZ MATEOS, P., «La nacionalidad en el contexto del Derecho internacional privado y del Derecho europeo», in *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues* [Carlos Esplugues Mota/Guillermo Palao Moreno (eds.)], València, 2012, tirant lo blanch, p. 677-697.
- ROMANO, G. P., «La bilatéralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes», *Rev. Crit. DIP*, 95 (2006), p. 457-519.
- ROSSOLILLO, G., «Personal identity at a crossroad between private international law, international protection of human rights and EU law», *11 Yearbook of Private International Law* (2009), p. 143-156.
- ROSSOLILLO, G., *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, Cedam.
- ROUCOUNAS, E., «Engagements Parallèles et Contradictaires», *Recueil des Cours*, 206 (1987-VI), p. 9-287.
- RUI DIAS, «O acórdão *Cartesio* e a liberdade de estabelecimento das sociedades», in *Direito das Sociedades em Revista*, 2eme année, vol. 3 (mars de 2010), p. 215-236.
- SCHERER, M., *Le Nom en Droit International Privé. Étude de Droit Comparé Français et Allemand*, Paris, 2004, L.G.D.J.
- SHAPIRA, A., «Private international aspects of child custody and child kidnapping cases», *Recueil des Cours*, 214 (1989-I), p. 127-250.
- SIEHR, K., «Right of personality in European private international law: The law of personal names», in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, G. Giappichelli Editore, p. 251-263.
- SILBERMAN, L. J., «Co-operative Efforts in Private International Law on Behalf of Children: The Hague Children's Conventions», *Recueil des Cours*, 323 (2006), p. 261-478.
- SPERDUTI, «Les lois d'application immédiate en tant que lois d'ordre public», *Rev. Crit. de DIP*, 66 (1977), p. 257-270.

- STRUYCKEN, A. V. M., «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé, *Recueil des Cours*, 232 (1992-I), p. 257-383.
- TENREIRO, M. & EKSTROM, M., «Unification of private international law in family law matters within the European Union», in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (Edited by Katharina Boele-Woelki), Antwerp, 2003, Intersentia, p. 194-216.
- TOMASI, L., *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di liberta, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007, Cedam.
- UBERTAZZI, B., «Private international law before the International Court of Justice», 15 *Yearbook of Private International Law* (2013/2014), p. 57-86.
- VAN HOOGSTRATEN, M. H., «La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye», *Recueil des Cours*, 122 (1967-III), p. 337-426.
- VAN LOON, J.H.A., «International co-operation and protection of children with regard to intercountry adoption», *Recueil des Cours*, 244 (1994-V), p. 191-456.
- VASSILAKAKIS, E., *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, 1987, L.G.D.J.
- VERSCHRAEGEN, B., «The right to private and family life, the right to marry and to found a family, and the prohibition of discrimination», in *Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe. National, Cross-border and European Perspectives* (edited by Katharina Boele-Woelki & Angelika Fuchs), Fully revised 2nd edition, Cambridge, 2012, Intersentia, p. 255-270.
- VETTOREL, A., «La continuità transnazionale dell'identità personale: riflessioni a margine della sentenza *Henry Kismoun*», 50 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2014), p. 341-358.
- VOLKEN, P., *Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht*, Zurich, 1977, Schulthess Polygraphischer Verlag.
- VOLKER LIPP, «Die "Anerkennung" des ausländischen Namens eines Bürgers der Europäischen Union – Von "Konstantinidis" bis "Runevic-Vardyn/Wardyn"», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, p. 539-556.
- VON OVERBECK, A. E., «La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé», *Recueil des Cours*, 233 (1992-II), p. 9-98.
- Working Group of the Federal Association of German Civil Status Registrars, «One name throughout Europe – Draft for a European Regulation on the law

applicable to names», 15 *Yearbook of Private International Law* (2013/2014), p. 31-37.

- ZABALO ESCUDERO M^a Elena, «Mecanismos de flexibilizacion y materializacion en la regulacion del contrato internacional de trabajo», in *Pacis Artes. Obra Homenajeal Professor Júlio D. González Campos*, p. 1815-1835.

***Professio juris* e regolamento successorio europeo**

Indice

1.	Introduzione	133
2.	<i>Professio juris</i>. Primo criterio di collegamento in materia successoria	138
2.1.	<i>Professio juris</i> . Aspetti tecnici	138
2.2.	<i>Professio juris</i> . Vantaggi operativi del criterio di collegamento	141
3.	Riflessioni conclusive	152
	Bibliografia	154

1. Introduzione

Il professor Tito Ballarino ha dedicato svariati studi al diritto successorio internazionale, molti dei quali, di grandissimo interesse, vertono sul Regolamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo. Questo regolamento è la norma centrale del Diritto europeo in materia di successioni per causa di morte. Queste pagine sono un modesto omaggio al magistero e alla persona del prof. Tito Ballarino, a testimonianza della stima che gli autori nutrono nei suoi confronti.

Il succitato Regolamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 è noto come "Regolamento europeo sulle successioni" (RES) e la sua analisi ha già generato innumerevoli studi sia generali che particolari¹.

* Professore ordinario di diritto internazionale privato, Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación, Università Carlos III di Madrid (Spagna); Membro permanente della sezione civile della Commissione Generale di Codificazione.

** Professore ordinario di diritto internazionale privato, Università degli Studi di Murcia (Spagna).

¹ La letteratura è vastissima. *Vid. inter alia*, come studi generali su questo regolamento, A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (EDS.), *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, in corso di stampa; A. DEIXLER-HÜBNER & M. SCHAUER, *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*,

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2015; J. MÜLLER-LUKOSCHEK, *Die neue EU-Erbrechtsverordnung: Einführung in die neue Rechtslage*, Bonn, Zerb-Verl., 2013; A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n. 650/2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013; A. BONOMI/P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, Aranzadi, Pamplona, 2015; A. ZANOBETTI PAGNETTI/A. DAVI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Ed. Giappichelli, Torino, 2014; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012*, Granada, Comares, 2014; P. FRANZINA/A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte (dalla l. n. 218/1995 al reg. UE n. 650/2012)*, Milano, Giuffrè, 2013; G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD (DIR.), *Droit européen des successions internationales: le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013. Tra i molti alti studi più brevi ma anch'essi di carattere generale sul Regolamento 650/2012, vedi: C. BALDUS, "Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 6, pp. 212-215; T. BALLARINO, "Il nuovo regolamento europeo sulle successioni", *RDI*, 2013, n. 4, pp. 1116-1145; A. BONOMI, "Le nouveau droit européen; des successions internationales", *L'Observateur de Bruxelles*, 2013, pp. 8-14; A. BONOMI, "Il regolamento europeo sulle successioni", *RDIPP*, 2013, pp. 293-324; S. BUSCHBAUM, "Die neue EU-Erbrechtsverordnung", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, n. 33, pp. 2393-2398; S. BUSCHBAUM, "EuErbVO: Das Europäische Nachlasszeugnis", *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, n. 10, pp. 525-530; F. BOULANGER, "Révolution juridique ou compromise en trompe l'oeil? - À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales", *La semaine juridique*, 15 ottobre 2012, p. 1120 ss.; I. CALVO VIDAL, "El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones", *Noticias de la UE*, n° 328, 2012, pp. 97-107; I. CALVO VIDAL (COORD.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014; J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *CDT*, 2014, vol. 6, N° 1, pp. 5-44; A. DAVI/A. ZANOBETTI, "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea", *CDT*, vol. 5-II, 2013, pp. 5-139; A. DEVAUX, "The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?", accessibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230663; DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT CITIZEN'S RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Regulation (EC) n. 650/2012 of July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*, Note, 2012; H. DÖRNER, "EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!", *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, n. 10, pp. 505-513; A. DUTTA, "Die europäische Erbrechtsverordnung vor ihrem Anwendungsbeginn: Zehn ausgewählte Streitstandsminiaturen", *IPRax*, 2015-1, pp. 32-39; A. DUTTA, "Das neue internationale Erbrecht des Europäischen Union. Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung", *FamRZ*, 2013-1, pp. 4-15; J.M. FONTANELLAS MORELL, "El nuevo Reglamento europeo en materia de sucesiones", *Aspectos de Derecho internacional privado*, *REDI*, 2013, vol. 65, pp. 284-290; U. JANZEN, "Die EU-Erbrechtsverordnung", *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2012, pp. 484-493; CH. KERN/D. GLÜKER, "Das neue Europäische Erbstatut und seine Aufnahme in der deutschen Literatur", *RabelsZ*, 2014-1, pp. 294-314;

Il Regolamento 650/2012 contiene diverse norme di conflitto che determinano la legge applicabile alla successione per causa di morte. La determinazione a livello europeo della legge applicabile alla successione *mortis causa* mediante "norme armonizzate in materia di conflitto di leggi" (Cons. [37] RES) comporta innegabili vantaggi.

In primo luogo tali norme di conflitto europee uniformate sulla legge applicabile alla successione fanno sì, come indica A. Rodriguez Benot, che il *de cuius* possa circolare liberamente per tutta l'UE senza che la legge applicabile alla sua successione cambi da Stato membro a Stato membro. Il *de cuius* potrà quindi pianificare la sua successione *mortis causa* con piena certezza, visto che, grazie alle norme di conflitto europee, egli sa "quale sarà la legislazione applicabile alla sua successione" (Cons. [37] RES). Il "valico di frontiera" da uno Stato membro all'altro da parte della persona della cui eredità si tratta non altererà la legge applicabile alla sua successione².

In secondo luogo, avviare un procedimento in uno Stato membro o in un altro Stato membro non altererà l'identificazione della legge che regola la successione *mortis causa*. Infatti, qualsiasi tribunale di qualsiasi Stato membro che partecipi al Regolamento 650/2012 applicherà le stesse norme di conflitto per determinare la legge applicabile alla successione, e cioè le norme di conflitto europee indicate nel Regolamento 650/2012. Non ha senso aprire la successione in uno Stato membro partecipante al Regolamento 650/2012 [successioni *mortis causa*] al fine di ottenere l'applicazione di una legge sostanziale diversa da quella che sarebbe applicabile dai tribunali di un altro Stato membro partecipante al Regolamento 650/2012, in quanto entrambi applicheranno lo stesso diritto sostanziale alla successione in questione.

L. KUNZ, "Die neue Europäische Erbrechtsverordnung - ein Überblick (Teil I)", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 4, pp. 208-218; L. KUNZ, "Die neue Europäische Erbrechtsverordnung - ein Überblick (Teil II)", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 5, pp. 253-257; R. LAFUENTE SANCHEZ, "Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales", *CDT*, 2013-II, pp. 350-370; P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; M. REVILLARD, "Successions internacionales: le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions", *Défrenois*, 30 agosto 2012, n° 15-16, pp. 743-754; P. RODRIGUEZ MATEOS, "La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea", *REEI*, 2014, pp. 59; P.W. VOLLMER, "Die neue europäische Erbrechtsverordnung - ein Überblick", *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 2012, n. 9, pp. 227-234.

² A. RODRIGUEZ BENOT, "La superación de las divergencias en los principios de solución del Derecho conflictual sucesorio", in B. CAMPUZANO DÍAZ, M. DI FILIPPO, A. RODRÍGUEZ BENOT E M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Comisión Europea/Universidad de Sevilla, 2008, pp. 121-150.

In terzo luogo, con l'unificazione a livello europeo delle norme di conflitto sulla legge applicabile alla successione per causa di morte, la risposta legale a una questione materiale o sostanziale successoria non dipenderà dallo Stato membro i cui tribunali giudichino la questione (Cons. [37] RES).

Le norme di conflitto di leggi sul diritto applicabile alla successione per causa di morte contenute nel Regolamento 650/2012 sono norme che non concedono un "margine di apprezzamento creativo" all'operatore giuridico in generale e al giudicante in particolare. Infatti, in contrapposizione al sistema conflittuale anglosassone, le norme di giudizio del Regolamento 650/2012 non permettono all'applicatore del diritto di determinare per conto suo la "legge del Paese più strettamente legato alla successione". In questo senso, i criteri di collegamento indicati negli artt. 21 e 22 RES sono "collegamenti rigidi" (= la "residenza abituale" e la "cittadinanza del *de cuius*" in caso lui abbia scelto quest'ultima), benché all'operatore giuridico rimanga sempre un certo spazio interpretativo per entrambi i concetti.

D'altro canto, tali norme di conflitto sulla legge applicabile alla successione *mortis causa* (= la legge nazionale del *de cuius* [art. 22.1 RES] e la Legge del suo ultimo luogo di residenza abituale [art. 21.1 RES]) sono basate sul principio di prossimità. Conducono, quindi, all'applicazione di una legge che è prevedibile sia per il *de cuius* sia per i possibili eredi, legatari e legittimari (= "beneficiari in una data successione", come li chiama il Cons. [47] RES). Una legge di prevedibile applicazione per tali soggetti è la legge di uno Stato al quale il defunto è legato da "stretti vincoli" (Cons. [37] RES). Un diritto "prevedibile" è quello che la persona della cui successione si tratta conosce o è nella posizione di poter conoscere perfettamente. In questo modo *de cuius* può pianificare la propria successione con costi conflittuali ridotti, ovvero con costi inferiori a quelli che comporterebbe il dover pianificare la propria successione secondo una legge nazionale che non conosce o la cui conoscenza comporterebbe per lui costi elevati. In altre parole, si può affermare che un diritto "imprevedibile" è quello di uno Stato che non ha stretti legami con la successione e la cui applicazione, proprio per questa ragione, genererebbe costi elevati al *de cuius*. In tal caso, infatti, egli dovrebbe informarsi sul contenuto di una legge che non conosce affatto e/o si troverebbe in una posizione poco adeguata ad accedere a tali contenuti legali. In questo senso, gli stretti collegamenti menzionati dal Regolamento 650/2012 (= cittadinanza del *de cuius* in caso l'abbia scelta e suo ultimo luogo di residenza abituale) sono i criteri che conducono all'applicazione di leggi prevedibili. Altri criteri di collegamento (= legge del luogo di ubicazione dei beni, del Paese in cui si è fatto testamento, del luogo in cui si apre la successione, ecc., comporterebbero costi conflittuali molto più elevati per i privati. Con questo sistema di criteri di collegamento, il diritto applicabile alla successione *mortis causa* è prevedibile (= comporta costi

conflittuali ridotti) sia per il *de cuius* sia per gli aventi causa nella successione: eredi, legatari, creditori del *de cuius*, ecc.

La *grande nouveauté* del Regolamento 650/2012 [successioni per causa di morte] è, come rileva P. Lagarde, la collocazione dell'autonomia della volontà conflittuale al vertice del sistema di criteri per designare il diritto applicabile alla successione³. Questa scelta di politica giuridica da parte del legislatore europeo non è casuale. Nell'architettura generale degli strumenti legali europei che designano la legge applicabile alle situazioni private internazionali, la legge scelta dai soggetti coinvolti occupa sempre un luogo privilegiato (art. 3 RR-I, art. 14 RR-II, art. 5 R.1259/2010, artt. 7 e 8 PLH 2007). Tale opzione si basa sull'assunto che la legge scelta dal *de cuius* è, per ipotesi, la legge che comporta i minori costi conflittuali per la persona della cui successione si tratta. Il criterio "autonomia della volontà", pertanto, è collocato alla cuspide della piramide conflittuale (= giacché se concorre è sempre il criterio prevalente). Si intende che il *de cuius* deve disporre del diritto soggettivo di scegliere la legge che regolerà la sua successione ad un costo ridotto, la legge che più si adatta, per una ragione o per l'altra, ad una corretta, rapida, pacifica ed efficiente distribuzione del suo patrimonio tra gli eredi, legatari o altri beneficiari. È, come ha suggerito F. Sturm, il diritto materialmente più conveniente affinché il *de cuius* decida del destino dei propri beni. Nella struttura conflittuale del Regolamento 650/2012, la scelta di legge occupa una posizione di prevalenza in quanto conduce, in ogni caso, alla legge che meglio risponde al principio di prossimità. Comporta l'applicazione della legge statale materialmente più favorevole alla persona della cui eredità si tratta per la disposizione della sua successione *mortis causa* (P. de Cesari)⁴.

Nel Regolamento successorio europeo, gli interessi liberali di circolazione della proprietà sono un elemento cardine del sistema conflittuale. Chiunque ha il diritto di organizzare la propria economia e il proprio patrimonio come meglio creda. Il *de cuius* deve poter disporre dei suoi beni con piena e totale libertà. Non ha ragione di rispettare presunti diritti dei suoi familiari sul suo patrimonio, né il sistema pubblico di ordinazione della proprietà di uno Stato in particolare. Tale sistema liberale di regolazione della successione *mortis causa* porta a sostenere che tale successione debba attenersi alla legge scelta dal *de cuius* o, in sua assenza, dalla legge dello Stato in cui il *de cuius* decide di situare la propria residenza abituale. Lo Stato in cui i beni sono ubicati è irrilevante. Il Paese di cittadinanza e/o il domicilio della famiglia del

³ P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; P. LAGARDE, "Présentation du règlement sur les successions", in AA.VV. [sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH/MARIEL REVILLARD], *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Deffrénois, Paris, 2013, pp. 5-16.

⁴ P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam 2001, pp. 24-29.

de cuius sono anch'essi irrilevanti, così come anche i presunti diritti dei suoi familiari sull'eredità. L'aspetto realmente importante è che i beni circolino liberamente, che non siano vincolati né agli Stati né alle famiglie, ma che siano trasmessi alle persone che ne possono fare l'uso più efficiente. Il libero mercato è l'efficienza economica esigono, come fa rilevare A. Fusaro, un sistema successorio in cui ognuno possa disporre dei propri beni senza vincoli statali o familiari. La ricchezza deve poter circolare liberamente. I beni e i capitali reclamano il diritto di essere liberi, di valicare le frontiere, di passare ad altre mani per poter produrre maggiori benefici. In questa ottica, precisa A. Vaquer Aloy, l'esistenza di legittime e riserve familiari nel diritto sostanziale è un retaggio del passato, un'obsolescenza legale, un ricordo di tempi rurali in cui la proprietà tendeva ad essere statica, immobile e vincolata alla sopravvivenza della famiglia⁵. Oggigiorno, il denaro deve poter circolare e reclama il proprio diritto a muoversi liberamente.

2. *Professio juris*. Primo criterio di collegamento in materia successoria

2.1. *Professio juris*. Aspetti tecnici

Il criterio di collegamento principale e prevalente per determinare il diritto chiamato a regolare la successione *mortis causa* nei casi internazionali è la cittadinanza del *de cuius*. Di conseguenza, la successione *mortis causa* è soggetta al diritto nazionale del *de cuius* (art. 22.1 RES: "[c]hiunque potrà designare la legge dello Stato di cui possiede la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte"). Affinché la successione sia effettivamente disciplinata dalla legge nazionale della persona della cui eredità si tratta, si deve tuttavia dare una condizione indispensabile: il *de cuius* deve indicare che desidera che la sua successione si attenga alla legge del suo stato di cittadinanza. Se tale scelta unilaterale della legge applicabile è stata effettuata conformemente alle disposizioni di legge indicate all'art. 22 RES, la successione *mortis causa* sarà dunque disciplinata dalla legge nazionale del *de cuius* e non dalla legge dello stato di residenza abituale, né da nessuna altra legge statale.

Perché la legge nazionale scelta dal *de cuius* possa effettivamente disciplinare la successione per causa di morte, l'art. 22 RES esige una serie di requisiti, in particolare:

- a) *Requisiti sostanziali indicati all'art. 22 RES*. I principali requisiti sostanziali per una valida scelta di legge a disciplina della successione sono indicati nell'art. 22 RES:

⁵ A. VAQUER ALOY, "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *Indret (indret.com)*, 2007-3, julio 2007, pp. 1-25.

- 1) Il *de cuius* deve limitare la scelta della legge applicabile alla propria successione *mortis causa*, ad un'unica legge statale. Il *de cuius* non può scegliere varie "Leggi successorie" applicabili cumulativamente neanche se possiede più di una cittadinanza. La successione può solo essere disciplinata da un'unica legge nazionale. La scelta di legge da parte del *de cuius* e l'unità legale della successione *mortis causa* sono elementi intrinsecamente uniti nell'art. 22 RES, come mette in rilievo P. de Cesari⁶. Ciò è spiegato dall'intenzione del legislatore europeo di costruire una norma di conflitto di facile applicazione per i tribunali e di facile comprensione per i privati. Allo stesso modo, il legislatore europeo è coerente con l'idea che costituisce la spina dorsale dell'intero regolamento, ovvero che il modello europeo della disciplina della successione per causa di morte è basato sull'unità e l'universalità legale della stessa.
- 2) Il *de cuius* può solo scegliere come legge che disciplinerà la propria successione *mortis causa* la legge dello Stato di cui possiede la cittadinanza (A. Bonomi)⁷. La legge scelta può essere la legge di uno Stato membro o la legge di un terzo Stato (art. 20 RES). Se il *de cuius* sceglie la propria legge nazionale come *Lex Successionis*, si intende che tale scelta è stata effettuata a favore della legge materiale o sostanziale dello Stato di cui è cittadino. La scelta di legge effettuata dal *de cuius* non copre le norme di conflitto di leggi della sua legge nazionale (art. 34 RES *a contrario sensu*).
- 3) Il *de cuius* può solo scegliere la legge "di uno Stato" per regolare la propria successione. Deve trattarsi necessariamente della legge di uno Stato (di una legge statale); non è possibile scegliere come *Lex Successionis* un ordinamento, una normativa o un insieme di regole legali di tipo "esclusivamente religioso" come la *Shari'a*, il diritto canonico della Chiesa cattolica, il diritto ebraico, certi diritti indigeni dell'America del Sud, il diritto nobiliare, ecc. Se il *de cuius* è cittadino di uno Stato in cui coesistono varie unità territoriali con norme giuridiche proprie in materia di successioni, egli potrà unicamente scegliere la legge dello Stato di cui è cittadino. Le norme che regolano i conflitti interni di leggi in tale Stato determineranno quale

⁶ P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam 2001, pp. 124-131.

⁷ A. BONOMI, "Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen?", *TCFDIP*, 2008-2010, pp. 263-292; A. BONOMI, "Choice-of-Law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession. A First Glance at the Commission's Proposal", in *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing; Schulthess, La Haya/Zurich, 2010, pp. 157-172; A. BONOMI, "Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010-4, pp. 605-610.

legislazione regionale o personale sia applicabile secondo il tipo di Stato plurilegislativo di cui si tratta, come vedremo più avanti (artt. 36-37 RES).

- 4) La scelta di legge effettuata dalla persona della cui eredità si tratta deve coprire l'intera successione (I. Calvo Vidal)⁸. La legge nazionale scelta disciplinerà l'intera successione *mortis causa*. Se il *de cuius* effettua una scelta parziale della legge applicabile, tale scelta sarà nulla e non produrrà effetti giuridici. Non vi sono, dunque, altre possibilità: (a) Non si ammette una "scelta parziale della legge applicabile", ossia una scelta di legge circoscritta solo ad un segmento della successione che sarebbe disciplinato dalla legge scelta mentre il resto sarebbe sottoposto alla legge dello Stato di residenza abituale del *de cuius*. Egli non può, ad esempio, scegliere la propria legge nazionale per disciplinare esclusivamente la successione dei beni immobili siti in tale Paese. Allo stesso modo, non può scegliere una legge da applicarsi solo a una parte, porzione o segmento della sua successione, e neppure una legge da applicarsi nelle materie concernenti uno o vari eredi e non effettuare una scelta per il resto dell'eredità; (b) Non è ammessa neppure la scelta di varie leggi statali per regolare diversi segmenti o questioni della successione *mortis causa*. Di conseguenza si deve evidenziare quanto segue: (i) Il *de cuius* non può scegliere due o più leggi per disciplinare due o più segmenti o masse successorie della sua eredità; (ii) Il *de cuius* non può nemmeno scegliere due o più leggi per regolare i diritti ereditari di certe persone e non di altre. Insomma, è proibito il *dépeçage* della legge applicabile alla successione *mortis causa* in forza di una scelta di leggi o di legge da parte del *de cuius*.
- 5) La persona della cui eredità si tratta deve scegliere come legge regolatrice della successione la legge dello Stato di cui è cittadino al momento in cui effettua la scelta, oppure al momento della morte (art. 22.1.I RES). In caso egli abbia una sola cittadinanza, la legge scelta può essere quella di uno Stato membro o quella di un terzo Stato (art. 20 RES).
- 6) In caso, invece, il *de cuius* abbia diverse nazionalità, potrà scegliere la legge di qualsivoglia Stato di cui sia cittadino al momento della scelta o al momento della morte (art. 22.1.II RES). Sembra opportuno ammettere la possibilità di una "scelta di legge scaglionata e condizionata" in certi casi. A questo modo il *de cuius* con doppia cittadinanza può indicare che desidera che la sua successione *mortis causa* sia disciplinata dalla legge dello Stato A, di cui è cittadino, e che in caso tale legge non potesse essere applicata per qualsiasi ragione (ad esempio mancata prova di quella legge, ordine

⁸ I. CALVO VIDAL, "El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones", *Noticias de la UE*, n° 328, 2012, pp. 97-107, spec. p. 99.

pubblico internazionale, ecc), chiedere che si applichi allora la legge dello Stato B, di cui anche possiede la cittadinanza.

- 7) La scelta della legge regolatrice della successione per causa di morte spetta alla persona della cui eredità si tratta. Né i suoi eredi, né i suoi familiari, né terzi possono effettuare tale scelta al posto suo (D. Damascelli)⁹. Si tratta di un atto squisitamente personale, che non può essere delegato, né lasciato in mano ad un rappresentante legale.
- b) *Requisiti relativi al consenso del de cuius*. Il consenso del *de cuius* in rapporto alla scelta della *Lex Successionis* deve essere valido. Per accreditare l'esistenza e la validità di tale consenso si applica la stessa legge nazionale del *de cuius* presumibilmente da lui scelta (art. 22.3 e Cons. [40] RES). Questa soluzione è logica, prevedibile e coerente (K.P. Hotz)¹⁰.
- c) *Requisiti di capacità del de cuius di scegliere la legge chiamata a regolare la successione*. La capacità del *de cuius* di scegliere la propria legge nazionale come *Lex Successionis* è, allo stesso modo, disciplinata dalla legge presumibilmente scelta dal *de cuius* stesso (artt. 22.3 e 26.1.a RES).
- d) *Requisiti di forma della scelta di legge. Scelta espressa e implicita*. La scelta di legge può essere effettuata espressamente sotto forma di "*disposizione mortis causa*" o anche implicitamente qualora tale scelta risulti evidente dai termini di una *disposizione mortis causa* (art. 22.2 *in fine* RES).

2.2. *Professio juris*. Vantaggi operativi del criterio di collegamento

La *raison d'être* di questo criterio di collegamento deve essere analizzata nel dettaglio con estrema attenzione e cautela. Si tratta, infatti, di una soluzione profondamente liberale (= il *de cuius* sceglie l'intero "quadro legale" della sua successione), come ha mostrato con grande chiarezza A. Bonomi¹¹. Questo criterio di collegamento affonda le sue radici in varie ragioni:

- 1) Il legislatore europeo ha accolto questo criterio di collegamento perché permette al *de cuius* un'organizzazione legale della propria successione corretta e semplice (Cons. [38] RES). In altre parole, gli permette di scegliere una legge

⁹ D. DAMASCELLI, "I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte", in P. FRANZINA/A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 87-103, esp. p. 101.

¹⁰ K.P. HOTZ, *Die Rechtswahl im Erbrecht*, Zurich, Schulthess 1969, pp. 125-126.

¹¹ A. BONOMI, "Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010-4, pp. 605-610.

statale che conosce o sulla quale si può facilmente informare: la propria. Il legislatore europeo offre dunque ai cittadini la possibilità di sottomettere la loro successione alla propria legge nazionale se ciò comporta costi conflittuali inferiori a quelli che comporterebbe l'applicazione della legge del loro Stato di residenza abituale (= che è il criterio di collegamento generale o fondamentale indicato all'art. 21.1 RES). La preferenza data dal Regolamento 650/2012 alla legge scelta dal *de cuius* piuttosto che alla legge del suo luogo di residenza abituale è un riflesso del "principio di prossimità" applicato al *de cuius*, come hanno sottolineato P. Mankowski e P. de Cesari¹². Tale principio non significa che la successione *mortis causa* debba essere regolata dalla legge dello Stato in cui la successione presenta collegamenti oggettivi manifestamente più stretti. Significa, invece, che la successione deve essere disciplinata dalla legge statale la cui applicazione comporta per il *de cuius* i minori costi possibili. È il *de cuius* che, come spiega F. Sturm, si trova nella posizione ottimale per decidere se l'applicazione alla sua successione *mortis causa* della legge dello Stato di cui possiede la cittadinanza comporterà costi inferiori rispetto alla legge del suo Stato di residenza abituale¹³. Proprio per questo A. Daví sottolinea come sia conveniente insistere sul fatto che il primo criterio di collegamento impiegato dal Regolamento 650/2012 non sia, in realtà, l'autonomia della volontà del *de cuius*, o semplicemente la "legge scelta dal *de cuius*"¹⁴, ma piuttosto la "cittadinanza del *de cuius*", a condizione che egli abbia scelto la propria legge nazionale in modo valido secondo i termini dell'art. 22 RES. D'altra parte, una lettura sistematica e relazionale dell'art. 22 RES conduce, come già aveva osservato E. Jayme, a una chiara conclusione: il legislatore europeo ha voluto, ancora una volta, dare una soluzione alessandrina al dibattito che ha contrapposto due posizioni dottrinali per oltre duecento anni¹⁵. Un'interminabile controversia, infatti, ha visto i sostenitori della "nazionalità" opporsi ai difensori della "legge del domicilio" come criterio di collegamento più appropriato per designare la legge regolatrice delle questioni relative alla persona. Il Regolamento 650/2012 ha rinunciato al ruolo del legislatore nello stabilire quale criterio debba prevalere nello stabilire la legge applicabile alla successione *mortis causa* (= cioè che criterio di collegamento conduce all'applicazione della legge dello Stato più strettamente legato alla situazione privata internazionale). Il Regolamento ha addirittura rinunciato al ruolo dei

¹² P. MANKOWSKI, "Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21. Abs. 1 EuErbVO", *IPRax*, 2015-1, pp. 39-46; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam 2001, pp. 24-29.

¹³ F. STURM, "Parteiautonomie als bestimmender Faktor in internationalen Familien und Erbrecht", *Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, pp. 637-658.

¹⁴ A. DAVÍ, "L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne", *RDIPP*, 2004, pp. 473-498.

¹⁵ E. JAYME, "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies", *Yearbook of Private International Law*, 2009, pp. 1-21.

tribunali nell'indicare se una successione *mortis causa* sia più strettamente legata al Paese di nazionalità o al Paese di domicilio del *de cuius* e ha posto l'accento della sua struttura conflittuale sulla persona, sul privato. Il *de cuius* è il soggetto che dispone della facoltà di rendere applicabile alla sua successione *mortis causa* la legge del Paese di cui è cittadino oppure la legge del suo Paese di residenza abituale. Il Regolamento 650/20123, da questo punto di vista, crede alle persone, confida nei privati e per questo conferisce loro, come sottolinea F. Boulanger, un potere regolatore così rilevante nella sfera conflittuale¹⁶.

- 2) L'autonomia della volontà conflittuale costituisce uno dei "*piliers du droit international privé européen en formation*", nelle emblematiche parole di A. Bonomi¹⁷. Infatti, l'autonomia delle parti coinvolte in situazioni private internazionali è ripresa da vari strumenti legali europei sia per permettere la scelta del tribunale competente, sia per ammettere la scelta della legge applicabile ad una situazione giuridica privata internazionale. In questo modo, l'art. 22.1 RES si è allineato con il primo criterio di collegamento preferito dai testi legali europei di DIPr. (= *vid. ad ex.* art. 3 RR-I, art. 14 RR-II, artt. 5-7 R.1259/2012, ecc.). Obbedisce, quindi, a una ragione di "sistematica della struttura interna" del DIPr. europeo.
- 3) Una volta stabilito che il *de cuius* ha effettuato una scelta di legge valida per la regolazione della sua successione *mortis causa*, qualsiasi dibattito tra le parti e/o il giudice competente su quale sia la legge applicabile alla "successione internazionale" è ormai precluso. Le parti contenderanno sulla sostanza (= sui diritti degli eredi, ad esempio), ma non sulle "questioni giuridiche preparatorie" di scelta del diritto applicabile (= non si contenderà più su quale sia la legge statale regolatrice della successione *mortis causa*, ma sulla soluzione materiale della successione controversa entro lo scenario legale della legge nazionale del

¹⁶ F. BOULANGER, "Révolution juridique ou compromis en trompe l'oeil? – À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales", *La semaine juridique*, 15 octobre 2012, pp. 1120-1130. Argomenti già addotti molto chiaramente da F. STURM, "Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht", in *Recht und Rechtserkenntnis, Festschrift Ernst Wolf*, Köln, 1985, pp. 637-658; ID., "Ineindergreifen von IPR und Staatsangehörigkeit", in *Festschrift für Günther Jahr zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1993, pp. 497-516; A.E. VON OVERBECK, "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 1993, pp. 619-636; A.E. V. OVERBECK, "La professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé", *Liber amicorum B.L. Fredericq*, Gent, 1965, vol. II, pp. 1085-1112.

¹⁷ A. BONOMI, "Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 241-272.

de cuius). La legge scelta rimane inamovibile come *Lex Successionis* e su questo punto non c'è possibilità di contendere.

- 4) La presenza dell'autonomia della volontà conflittuale nell'art. 22.1 RES risolve anche alla radice, secondo A. Bonomi, qualsiasi polemica nel caso in cui la residenza abituale del *de cuius* sia discutibile, variabile, multipla, poco chiara, instabile, incerta, volubile, scostante, intermittente, carente di sostanza o semplicemente inesistente¹⁸. Questi casi mettono in pericolo la costruzione e l'applicazione equilibrata delle norme di conflitto del DIPr. europeo, in quanto aumentano le possibilità di un'applicazione divergente del criterio di residenza abituale da parte di tribunali di diversi stati membri. Nel momento in cui l'art. 22.1 RES ammette la scelta della legge del proprio Paese da parte del *de cuius*, taglia il "nodo di Gordio" dell'indeterminatezza della residenza abituale. Infatti, una volta che il *de cuius* ha scelto la legge del proprio Paese di cittadinanza come *Lex Successionis*, i problemi che, in certi casi, potrebbero derivare dal carattere fluido e impreciso della residenza abituale sono eliminati *ex radice*.
- 5) Una scelta valevole della legge successoria cristallizza lo "statuto legale della successione *mortis causa*" nel tempo e nello spazio. In questo modo, tutte le parti coinvolte in una data successione *mortis causa* conoscono *ex ante* la legge che regolerà le loro posizioni giuridiche in seguito alla morte del *de cuius*. La *Lex Successionis* rimane invariata, aspetto che incrementa la "certezza giuridica di realizzazione". D'altro canto, si facilita lo *estate planning* della persona della cui eredità si tratta in modo molto significativo. Infatti, una volta che egli ha scelto la legge del proprio Paese di cittadinanza, come spiegano A. Davì/A. Zanobetti, non sarà necessario aspettare il momento della sua morte per sapere in che Stato si trovasse il suo ultimo luogo di residenza abituale, e quindi per stabilire quale legge statale regolerà la sua successione per causa di morte¹⁹.
- 6) È evidente che se la scelta della legge regolatrice della successione da parte del *de cuius* è valida, egli può circolare tra tutti gli Stati membri partecipanti al Regolamento 650/2012 senza nessun ostacolo giuridico riguardo alla sua successione *mortis causa*. Infatti, la legge applicabile a tale successione sarà sempre la stessa anche qualora il *de cuius* cambiasse Paese di residenza abituale sia entro i confini dell'UE sia al loro esterno; anche il regime giuridico sostanziale della successione *mortis causa* resterà, logicamente, invariato. In altre parole, si può affermare che il *de cuius* può circolare per tutta l'UE senza temere che la legge applicabile alla sua successione *mortis causa* cambi, né che

¹⁸ A. BONOMI, "Choice-of-Law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession. A First Glance at the Commission's Proposal", in *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing/Schulthess, La Haya/Zurich, 2010, pp. 157-172.

¹⁹ A. DAVÌ/A. ZANOBETTI, "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea", *CDT*, vol. 5-II, 2013 (www.uc3m.es/cdt).

determinate disposizioni testamentarie siano annullate in uno Stato membro piuttosto che in un altro. Grazie alla scelta effettuata dalla persona della cui eredità si tratta a favore della legge del proprio Paese di cittadinanza come *Lex Successionis*, la successione *mortis causa* si muove per l'UE fornita del proprio "statuto legale permanente".

- 7) Il processo di integrazione europea nel contesto di uno "spazio europeo di giustizia" non è facile. Durante le negoziazioni che condussero al Regolamento 650/2012 [successioni *mortis causa*], alcuni Stati membri, in particolari quelli di tradizione giuridica manciniana, non vedevano di buon occhio lo spostamento radicale dal criterio di collegamento "nazionalità" al criterio "residenza abituale". Ebbene, la *Professio Juris* a favore della legge nazionale del *de cuius* riportata all'art. 22.1 RES ha consentito di accelerare il processo d'integrazione europea sul piano del DIPr. Infatti, come ricordano A. Davì/A. Zanobetti, ha fatto sì che tali "Stati membri manciniani" superassero le proprie remore e partecipassero in modo decisivo al Regolamento 650/2012 [successioni *mortis causa*]²⁰.
- 8) Come ha fatto notare M. Guzmán Zapater, il legislatore europeo nella regolazione della successione *mortis causa* ha messo l'accento sul suo carattere eminentemente patrimoniale²¹. In realtà, in una successione *mortis causa*, pur fatte salve certe connotazioni personali e familiari, ciò che realmente conta sono i diritti patrimoniali, gli attivi e i debiti. È dunque logico, come infatti è avvenuto, che il legislatore europeo abbia deciso di aprire il campo della successione *mortis causa* alla scelta di legge da parte della persona della cui eredità si tratta. Così come in un contratto sinallagmatico o in una donazione, ovvero meccanismi legali di disposizione e alienazione di beni, anche in una successione per causa di morte il proprietario dispone liberamente dei propri beni. Il *de cuius* dispone, *mortis causa*, del proprio patrimonio. La regolazione giuridica della successione per causa di morte affonda le proprie radici nell'ordinazione legale del patrimonio del *de cuius* quando questi cessa di essere un soggetto di diritto.

Tale collegamento (= Legge nazionale del *de cuius* da lui scelta per disciplinare la sua successione per causa di morte) è comunemente noto come "*Professio Juris*" o "*Professio Juris* successoria". Tuttavia, tale equiparazione, come ha giustamente puntualizzato P. de Cesari, non è corretta²². L'espressione "*Professio Juris*" è impiegata in Europa a partire dal Medio Evo ed in origine faceva riferimento ad un

²⁰ A. DAVÌ/A. ZANOBETTI, "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea", *CDT*, vol. 5-II, 2013 (www.uc3m.es/cdt).

²¹ M. GUZMÁN ZAPATER, "Sobre el futuro de las sucesiones internacionales en la Unión Europea", *El Notario del siglo XXI*, n° 31, mayo-junio 2010, in <http://www.elnotario.com/>.

²² P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam 2001, pp. 65-120.

fenomeno diverso. La *Professio Juris*, infatti, si impone tra il V e l'IX secolo, quando in Europa occidentale predominava il sistema della cosiddetta "personalità delle leggi" (= ogni soggetto si attiene al diritto del gruppo socio-politico a cui appartiene o da cui proviene o è originario). A quell'epoca la *Professio Juris* consisteva in una dichiarazione di appartenenza da parte dell'interessato alla sua "Legge di origine" (= Legge del suo popolo/società/regno o repubblica di origine). In un primo stadio, la *Professio Juris* è un mero "atto di notorietà" mediante il quale la persona dichiara a quale "popolo" appartiene (= professa quale è il "suo popolo" e, pertanto, il "suo diritto"). In seguito, come spiega la dottrina, si applica il diritto corrispondente a tale comunità sociale (= "il suo diritto", "la sua legge personale")²³. Il sistema rispondeva ad una chiara logica medievale. Ogni persona, così come professava una religione, professava anche un diritto: entrambe le questioni sono intimamente legate alla sfera di ogni individuo, come fa notare J.-M. Fontanellas Morell²⁴. Per questo la "*Professio Juris*" è anche nota come "*déclaration de nationalité*", come segnala A. Bonomi²⁵. Tuttavia, la *Professio Juris* fu presto impiegata in modo fraudolento; gli individui, infatti, sceglievano la legge più favorevole ai loro

²³ J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 52-56; J.D. GONZALEZ CAMPOS, "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative", *RCADI*, 1977-III, t.156, pp. 227-376, spec. pp. 250-260; H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946, pp. 9-11; F.K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht/Boston/Londres, 1993, pp. 6-10; E.J. MEIJERS, "L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen Âge spécialement dans l'Europe occidentale", *RCADI*, 1934, vol.49, pp. 543-686, spec. pp. 543-580; A.E. VON OVERBECK, "La *Professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé", *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol. II, Gent, 1965, pp. 1085-1112; A. CURTI GIALDINO, "La volonté des parties en droit international privé", *RCADI*, 1972, vol.137, pp. 743-914, spec. pp. 850-854; F. SCHWIND, "Die Rechtswahl im IPR-Gesetz und nach der resolution des Institut de droit international von 1991", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1992, pp. 101-108; F. SCHWIND, "Aspects et sens du droit international privé", *RCADI*, 1984, vol.187, pp. 9-144, esp. 72-75; G. BARILE, "La fonction historique du droit international privé", *RCADI*, vol.116, 1965, pp. 305-381, spec. pp. 305-381; M. GUTZWILLER, "Le développement historique du droit international privé", *RCADI*, vol.29, 1929, pp. 287-400, spec. pp. 287-299; S.L. GUTERMAN, "The Principle of the Personality of Law in the Early Middle Ages, A Chapter in the Evolution of Western Legal Institutions and Ideas", *Univ. Miami Law Review*, 21, 1966/67, pp. 259-348; L. STOUFF, "Il principio della personalità delle leggi dalle invasioni barbariche al secolo XII", *DI*, 21, I, 1967, pp. 80-134; F. STURM, "Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?", *JDI Clunet*, 106, 1979, pp. 259-273; H.E. YNTEMA, "The Historic Bases of Private International Law", *AJCL*, 2, 1953, pp. 297-317; CH. ROCHAT, *La dislocation du statut personnel. Étude de droit international privé*, Lausanne, 1986, pp. 21-35.

²⁴ J.-M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, M.Pons, Madrid, 2010, pp. 29-55.

²⁵ A. BONOMI, "Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 241-272.

interessi e risultava difficile verificare a che popolo o comunità socio-politica appartenesse effettivamente il soggetto. In un secondo momento, e con il mischiarsi dei popoli barbari invasori con il popolo romano, la *Professio Juris* diventa un vero e proprio "atto di opzione" tra leggi (A.E.v. Overbeck)²⁶. In altre parole, si permette all'individuo di "decidere" a che comunità politica si considera legato, a che popolo appartiene, come esposto da E.M. Meijers²⁷.

Certi autori, come M. Goré, hanno sottolineato che la scelta della legge regolatrice della successione a causa di morte da parte della persona della cui eredità si tratta è sempre stata vista con grande sfiducia, perché gli permette di "sfuggire" alle norme imperative dello Stato di cui è cittadino o dove ha la residenza abituale che stabiliscono quote ereditarie, riserve o legittime che devono obbligatoriamente essere destinate a certi familiari del *de cuius*²⁸. La scelta di legge, infatti, come mette in rilievo A. Bonomi, presuppone la scelta da parte della persona della cui successione si tratta del "quadro legale statale" globale della successione *mortis causa*²⁹. In fondo il *de cuius* sta disponendo del suo patrimonio scegliendo la legge che regolerà sua successione. Egli è libero di scegliere la sua legge nazionale come *Lex Successionis* o di non sceglierla. Detto questo, bisogna richiamare l'attenzione su alcuni aspetti.

- 1) In caso che il *de cuius* decida di scegliere la propria legge nazionale come legge applicabile alla sua successione *mortis causa*, il Regolamento 650/2012 non stabilisce alcuna protezione specifica per gli eventuali legittimari, mentre altri sistemi di DIPr. hanno invece seguito la direzione opposta, come ad esempio, l'art. 46.2 legge italiana 218/1995: *"Il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede. La scelta non ha effetto se al momento della morte il dichiarante non risiedeva più in tale Stato. Nell'ipotesi di successione di un cittadino italiano, la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui*

²⁶ A.E. VON OVERBECK, "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 1993, pp. 619-636; ID., "La *Professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé", *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II. Gent, 1965, pp. 1085-1112; ID., "La théorie des règles de conflit facultatives et l'autonomie de la volonté", *Festschrift für F.Vischer zum 60.Geburstag*, Zurich, 1983, pp. 257-262.

²⁷ E.J. MEIJERS, "L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen Âge spécialement dans l'Europe occidentale", *RCADI*, 1934, vol.49, pp. 543-686.

²⁸ M. GORE, *L'administration des successions en droit international privé français*, Paris, 1994, pp. 33-35.

²⁹ A. BONOMI, "Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 241-272.

successione si tratta". Come avverte A. Bonomi, la differenza di criterio di politica legislativa è radicale³⁰.

- 2) Questo significa, segnala H. Hanisch, che il *de cuius* può scegliere tra la "lista di legittimari" prevista dalla legge del suo Paese di residenza o dalla legge del Paese di cui è cittadino³¹. È perfettamente possibile e naturale che il *de cuius* scelga la legge del Paese di cui è cittadino e che tale legge non preveda legittimari. È quello che succede se, ad esempio, un soggetto inglese che risiede in Spagna decide di scegliere come legge applicabile alla propria successione la legge del suo Paese di origine. I figli del soggetto della cui eredità si tratta, che potrebbero anche essere spagnoli e risiedere in Spagna, non saranno legittimari e il *de cuius* potrà disporre con piena libertà del destino successorio del suo patrimonio. Nel diritto inglese, infatti, i figli non sono legittimari e il *de cuius* dispone di una libertà praticamente totale di testare senza essere soggetto a legittime. Considerazioni simili possono essere fatte riguardo al diritto della maggior parte degli States degli USA. Il fatto che esistano possibili legittimari nella legge dello Stato dove risiede il soggetto della cui eredità si tratta è totalmente irrilevante se egli aveva scelto di organizzare la propria successione *mortis causa* conformemente alla legge del Paese di cui è cittadino (art. 22.1 RES).
- 3) Un meccanismo di protezione legale dei legittimari e simili che riducesse gli effetti giuridici della libera scelta del *de cuius* a favore della propria legge nazionale andrebbe a scapito dei vantaggi operativi del criterio di collegamento "scelta di legge". Come segnala A. Bonomi, infatti, ciò porterebbe ad applicare la legge scelta come regola generale all'intera successione, ma con alcune eccezioni: bisognerebbe ammettere l'applicazione di altre leggi statali per proteggere i (presunti) legittimari o certi patrimoni. Questa "scissione funzionale" della legge applicabile alla successione *mortis causa* debiliterebbe fortemente i vantaggi della scelta di legge. Non vi sarebbe più un'unica legge regolatrice della successione, di modo che la prevedibilità del diritto applicabile e la stabilità giuridica della successione a causa di morte internazionale risulterebbero inevitabilmente danneggiate. L'approccio liberale o dinamico (= la libera circolazione di persone, la libera disposizione del proprio patrimonio) si è imposto sull'approccio statico (= la protezione dei legittimari e la preservazione dei patrimoni vincolati).
- 4) L'ordine pubblico internazionale non deve intervenire per rifiutare l'applicazione di leggi che non prevedano la legittima o simili o che la regolino in modo poco generoso. La regola prevalente di designazione della legge

³⁰ A. BONOMI, "Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen?", *TCFDIP*, 2008-2010, pp. 263-292.

³¹ H. HANISCH, "Professio juris, réserve légale und Pflichtteil", *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, Payot, 1985, p. 473-488.

applicabile alla successione *mortis causa* (= possibilità di scegliere la legge applicabile alla successione *mortis causa*) deve essere interpretata in modo espansivo, perché solo così si assicura che la libera circolazione delle persone sia implementata in modo corretto; libera circolazione che costituisce un diritto soggettivo fondamentale dei cittadini dell'UE (art. 21 TFUE). Quando un soggetto dispone di un diritto di libera scelta di legge e lo esercita, non si può presumere né affermare senz'altro che l'esercizio di tale diritto sia "abusivo" o "fraudolento". Il cittadino che esercita un diritto non ne abusa (*qui jure suo utitur neminem laedit*). Il soggetto della cui successione si tratta che, in forza dell'art. 22.1 RES, sceglie la propria legge nazionale per regolare la propria successione *mortis causa* non abusa del sistema legale né del suo diritto: si limita ad esercitarlo.

Sul piano dei precedenti normativi e dottrinali dell'autonomia conflittuale nel settore successorio è conveniente sottolineare alcuni punti³²:

³² Sulla "*professio juris*" nel settore successorio internazionale c'è una vasta letteratura. Come riferimenti fondamentali, fra gli altri si vedano: R. BIRK, "Arts. 25-248", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. X, *Einführungsgesetz*, 5^a ed., München, 2010; A. BONOMI, "La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisse", *RSDE*, 1996, pp. 479-504; A. BONOMI/J. BERTHOLET, "La professio juris en droit international privé suisse et comparé", *Mélanges de l'Association des Notaires Vaudois*, Zurich, Schulthess, 2005, pp. 355-380; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam 2001; H. DÖLLE, "Die Rechtswahl im Internationalen Erbrecht", *RabelsZ*, 1966, p. 205 ss.; H. DÖRNER, "Internationales Erbrecht, Art. 25, 26 EGBGB", in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum BGB, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2007; O. FERACI, "L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea", *RDI*, 2013, n.2, pp. 424-491; K. FIRSCHING, "Zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts", in G. BEITZKE(éd.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des Deutschen Internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts*, Tübingen, Mohr 1981, p. 213 ss.; J.-M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, M.Pons, Madrid, 2010; H. HANISCH, "Professio juris, réserve légale et Pflichtteil", *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, Payot 1985, p. 473 ss.; G. HOHLOCH, *Art. 25 EGBGB*, in ERMAN/WESTERMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12^a ed., 2008, p. 6184, n. 17; Landgericht Frankfurt a. M. 29 luglio 1997, *IPRechtssprechung 1997*, p. 233 ss.; K.P. HOTZ, *Die Rechtswahl im Erbrecht*, Zurich, Schulthess 1969; E. JAYME, "Party Autonomy in Internationale Family and Succession Law", *YPIL*, 2009, pp. 1-21; G. KÜHNE, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld, Giesecking, 1973; G. KÜHNE, "Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht", *Juristenzeitung*, 1973, p. 403 ss.; P. LALIVE, "Un anachronisme en droit international privé? (L'ATF Hirsch c. Cohen revisited)", *Mélanges A. Hirsch*, Genève, Slatkine 2004, p. 443 ss.; S. LINDE-RUDOLF, *Probleme einer Parteiautonomie im deutschen internationalen Erbrecht (unter Heranziehung des schweizerischen und österreichischen Rechts)*, Schäuble Verlag, Rheinfelden, 1988; C.I. NAGY, "What functions may party autonomy be in international family and succession law? A EU Perspective", *NIP*, 2012, num. 4, pp. 576 ss.; P. DE PREUX, *La*

- 1) Come spiega brillantemente J.-M. Fontanellas Morell, il primo ad ammettere inequivocabilmente la *Professio Juris* in relazione alla successione a causa di morte è stato il DIPr. Svizzero (art. 22 della legge 25 giugno 1891 [*Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*])³³. Bisogna fare presente che si trattava di una "soluzione di compromesso" nello stabilire la legislazione applicabile ai conflitti di leggi tra i diversi cantoni svizzeri. Infatti, mentre il Consiglio Federale Svizzero e il Consiglio Nazionale Svizzero sostenevano che la successione *mortis causa* doveva essere sottoposta alla legislazione del cantone di residenza della persona della cui successione si trattasse, il Consiglio di Stato Svizzero insisteva sull'applicazione della legge del "cantone d'origine del *de cuius*". Si arrivò ad una soluzione intermedia con una "facoltà di opzione di legge", di modo che la successione a causa di morte era sottoposta alla legge del cantone del domicilio del *de cuius*, ma questi poteva dichiarare che desiderava che fosse invece sottoposta al diritto del suo cantone di origine. Questa regola fu presto applicata anche ai conflitti di leggi internazionali. Da allora, questo criterio di collegamento ha operato in modo corretto e è stato garanzia di certezza giuridica. Per questo motivo non deve sorprendere il fatto che nel Regolamento 650/2012 [successioni *mortis causa*] la scelta di legge successoria da parte del *de cuius* sia il primo criterio di collegamento per designare la legge regolatrice della successione *mortis causa*. Il DIPr. dell'UE deve molto al DIPr. svizzero, da cui ha tratto questa soluzione, come anche a suo tempo la tesi della prestazione caratteristica nel settore dei contratti internazionali (*vid.* art. 4.2 RR-I).
- 2) Si tratta di un criterio di collegamento ampiamente appoggiato dalla dottrina individuale e collettiva, già da anni, come dimostrano il lavoro di S. Linde-Rudolf e quello, ormai classico, di H. Dölle³⁴. In questo modo sia l'Unione

professio juris, Lausanne, Impr. Arts et Métiers, 1981; T. RAUSCHER, "Erbstatutswahl im deutsch-italienischen Rechtsverkehr (OLG Frankfurt a.M., S. 69)", *IPRax*, 2014-1, pp. 51-53; A. ROTH (HRSG.), *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2013; F. STURM, "Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht", in *Recht und Rechtserkenntnis, Festschrift Ernst Wolf*, Köln, 1985, pp. 637-658; ID., "Ineiandergreifen von IPR und Staatsangehörigkeit", in *Festschrift für Günther Jahr zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1993, pp. 497-516; A. TIEDEMANN, "Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Erbrecht", *RabelsZ*, 1991, p. 27 ss.; A.E. VON OVERBECK, "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 1993, pp. 619-636; A.E. V. OVERBECK, "La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé", *Liber amicorum B.L. Fredericq*, Gent, 1965, vol. II, pp. 1085-1112.

³³ J.-M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, M.Pons, Madrid, 2010, pp. 137-173.

³⁴ S. LINDE-RUDOLF, Probleme einer Partiautonomie im deutschen internationalen Erbrecht (unter Heranziehung des schweizerischen und österreichischen Rechts),

Internazionale del Notariato Latino che l'Istituto di Diritto Internazionale (sessioni di Nizza 1967 e Il Cairo 1987), si erano pronunciate a favore di concedere al *de cuius*, in giusta misura, la possibilità di sottoporre la propria successione *mortis causa* alla legge del Paese di cui è cittadino o in cui risiede. Numerosi studiosi avevano approvato l'estensione dell'autonomia della volontà del *de cuius* al settore successorio. Va sottolineato che questo criterio di collegamento era già stato sostenuto dall'Istituto Notarile tedesco nel già citato studio redatto dai professori Heinrich Dörner e Paul Lagarde su incarico della Commissione dell'UE, di gran peso nell'elaborazione del Regolamento 650/2012 [successioni *mortis causa*]³⁵.

- 3) In tempi recenti, la possibilità per la persona della cui eredità si tratta di scegliere, entro certi limiti, la *Lex Successionis*, era già stata espressamente accolta da vari legislatori europei, come hanno fatto notare A. Bonomi/J. Bertholet: (a) L'art. 90 Legge svizzera di DIPr. del 18 dicembre 1987, infatti, dispone: "1. *Letzter Wohnsitz in der Schweiz*] 1. *Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz in der Schweiz untersteht schweizerischem Recht.* | 2. *Ein Ausländer kann jedoch durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag den Nachlass einem seiner Heimatrechte unterstellen. Diese Unterstellung fällt dahin, wenn er im Zeitpunkt des Todes diesem Staat nicht mehr angehört hat oder wenn er Schweizer Bürger geworden ist*"; (b) In DIPr. italiano, l'art. 46 legge 218/1995 indica: "1. *La successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte.* 2. *Il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede. La scelta non ha effetto se al momento della morte il dichiarante non risiedeva più in tale Stato. Nell'ipotesi di successione di un cittadino italiano, la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta*"; (c) L'art. 25.2 EGBGB tedesco precisa: "*Der Erblasser kann für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen in der Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen*"³⁶. In tempi ancora più recenti, anche il DIPr. olandese (1996) e belga (2004) hanno accolto la

Schäuble Verlag, Rheinfelden, 1988, pp. 75-88; H. DÖLLE, "Die Rechtswahl im Internationalen Erbrecht", *RebelsZ*, 1966, p. 205-222.

³⁵ H. DÖRNER/P. LAGARDE (coord.), *Étude de Droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne (Rapport final: synthèse et conclusions)*, Deutsches Notarial Institut, Würzburg, 2002. *Vid.* Anche H. DÖRNER/CH. HERTEL/P. LAGARDE/W. RIERING, "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", *IPRax*, 2005-1, pp. 2-9.

³⁶ A. BONOMI/J. BERTHOLET, "La professio juris en droit international privé suisse et comparé", *Mélanges de l'Association des Notaires Vaudois*, Zurich, Schulthess, 2005, pp. 355-380.

possibilità per il testatore di scegliere la legge per regolare la propria successione *mortis causa* con formule diverse.

- 4) Allo stesso modo, è anche stato decisivo il fatto che la Convenzione dell'Aia sulla legge applicabile alle successioni per causa di morte del 1 agosto 1989 –non in vigore– accogliesse questo criterio di collegamento fondato sull'autonomia della volontà della persona della cui eredità si tratta (art. 5: "*Chiunque potrà designare la legge di un dato Stato per disciplinare la totalità della sua successione. La designazione avrà effetto solo se, al momento della stessa o della sua morte la persona della cui eredità si tratta fosse cittadino di tale Stato o vi risiedesse abitualmente.* | 2. *La succitata designazione sarà espressa in una dichiarazione che riunisca i requisiti formali delle disposizioni per causa di morte. L'esistenza e la validità sostanziali dell'atto di designazione saranno regolati dalla legge scelta. Quando in forza di tale legge la designazione non sia valida, la legge applicabile alla successione sarà determinata da quanto disposto all'articolo 3.* | 3. *La revocazione da parte dell'autore di una designazione di tale indole dovrà riunire i requisiti formali applicabili alla revocazione delle disposizioni per causa di morte.* | 4. *Agli effetti del presente articolo si considererà che, in mancanza della disposizione espressa in senso contrario del defunto, la designazione della legge applicabile interessa l'intera successione, sia che il defunto sia morto intestato, sia che abbia disposto per testamento di una parte o di tutti i suoi beni*"). L'art. 22.1 RES deriva e si ispira direttamente a questo precetto (art. 5 della Convenzione dell'Aia sulla legge applicabile alle successioni per causa di morte 1 agosto 1989).

3. Riflessioni conclusive

La spiegazione del perché il Regolamento Successorio Europeo abbia dato luogo alla *professio juris* come primo criterio di collegamento e in modo così ampio, non è simbolica, ma fenomenologica. Ciò che è davvero importante osservare, infatti, sono il fine e il significato della *professio juris* nel contesto del Regolamento Successorio Europeo.

Il fine è chiaro: la *professio juris* della persona della cui eredità si tratta a favore del suo ordinamento nazionale le permette una semplice e corretta organizzazione legale della sua successione, fatto che agevola la libera circolazione delle persone, della ricchezza, del denaro e dei patrimoni per tutta l'Unione Europea. La *professio juris* della persona della cui eredità si tratta a favore dell'ordinamento di cui ha la cittadinanza conferisce certezza giuridica alla successione per causa di morte internazionale.

A loro volta, la certezza giuridica e la stabilità legale sono i presupposti della libera circolazione delle situazioni giuridiche, delle persone e dei beni in un contesto internazionale. L'*estate planning* del *de cuius* allo stato attuale delle cose è perfettamente possibile, e ciò interesserà, come hanno sottolineato A. Ybarra Bores

e A. Lara Aguado, non solo i cittadini europei, ma tutti coloro che si muovono nello spazio europeo di giustizia³⁷. Alla base del successo della *professio juris* nello schema conflittuale del regolamento successorio europeo sta l'idea forte e squisitamente europea della "libera circolazione", indicano A. Zanobetti Pagnetti/A. Davì³⁸.

È addirittura possibile, e doveroso, andare oltre l'idea europea della libera circolazione, e muoversi verso due meta-idee. In primo luogo la libera circolazione di persone, attivi patrimoniali, ricchezza e denaro fomenterà, come mettono in rilievo C. Kern/D. Glüker, un'accelerazione solida, progressiva e avanzata del processo d'integrazione europea nel contesto di uno "spazio europeo di giustizia"³⁹. In secondo luogo, ricorda K. Siehr, la *professio juris* successoria avvicinerà gli Stati membri tra loro e soprattutto, eliminando differenze secolari tra i sistemi nazionali di Diritto internazionale privato successorio, avvicinerà tra loro i cittadini che abitano nell'UE⁴⁰.

³⁷ A. YBARRA BORES, "La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas", *CDT*, 2015, pp. 226-254; A. LARA AGUADO, "Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos", *REEI*, 2014, pp. 61.

³⁸ A. ZANOBETTI PAGNETTI/A. DAVÌ, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Ed. Giappichelli, Torino, 2014, pp. 31-33.

³⁹ C. KERN/D. GLÜKER, "Das neue Europäische Erbstatut und seine Aufnahme in der deutschen Literatur", *RabelsZ*, 2014-1, pp. 294-314.

⁴⁰ K. SIEHR, "Foreign Certificate of Succession for Estate in Germany?", *IPRax*, 2013-III, pp. 241-245.

Bibliografia

Oltre alle opere già citate, possono utilmente essere consultati sullo stesso argomento di questo saggio i seguenti lavori:

- BAUER, F., “Artikel 22”, en *Internationales Erbrecht: EuErbVO, Erbrechtliche Staatsverträge, EGBGB, IntErbRVG, IntErbStR, IntSchenkungsR*, C.H.Beck, 2016, pp. 167-173;
- BONOMI, A., “Article 22”, en A. Bonomi/P. Wautelet, *Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., avec la collaboration d’I. PRETELLI et A. ÖZTÜRK, Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 321-361;
- CASTELLANOS RUIZ, E., “Article 22”, en A.-L. Calvo Caravaca/A. Davì/H.-P. Mansel (Ed.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 2016, pp. 323-350;
- M. SCHAUER, “Art 22”, en A. Deixler-Hübner/M. Schauer (Hrsg.), *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, MANZ’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2015, pp. 182-196.

Aux confins du principe européen de non-discrimination – le cas des œuvres des arts appliqués

Table des matières

1.	Introduction	155
2.	Aspects de droit international privé de la propriété intellectuelle	156
2.1.	La Convention de Berne et le droit international privé	156
2.2.	La Convention de Berne et les œuvres des arts appliqués	157
2.3.	Le droit américain des œuvres des arts appliqués	160
3.	Aspects du droit de l'Union européenne	162
3.1.	Le principe européen de non-discrimination et l'arrêt <i>Tod's</i>	162
3.2.	Le champ d'application temporel du principe européen de non-discrimination	164
3.3.	Le champ d'application personnel du principe européen de non-discrimination	166
4.	Conclusion	171
	Bibliographie	171

1. Introduction

Tito Ballarino fut, dans les années 1990, mon professeur de droit communautaire (comme on disait à l'époque), en même temps que mon professeur de droit international privé. J'étudiais alors pendant quelques mois à l'Université de Padoue, suivant également un enseignement de droit comparé. Les facéties de la vie voulurent que je donne moi-même un cours, en 2015, à Urbino, autre université chère à Tito Ballarino, sur un sujet qui mêlait ces trois aspects. Ce cours sert de base à cette très modeste contribution, marque de gratitude envers un professeur dont le savoir, la culture et l'humanité étaient immenses.

C'est par une consultation, liée à un procès alors pendant devant le Tribunal de grande instance de Paris¹, que j'en vins à étudier de plus près l'impact de

* Professeur à l'Université Paris Est Créteil (Paris XII).

¹ Le jugement a été rendu le 16.01.2015 (RG n° 13/07066). Il est frappé d'appel sur d'autres points.

l'interdiction faite aux États membres de l'Union européenne de pratiquer des discriminations fondées sur la nationalité. À quelle date fallait-il se placer pour décider si ce principe pouvait se déployer? Qui pouvait se prévaloir de l'interdiction de discriminer? Le bénéfice de la non-discrimination pouvait-il être transmis à un tiers? Toutes ces questions générales surgirent dans un contexte très particulier, celui de la propriété intellectuelle, où se mêlaient la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques² et le droit américain du *copyright*. Le litige opposait, en le simplifiant, une société américaine, qui se prétendait titulaire de droits sur la célèbre chaise *Tulip*, créée aux États-Unis par l'architecte et designer Eero Saarinen au milieu des années 1950, à une société italienne, fabricant des chaises identiques et en ayant livré plusieurs sur le territoire français. À première vue, l'affaire était assez banale car les litiges entre les éditeurs américains d'œuvres du *design* des années 1940 et 1950 et des fabricants européens (souvent italiens) ne sont pas rares³. Toutefois, elle a mis en lumière des aspects de droit international privé (2) et de droit de l'Union européenne (3), dont l'articulation n'était pas évidente, ce que Tito Ballarino avait pu très tôt envisager⁴.

2. Aspects de droit international privé de la propriété intellectuelle

2.1. La Convention de Berne et le droit international privé

La Convention de Berne⁵ est un instrument fondateur du droit international privé, au sens large, de la propriété intellectuelle⁶. Elle a beaucoup œuvré pour l'amélioration de la condition de l'auteur étranger, en posant le principe de l'assimilation de l'auteur ressortissant d'un État unioniste (*i.e.* membre de l'Union que la Convention a instituée) au national d'un second État unioniste, pour le territoire duquel il réclame protection des droits sur son œuvre. La Convention opère également en droit international privé en réduisant le risque d'un «vrai» conflit de lois, en ce qu'elle énonce une série de règles matérielles auxquelles les États unionistes doivent se conformer au minimum.

La question de savoir si la Convention de Berne comporte aussi des règles de conflit de lois, au sens le plus technique du terme, est plus discutée. L'analyse généralement retenue en France est que certaines dispositions ne constituent pas un

² Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 09.09.1886, plusieurs fois complétée et modifiée. En 2017, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle recense 185 États directement liés par la Convention (Acte de Paris, 1971). Parmi eux: l'Italie, la France, la Finlande et les États-Unis d'Amérique.

³ LEFRANC, Protection en Europe du *design* américain, p. 34.

⁴ BALLARINO, CEE e diritto internazionale privato, p. 1.

⁵ RICKETSON & GINSBURG, International copyrights and neighbouring rights.

⁶ FAWCETT & TORREMAN, Intellectual property and private international law.

simple prolongement de la règle du traitement national (ou des exceptions à celui-ci). Il en va ainsi, notamment, de l'article 5§2 en ce qu'il prévoit qu' «(...)», en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée». Selon la Cour de cassation française, l'article 5§2 énonce une règle de conflit de lois faisant régir l'exercice du droit d'auteur⁷, ainsi que l'existence du droit d'auteur et sa titularité initiale⁸, par la loi du pays dans lequel les agissements incriminés ont été commis ou sont dirigés. Cette interprétation incarne ainsi une vision très territorialiste du droit d'auteur, les droits sur une même œuvre pouvant être conçus et exercés différemment (au-delà ou en dehors du minimum conventionnel) d'un État à l'autre⁹.

2.2. La Convention de Berne et les œuvres des arts appliqués

Dans l'affaire relative à la chaise *Tulip*, tous les plaideurs convenaient que la Convention de Berne avait vocation à s'appliquer. *Ratione personae*, le créateur de la chaise *Tulip* était ressortissant d'un État unioniste¹⁰ et peut-être même de deux États unionistes: né en 1910 sujet du Grand-Duché de Finlande, Eero Saarinen était devenu citoyen américain en 1940. *Ratione loci*, la situation litigieuse revêtait une dimension intra-unioniste. En effet, d'une part, l'œuvre avait été «publiée» pour la première fois, au sens de la Convention, dans un État unioniste, les États-Unis d'Amérique, ce qui faisait de ceux-ci son «pays d'origine»¹¹. D'autre part, la société américaine demanderesse, qui se prétendait ayant droit d'Eero Saarinen, agissait en contrefaçon en critiquant des actes commis dans un autre pays unioniste, la France. *Ratione temporis*, la Convention s'appliquait à une œuvre qui ne se trouvait pas dans le domaine public aux États-Unis du seul fait de «l'expiration de la durée de protection» lorsque le texte y était entré en vigueur¹². *Last but not least*, la Convention de Berne concevant très largement les «œuvres de l'esprit», la chaise *Tulip* n'avait aucune difficulté à se ranger sous cette qualification.

Œuvre de l'esprit créatif d'Eero Saarinen, la chaise *Tulip* est aussi une de ces «œuvres des arts appliqués» auxquelles l'article 2§7 de la Convention fait une place

⁷ Cass. 1^{re} civ., 05.03.2002, n° 99-20.755 et 12.07.2012, n° 11-15.165 et 11-15.188.

⁸ Cass. 1^{re} civ., 10.04.2013, n° 11-12.508, n° 11-12.509 et n° 11-12.510 (3 arrêts).

⁹ Rappr. loi italienne n° 218, 31.05.1995, art. 54: *I diritti su beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione.*

¹⁰ Convention de Berne, art. 3§1.

¹¹ Convention de Berne, art. 5§4.

¹² Convention de Berne, art. 18§1.

à part¹³. Au regard de ces créations qui ont une utilité pratique (luminaires, assiettes, chaussures, bijoux, tissus, vêtements, meubles...), il est pris acte du fait que tous les pays ne les considèrent de la même manière. Certains pays, au premier rang desquels se trouve la France, retiennent que toute création originale doit être protégée par le droit d'auteur, peu important qu'il s'agisse d'une «pure» création artistique ou qu'elle soit dotée d'une utilité pratique. C'est la théorie de l'unité de l'art, qui repose sur l'idée qu'il est impossible de tracer une frontière claire et sûre entre les œuvres à l'état pur et les autres. D'autres pays, comme les États-Unis, ont pour principe que la propriété littéraire et artistique ne doit pas s'appliquer aux œuvres à vocation utilitaire¹⁴, sauf à pouvoir en séparer un élément artistique. L'Italie, par sa loi n° 633 du 22 avril 1941 sur le droit d'auteur, quant à elle, n'admettait au titre du droit d'auteur les œuvres des arts appliqués qu'à la condition que «*il loro valore artistico sia scindibile dal carattere industriale del prodotto al quale sono associate*» (art. 2§4). La directive communautaire n° 98/71/CE du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles, qui pose le principe du cumul de protection, par la propriété industrielle et le droit d'auteur, ne fait pas basculer l'Italie complètement dans le camp des partisans de l'unité de l'art, en ce sens que les États membres sont libres de fixer les conditions de la protection par le droit d'auteur, «y compris le degré d'originalité requis» (art. 17). Actuellement, la loi du 22 avril 1941, modifiée, étend la protection du droit d'auteur aux «*opere del disegno industriale che presentino di per se' carattere creativo e valore artistico*» (art. 2§10), ce qui ne garantit pas une protection générale des œuvres des arts appliqués par le droit d'auteur¹⁵.

Très concrètement, cela signifie que, dans les pays partisans de la théorie de l'unité de l'art, une œuvre des arts appliqués peut être protégée en tant qu'œuvre de l'esprit, sans dépôt ou enregistrement, ou bien en tant que dessin ou modèle, après les démarches requises auprès d'un organisme national. La théorie de l'unité de l'art conduit ainsi à un cumul de protection, en ce sens que, si un droit de propriété industrielle n'a pas été ménagé sur la création ou si ce droit s'est éteint, l'œuvre des arts appliqués reste protégée sur le terrain du droit d'auteur. Évidemment, il ne peut en être ainsi dans les pays qui considèrent qu'une œuvre des arts appliqués ne peut être protégée que par la propriété industrielle: si le créateur n'a pas veillé au dépôt ou à l'enregistrement de sa création, il ne peut aller chercher une quelconque protection sur le terrain du droit d'auteur.

¹³ Pour une présentation détaillée du sujet et des difficultés qu'il souleva lors des révisions de la Convention de Berne, RICKETSON & GINSBURG, *International copyrights and neighbouring rights*, n° 8.59 ss.

¹⁴ 17 U.S. Code §101.

¹⁵ MARZANO, Une protection mal conçue pour un produit bien conçu: l'Italie et sa protection des dessins et modèles industriels par le droit d'auteur, p. 118.

Or, même si les négociateurs n'ont pas ménagé leurs efforts en ce sens au fil des révisions de la Convention de Berne, aucune harmonisation matérielle du droit des œuvres des arts appliqués n'a pu être réalisée. L'article 2§7 s'efforce donc d'articuler le mieux possible les points de vue divergents des États unionistes. Il reconnaît d'abord qu' «il est réservé aux législations des pays de l'Union de régler le champ d'application des lois concernant les œuvres des arts appliqués et les dessins et modèles industriels, ainsi que les conditions de protection de ces œuvres, dessins et modèles, compte tenu des dispositions de l'article 7§4 [sur la durée de la protection] de la présente Convention». Puis il prévoit que «pour les œuvres protégées uniquement comme dessins et modèles dans le pays d'origine, il ne peut être réclamé dans un autre pays de l'Union que la protection spéciale accordée dans ce pays aux dessins et modèles»¹⁶. Aussi, si une œuvre des arts appliqués a pour pays d'origine un État qui exclut sa protection par le droit d'auteur, aucune protection ne peut être obtenue dans les autres États unionistes sur le fondement du droit d'auteur. Il fallait s'y protéger en déposant, en temps opportun, un dessin ou un modèle. La Convention refuse en conséquence d'imposer pour l'art appliqué d'origine étrangère le cumul de protection, alors même qu'il est prévu par le droit national de l'État unioniste pour son art appliqué local. Dans ces circonstances, la loi du pays d'origine d'une œuvre relevant des arts appliqués se trouve ainsi investie d'un droit de veto.

L'article 2§7 est fréquemment vu comme une règle réinstaurant une condition de réciprocité: la protection par le droit d'auteur n'est appliquée dans l'État B (pays unioniste où cette protection est réclamée et qui accepte de protéger l'art appliqué par le droit d'auteur) qu'à condition qu'une telle protection existe pour la même œuvre des arts appliqués dans l'État A (pays d'origine de l'œuvre)¹⁷. On peut aussi y voir une règle de conflit de lois qui, pour les conditions d'existence du droit d'auteur sur une œuvre des arts appliqués, s'en remet cumulativement à la loi du pays d'origine de l'œuvre et à la loi de son pays de protection. Toujours est-il que l'article 2§7 de la Convention de Berne déroge ainsi à l'article 5§2 tel qu'il est compris en France. Tandis que le droit d'auteur, dans cette interprétation de l'article 5§2, est envisagé dans une optique strictement territorialiste, pays par pays, l'article 2§7, propre aux œuvres des arts appliqués, s'aligne sur le point de vue de la loi du pays d'origine de l'œuvre lorsque cette loi refuse de protéger de telles œuvres au moyen du droit d'auteur. Ce refus formulé par la loi du pays d'origine de l'œuvre empêche alors que toute protection par le droit d'auteur puisse être réclamée pour un autre pays de l'Union de Berne.

¹⁶ Pour finir, l'article 2§7 envisage une protection subsidiaire: pour le cas où la protection des œuvres des arts appliqués n'est pas assurée par le droit de la propriété industrielle dans un autre pays de l'Union, ces œuvres y seront protégées par le droit d'auteur.

¹⁷ CJCE, 30.06.2005, aff. C-28/04, *Tod's Spa et Tod's France SARL c. Heyraud SA*, §33.

2.3. Le droit américain des œuvres des arts appliqués

Aux États-Unis, le droit fédéral du droit d'auteur exclut du bénéfice du *copyright* les *useful articles*¹⁸. Cette notion vise les objets qui sont dotés d'une finalité utilitaire intrinsèque: «a “useful article” is an article having an intrinsic utilitarian function that is not merely to portray the appearance of the article or to convey information. An article that is normally a part of a useful article is considered a “useful article”» (17 U.S. Code §101). La seule hypothèse où l'on puisse envisager une protection par le *copyright* est celle où «*the design of a useful article (...) incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article*». Cependant, même dans ce cas, c'est uniquement l'élément artistique, la partie qui relève de l'arbitraire du créateur pour ainsi dire, qui peut être protégée en tant que *copyright*.

L'affaire *Mazer v. Stein* donne une illustration assez évidente de la séparabilité¹⁹. Une statuette avait été incorporée à une lampe: la statuette pouvait être protégée par le *copyright*, le reste de la lampe ne le pouvait pas. Cependant, la séparabilité n'est pas toujours si facile à caractériser²⁰, en particulier quand le créateur a fait en sorte que la forme de l'objet qu'il a conçu épouse la fonction qu'il lui a donnée. Une décision américaine le constate en ces termes, à propos d'un porte-vélo (*rack*) formé d'un seul tube en acier dessinant une ondulation verticale, ce qui permet de glisser les vélos sous la partie haute du tube ou par-dessus sa partie basse et de les y attacher²¹: «*It is unnecessary to determine whether to the art world the RIBBON Rack properly would be considered an example of minimalist sculpture. The result under the copyright statute is not changed. Using the test we have adopted, it is not enough that, to paraphrase Judge Newman, the rack may stimulate in the mind of the reasonable observer a concept separate from the bicycle rack concept. While the RIBBON Rack may be worthy of admiration for its aesthetic qualities alone, it remains nonetheless the product of industrial design. Form and function are inextricably intertwined in the rack, its ultimate design being as much the result of utilitarian pressures as aesthetic choices. Indeed, the visually pleasing proportions and symmetry of the rack represent design changes made in response to functional concerns. Judging from the awards the rack has received, it would seem in fact that Brandir has achieved with the RIBBON Rack the highest goal of modern industrial design, that is, the harmonious fusion of function and aesthetics. Thus there remains no artistic element of the RIBBON*

¹⁸ Pour cette présentation, je suis ici redevable au Professeur Jane C. Ginsburg qui a exposé le contenu du droit américain dans une consultation sollicitée à l'occasion l'affaire *Tulip*. Les éventuelles erreurs relatives au droit américain ne seraient imputables qu'à une mauvaise compréhension de ma part.

¹⁹ 347 U.S. 201, 74 S. Ct 460 (1954)

²⁰ Cf., en dernier lieu, 580 U.S. ___ (2017), décision de la Cour suprême du 22 mars 2017, No. 15-866, *Star Athletica, L.L.C. v. Varsity Brands, Inc., et al.*

²¹ 834 F.2d 1142 (2d Cir. 1987), *Brandir International, Inc. v. Cascade Pacific Lumber Co.*

Rack that can be identified as separate and "capable of existing independently, of, the utilitarian aspects of the article"».

Si quelqu'un d'autre a atteint «le but le plus élevé du design industriel moderne, à savoir la fusion harmonieuse de la fonction et de l'esthétique», c'est bien Eero Saarinen. Saarinen était l'héritier du mouvement architectural fonctionnaliste, apparu dans les années 1930 et 1940, souvent résumé par la formule frappante *form follows function* évoquée dans la décision américaine citée ci-dessus. En outre, avec Charles Eames, il s'était intéressé à l'idée d'un *Organic Design*²², point de rencontre des besoins morphologiques et des possibilités techniques. En tant que fonctionnaliste, Saarinen justifiait par exemple d'avoir doté la chaise *Tulip* d'un seul pied par le fait que, lorsqu'une structure est soumise à une pression, la meilleure résistance à cette pression est fournie par un cylindre creux dont l'axe est placé selon la direction dans laquelle s'exerce la pression. La forme, simple et élégante, se voulait la pure projection d'un phénomène physique et l'expression concrète du but recherché: recueillir celui qui ne faisait pas qu'admirer la chaise *Tulip*, mais qui s'en était servi pour ce pour quoi elle avait été faite, en s'asseyant dessus. De manière éloquente, les explications de Eero Saarinen figuraient dans la demande de brevet qu'il avait lui-même déposée pour la chaise *Tulip*. Ainsi que le note le Tribunal de grande instance de Paris saisi de l'action en contrefaçon, «la forme de la chaise et du fauteuil *Tulip*, épurée et guidée par les principes du *design* moderne dont Monsieur Eero Saarinen était l'un des adeptes, suivant lesquels la forme suit la fonction que ce soit à travers la forme évasée de sa base dans sa partie touchant le sol et dans celle sous l'assise de même que la forme du dossier, obéit certes à une recherche esthétique mais tout en répondant à des objectifs fonctionnels tenant à des impératifs d'économie de construction, de solidité, de confort pour l'utilisateur, que l'auteur a du reste rappelés dans la description de la demande de brevet d'invention qu'il a déposée, et dont l'utilité a été reconnue puisque le brevet a été délivré»²³. Sans doute dûment informé que ses créations ne pouvaient être protégées par le *copyright* aux États-Unis, Saarinen avait effectué les démarches pour qu'elles puissent l'être, à certains égards au moins, par la propriété industrielle. Une telle protection était cependant plus brève que celle qu'aurait assurée un *copyright*. Dès le milieu des années 1970, les brevets et modèles déposés aux États-Unis par Saarinen avaient expiré.

Appliqué à la chaise *Tulip*, l'article 2§7 de la Convention de Berne avait donc pour conséquence que, dépourvue *ab initio* de protection par le *copyright* aux États-Unis, la chaise ne pouvait en aucun cas faire l'objet d'un droit d'auteur dans les autres États membres de l'Union de Berne. À moins, peut-être, de faire entrer en scène le principe européen de non-discrimination.

²² Du nom d'un concours organisé par le MOMA, qu'ils remportèrent en 1940.

²³ Cf. n. 1.

3. Aspects du droit de l'Union européenne

3.1. Le principe européen de non-discrimination et l'arrêt *Tod's*

Le principe de non-discrimination est un des piliers du droit de l'Union européenne. Selon le premier paragraphe, qui seul importe ici, de l'article 12 du Traité instituant la Communauté économique européenne ou 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁴: «*Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité*». Ainsi, la Cour de justice a-t-elle été conduite à juger qu'une disposition en vigueur dans un État membre est soumise au principe de non-discrimination en ce qu'elle est «*susceptible d'affecter l'activité économique des opérateurs d'autres États membres sur le marché de l'État en cause*»²⁵. Il est bien établi, notamment en vertu de l'arrêt *Phil Collins*, que le droit d'auteur et les droits voisins entrent dans le domaine d'application du traité «*en raison notamment de leurs effets sur les échanges intracommunautaires de biens et de services*» (§27)²⁶. Plusieurs fois, la propriété intellectuelle a donc été confrontée à ce principe, notamment dans l'arrêt *Tod's*²⁷ qui a mis à mal l'article 2§7 de la Convention de Berne²⁸.

L'affaire *Tod's* opposait le fabricant italien des chaussures bien connues et un concurrent français qui commercialisait, en France, des souliers ressemblants à ceux de *Tod's*. Le Tribunal de grande instance de Paris avait été saisi et, bien que la Cour de cassation ait déjà par deux fois estimé que l'article 2§7 de la Convention de Berne n'était pas contraire au principe européen de non-discrimination²⁹, il interrogea la Cour de justice sur ce point. Dans sa réponse à la question préjudicielle, la Cour de justice décida dans l'article 2§7 de la Convention de Berne une discrimination «*dissimulée*» (§19) ou «*indirecte*» (§21) fondée sur la nationalité de l'auteur dans la mesure où le pays d'origine d'une œuvre publiée coïncide «*dans la majorité des cas*» avec le pays de nationalité de l'auteur (§26). Or, en droit de l'Union européenne, une telle discrimination est tout aussi condamnable qu'une discrimination directe.

²⁴ Ce premier paragraphe provient, inchangé, du Traité de Rome, bien que la numérotation de l'article ait varié au fil des Traités.

²⁵ CJCE, 26.09.1996, aff. C-43/95, *Data Delecta Aktiebolag et Ronny Forsberg c. MSL Dynamics Ltd*, §§13-14.

²⁶ CJCE, 20.10.1993, aff. C-92/92 et C-326/9, 2, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbH, Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH Leif Emanuel Kraul c. EMI Electrola GmbH*.

²⁷ Cf. n. 17.

²⁸ Sur les arrêts *Phil Collins* et *Tod's*, v. BENABOU, Propriété intellectuelle et non-discrimination, p. 92 ss.

²⁹ Com., 26.03.2002, n° 99-20.251 et 14.12.2004, n° 02-11.604.

En quoi consistait exactement cette discrimination indirecte? Selon la Cour de justice, les auteurs ayant la nationalité d'un État membre de l'Union européenne publient le plus souvent leurs œuvres pour la première fois dans cet État, qui se trouve alors être le pays d'origine desdites œuvres. Quand il s'agit d'un État membre tel que la France, les auteurs, en application de l'article 2§7, peuvent donc invoquer la protection par le droit d'auteur, acquise en France grâce à la théorie de l'unité de l'art, lorsque leurs œuvres sont contrefaites dans les autres États membres de l'Union européenne. À l'opposé, les auteurs de nationalité italienne publient le plus souvent leurs œuvres en Italie, où les œuvres des arts appliqués n'étaient alors protégeables qu'au moyen du dépôt d'un dessin ou modèle, sauf à démontrer la séparabilité de leur forme artistique par rapport au résultat industriel. Se heurtant au veto du droit italien, ils ne pouvaient pas invoquer le droit d'auteur dans les autres États membres de l'Union européenne. La Cour n'a trouvé aucune justification objective à une telle discrimination (§28 ss.). Elle y a vu, non pas une règle de conflit de lois, comme le suggérait le gouvernement français (§30), mais une «règle de réciprocité en vertu de laquelle un pays de l'Union accorde le traitement national, c'est-à-dire la double protection, uniquement si le pays d'origine de l'œuvre le fait également» (§33), alors que la réciprocité est chassée des relations entre les États membres de l'Union européenne (§34). En conséquence, elle a interdit aux juridictions européennes de subordonner la recevabilité d'une action en contrefaçon de droit d'auteur à «*un critère de distinction fondé sur le pays d'origine de l'œuvre*»³⁰. Les conditions de protection d'une œuvre des arts appliqués, ayant par exemple l'Italie pour pays d'origine, relèvent donc, en France, du droit français, indépendamment du fait que la protection par le droit d'auteur peut être indisponible en droit italien pour ce type d'œuvre.

La jurisprudence *Tod's* est intimement liée à l'applicabilité du principe européen de non-discrimination. Cette applicabilité ne faisait guère de doute dans l'affaire *Tod's* elle-même, qui mettait aux prises une société de droit italien et une société de droit français, en raison de la commercialisation sur le marché français de chaussures ressemblant à d'autres conçues et vendues d'abord en Italie, tout ceci bien longtemps après que le Traité de Rome est entré en vigueur dans les deux pays. Elle était en revanche discutable s'agissant du litige soumis au Tribunal de grande instance de Paris concernant la chaise *Tulip*.

³⁰ Arrêt *Tod's*, dispositif: «L'article 12 CE, qui établit le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que la recevabilité d'un auteur à réclamer dans un État membre la protection du droit d'auteur accordée par la législation de cet État soit subordonnée à un critère de distinction fondé sur le pays d'origine de l'œuvre».

3.2. Le champ d'application temporel du principe européen de non-discrimination

Il faut d'abord s'interroger sur le point de savoir si le principe européen de non-discrimination, entré en vigueur en France le 1^{er} janvier 1958, peut s'appliquer *ratione temporis* à une situation qui se présente ainsi: une œuvre des arts appliqués est créée en 1956³¹ par une personne qui décède en 1961; des droits sur les brevets (ou demandes de brevets) relatifs à cette œuvre sont transmis par le créateur en 1957 à une société qui la met dans le commerce en 1958 aux États-Unis; une autre société, qui succède aux droits de la première, se prévaut d'un droit d'auteur dans la deuxième décennie des années 2000, invoquant une décision de la Cour de justice datant de 2005. Pour résoudre cet *imbroglio* temporel, il faut avoir à l'esprit que le principe européen de non-discrimination est susceptible d'une application immédiate, mais non d'une application rétroactive.

À première vue, la jurisprudence de la Cour de justice pourrait inciter à conclure que, temporellement, le principe européen de non-discrimination est susceptible d'opérer. En effet, la Cour de justice, dans l'arrêt *Ricordi*³², a imposé aux juges allemands le respect du principe de non-discrimination relativement à l'opéra «La Bohème» qui avait été créé à la fin du XIXe siècle par Puccini, auteur (italien, bien sûr) décédé en 1924. Cependant, dans une autre affaire concernant l'applicabilité temporelle du principe européen de non-discrimination, la Cour a jugé que ce principe doit être considéré «comme étant d'application immédiate et liant [un État membre tel que l'Autriche] dès la date de son adhésion [en 1995, s'agissant de l'Autriche], de sorte qu'elle s'applique aux effets futurs des situations nées avant l'adhésion de ce nouvel État membre aux Communautés»³³. En l'occurrence, une procédure avait été entamée en Autriche en 1994 et se trouvait toujours en cours en 1995; la compatibilité d'une règle procédurale autrichienne appliquée dans ce procès pouvait donc être examinée au regard du principe européen de non-discrimination. Transposé au cas de la France, membre fondateur de la Communauté économique européenne, cela signifie que le principe européen de non-discrimination s'applique *ratione temporis* aux effets futurs des situations nées avant 1958³⁴.

En outre, l'arrêt *Ricordi*, qui concerne plus spécifiquement le droit d'auteur, emploie une formulation précise sur laquelle il faut s'arrêter: la Cour de justice, pour justifier

³¹ La date de 1956 étant celle qui est le plus souvent avancée; les premières demandes de brevet faites par E. Saarinen datent quant à elles du 1^{er} mars 1957. La création des chaises *Tulip* est donc nécessairement antérieure au 1^{er} mars 1957.

³² CJCE, 06.02.2002, aff. C-360/00, *Land Hessen c. G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH*.

³³ CJCE, 02.10.1997, aff. C-122/96, *Stephen Austin Saldanha et MTS Securities Corporation c. Hiross Holding AG*.

³⁴ BENABOU, Propriété intellectuelle et non-discrimination, p. 105.

la mise en cause du principe européen de non-discrimination, relève que «*le droit d'auteur*» dont jouissait Puccini sur son opéra «*produisait toujours ses effets*» (bien que dans le chef d'ayants droit, évidemment) au moment de l'entrée en vigueur du Traité de Rome en Allemagne, c'est-à-dire en 1958. Or, il est impossible de formuler la même affirmation s'agissant de la chaise *Tulip*. En effet, *ab initio*, le droit américain n'a reconnu aucun droit d'auteur sur la chaise créée par Eero Saarinen puisqu'il la considère comme un *useful article*. En conséquence, à défaut de droit d'auteur né en 1956 dans le chef de Saarinen, aucun effet ne pouvait encore en découler au 1^{er} janvier 1958.

Bien sûr, il en irait différemment si l'on considérait la situation sous l'angle du droit français car la chaise *Tulip*, dans l'absolu, serait alors considérée comme une œuvre de l'esprit protégeable. Cependant, comme la référence au seul droit français suppose la mise à l'écart de l'article 2§7 de la Convention de Berne, cela reviendrait à ce que l'applicabilité temporelle du principe européen de non-discrimination soit commandée par sa propre mise en œuvre. En d'autres termes, il faudrait commencer par écarter la loi du pays d'origine, en vertu du principe de non-discrimination et de la jurisprudence *Tod's*, pour réussir à activer la loi du pays de protection et, tout ceci, afin de pouvoir conclure que le principe européen de non-discrimination est applicable à l'espèce. Le raisonnement serait circulaire. De surcroît, procéder ainsi conduirait à faire produire des effets, à compter de l'entrée en vigueur du Traité de Rome, à une situation qui, jusqu'alors, était juridiquement stérile sur le plan du droit d'auteur. En réalité, il ne s'agirait ni plus ni moins que de faire rétroagir³⁵ le principe européen de non-discrimination, alors que sa sphère temporelle n'englobe que les effets encore en cours des situations anciennes, d'une part, et les situations nouvelles, d'autre part.

À cet égard, il est instructif de comparer la présente espèce aux autres configurations concernant la propriété littéraire et artistique dont a eu à connaître la Cour de justice. Au-delà du cas de Puccini, le principe européen de non-discrimination s'appliquait sans difficulté temporelle dans l'arrêt *Phil Collins*. Dans les deux affaires jointes par la Cour de justice, les concerts en cause avaient été privés de protection au titre des droits de l'artiste interprète par la loi allemande, au motif qu'ils avaient été donnés hors d'Allemagne par des artistes non allemands, ce que la Cour réprova. Mais ces concerts avaient été donnés, par Cliff Richard, juste après l'entrée en vigueur du Traité de Rome en Allemagne et, par Phil Collins, bien

³⁵ TERRE, Introduction au droit, n° 439: «... *il ne faut pas appliquer une loi à des actes ou à des faits juridiques qui se sont passés antérieurement au moment où elle a acquis force obligatoire, en vue de modifier ou d'effacer les effets juridiques produits sous l'empire de la loi ancienne*». *A fortiori*, soutenir qu'une situation antérieure produisait «*toujours*» des effets juridiques à la date d'entrée en vigueur d'une loi, alors que cette situation était dépourvue d'effets juridiques en vertu de la loi ancienne, c'est pratiquer la rétroactivité.

après. De même, dans l'affaire *Tod's*, la création des modèles litigieux était postérieure à l'entrée en application du Traité en France: la question de savoir si un droit d'auteur pouvait encore produire des effets en 1958 ne se posait donc pas.

En somme, vouloir appliquer le principe européen de non-discrimination au cas de la chaise *Tulip* serait le faire rétroagir, alors que le principe ne concerne que les situations constituées postérieurement au 1^{er} janvier 1958 ou bien les effets juridiques qui découlaient encore à cette date des situations antérieures. Le Tribunal de grande instance ne s'est toutefois pas avancé sur ce terrain, préférant justifier la mise à l'écart du principe européen de non-discrimination par l'analyse de son domaine *ratione personae*.

3.3. Le champ d'application personnel du principe européen de non-discrimination

Bien que cela ne figure pas expressément dans les Traités fondamentaux, le principe de non-discrimination ne joue qu'au profit de ressortissants d'États membres de l'Union européenne³⁶. La raison en est que «dans le cadre de l'Union européenne, les États membres s'accordent des avantages considérables par rapport aux concessions que des États sont susceptibles de s'accorder dans les relations internationales classiques. Ces avantages sont un des instruments de l'unification de l'Europe. Ces concessions ne peuvent toutefois être considérées comme des avantages qu'à condition d'être réservées aux États membres»³⁷. Dès lors, les ressortissants des États membres de l'Union européenne peuvent jouir de droits dont ne jouiront pas les ressortissants des pays tiers. Autrement dit, «le traitement différent des ressortissants tiers et communautaires semble inhérent à un processus d'intégration européenne qui égalise les droits des ressortissants communautaires dans certains domaines tout en les différenciant de ceux des ressortissants tiers»³⁸. Ce traitement préférentiel n'est même pas contesté par la Cour européenne des droits de l'homme puisqu'il repose sur une «justification objective et raisonnable», à savoir l'appartenance des États européens concernés à «un ordre juridique spécifique»³⁹.

³⁶ Les références sont innombrables sur ce point. Cf. BERGE & ROBIN-OLMIER, Introduction au droit européen, n° 217: «L'égalité de traitement implique, d'abord, l'application du traitement national aux ressortissants de l'Union européenne»; n° 220: «Les ressortissants de pays tiers ne sont pas concernés par la généralisation du bénéfice de l'égalité de traitement à tous les citoyens de l'Union»; DONY, Discriminations fondées sur la nationalité, p. 58.

³⁷ SCHMITTER, Différences de traitement entre les ressortissants de pays tiers et les ressortissants communautaires, p. 166.

³⁸ SCHMITTER, Différences de traitement entre les ressortissants de pays tiers et les ressortissants communautaires, p. 186 ss.

³⁹ Cour eur. DH, 18.02.1991, *Moustaquim c. Belgique*, §49.

En conséquence, seuls les ressortissants des États membres de l'Union européenne bénéficient du principe européen de non-discrimination lorsqu'ils se trouvent dans le domaine d'application du Traité⁴⁰. Dans l'affaire *Tod's*, le principe européen de non-discrimination s'imposait bel et bien puisque l'activité de la société *Tod's*, société de droit italien, était affectée par le jeu de l'article 287 de la Convention de Berne, qui l'empêchait de revendiquer la protection de ses créations sur la base du droit d'auteur dans un État membre de l'Union européenne tel que la France. Il en allait différemment dans l'affaire *Tulip*, puisqu'une société américaine tentait de se prévaloir de ce principe qui, selon elle, était né dans le chef d'Eero Saarinen. Une telle argumentation invitait à examiner la possibilité qu'un ressortissant européen puisse transmettre le bénéfice du principe de non-discrimination avec ses droits de propriété intellectuelle et, plus en amont, à se demander si Eero Saarinen, finlandais d'origine, ayant acquis la nationalité américaine en 1940, bénéficiait réellement du principe européen de non-discrimination.

Sur le premier point, relatif à la cessibilité du bénéfice de non-discrimination, il faut noter que, selon les arrêts *Phil Collins* (§35 et dispositif) et *Ricordi* (§26), si un auteur ou un artiste est ressortissant d'un État membre, il bénéficie *ratione personae* du principe européen de non-discrimination et, dès lors, ses ayants droit peuvent également s'en prévaloir⁴¹. Toutefois, cette extension vaut-elle même lorsque les ayants droit sont ressortissants d'un pays tiers à l'Union européenne? Cette question se pose car, dans les arrêts susmentionnés, les ayants droit, exploitant des droits voisins ou des droits d'auteur, étaient, au contraire, toujours ressortissants d'États membres.

Aucune réponse n'a, semble-t-il, encore été apportée par la Cour de justice à une telle question. Cependant, il est assez vraisemblable que la Cour serait favorable à la transmissibilité du bénéfice de la non-discrimination, d'un auteur ressortissant

⁴⁰ Il serait possible d'envisager une légère modulation *ratione personae* dudit principe lorsque la Cour de justice fustige une discrimination indirecte, comme dans l'arrêt *Tod's*. En effet, la Cour ne limite pas littéralement la neutralisation de l'article 287 au profit des ressortissants des États membres; elle repousse toute subordination de la protection à un critère de distinction fondé sur «*le pays d'origine de l'œuvre*» (§36 et dispositif). Ceci pourrait impliquer que l'article 287 doit être désactivé pour toute œuvre des arts appliqués dont le pays d'origine est un État membre de l'Union européenne, le principe européen de non-discrimination devant tout de même rester circonscrit à l'Europe. Sceptique sur une telle extension, BENABOU, *Propriété intellectuelle et non-discrimination*, p. 106 ss, pour qui, ce qui compte pour la Cour, c'est la *concordance* qui s'établirait le plus souvent entre la nationalité et le pays de première publication; celui-ci ne devrait donc pas opérer de manière indépendante.

⁴¹ Il est vrai que la Cour de justice ne mentionne que les auteurs dans l'arrêt *Tod's*. De fait, il est fort probable que l'auteur d'une œuvre publiée dans un pays qui ne connaît pas la théorie de l'unité de l'art n'aura pas transféré son droit d'auteur à un tiers, dans la mesure où, par hypothèse, la législation locale ne lui reconnaissait aucun droit d'auteur sur cette œuvre. Cf. *infra*.

de l'Union européenne à un ayant droit ressortissant d'un pays tiers⁴². Il suffit de considérer un ressortissant européen, créateur d'une œuvre des arts appliqués dont le pays d'origine est un État membre qui n'autorise pas sa protection par le droit d'auteur. Grâce au principe européen de non-discrimination, ce créateur se trouve investi, à l'échelle de l'Europe, d'un droit d'auteur sur sa création. S'il ne pouvait confier l'exploitation de ce droit qu'à d'autres ressortissants européens, s'il risquait de voir ce droit s'éteindre en voulant le céder à un ressortissant d'un pays tiers à l'Union européenne, ce droit d'auteur né par l'effet de l'application du principe européen de non-discrimination, ne constituerait guère plus qu'un droit d'auteur de seconde catégorie. La Cour de justice aurait sans doute grand-peine à se résoudre à une telle issue. Aussi bien, pour garantir l'efficacité du droit d'auteur conféré au ressortissant européen par la neutralisation de l'article 2§7 et pour garantir son exploitation économique optimale, il semble qu'il faille considérer que ce droit d'auteur est préservé quelle que soit la nationalité de l'ayant droit ou des ayants droit successifs. Le Tribunal de grande instance de Paris saisi de l'affaire *Tulip a*, quant à lui, préféré retenir que «le principe général de non-discrimination du seul fait de la nationalité dégagé par la Cour de justice de l'Union en vertu des traités communautaires, ne saurait avoir d'effet qu'à l'égard des ressortissants de l'Union européenne».

Ceci posé, encore faut-il pour mettre en action *ratione personae* le principe européen de non-discrimination que le créateur ait la nationalité d'un État qui était d'ores et déjà, ou qui est devenu par la suite, membre de l'Union européenne, comme c'était le cas de Puccini. S'agissant de la nationalité de Eero Saarinen, il convient avant tout de rappeler qu'au regard du droit de l'Union européenne, si une personne est ressortissante d'un État membre en même temps qu'elle est ressortissante d'un pays tiers, seule doit être retenue sa nationalité européenne, même si elle est moins effective que la nationalité du pays tiers⁴³. Autre chose est de savoir, lorsqu'une personne perd la nationalité d'un État membre pour acquérir celle d'un pays tiers, quelle nationalité il faut retenir au regard du principe européen de non-discrimination.

Le principe européen de non-discrimination n'est pas immanent ou absolu. Dans le champ des Traités, il vise à préserver l'activité économique d'un ressortissant

⁴² V. en ce sens également, BENABOU, Propriété intellectuelle et non-discrimination, p. 104: «La discrimination grève en quelque sorte le droit à sa naissance et se transmet en même temps que le transfert en est opéré. Cette indifférence à la nationalité du demandeur à l'action en contrefaçon doit sans doute s'appliquer aux ressortissants des États tiers, dès lors que la discrimination à raison de la nationalité entre ressortissants communautaires est intervenue en amont et suit le droit de propriété intellectuelle».

⁴³ Voir LAGARDE, La nationalité française, n° 11.65 et, notamment, CJCE, 07.07.1992, aff. C-369/90, *Mario Vicente Micheletti e.a. c. Delegación del Gobierno en Cantabria*; CJCE, 02.10.1997, aff. C-122/96, *Saldanha et MTS*, cf. n. 31.

européen⁴⁴. Plus encore, la discrimination s'apprécie en comparant non pas les virtualités qui s'offrent à des nouveau-nés, ce qui conduirait à retenir la nationalité *de naissance* des individus, mais des *situations concrètes*⁴⁵. C'est une telle comparaison qui sert de point de départ au raisonnement de la Cour de justice dans l'arrêt *Tod's* (§20): le ressortissant de tel État membre est-il moins bien traité, au regard de sa création, que ne le serait un ressortissant d'un autre État membre qui aurait créé une œuvre identique dans les mêmes conditions? Il apparaît donc essentiel de se placer, non pas à la date de naissance de Eero Saarinen mais à la date de création des chaises *Tulip* car c'est à ce moment qu'aurait pu naître le droit d'auteur dont Eero Saarinen était privé par le jeu combiné de l'article 287 et du droit américain⁴⁶.

La chaise *Tulip* ayant été créée en 1956, il convient donc de se demander si, à cette période Eero Saarinen jouissait encore de la nationalité finlandaise, parallèlement à sa nationalité américaine. Dans l'affirmative, c'est alors la nationalité finlandaise qui seule compterait au regard du principe européen de non-discrimination. Dans le cas contraire, étant seulement ressortissant d'un pays tiers, le principe européen de non-discrimination ne pourrait pas l'avantager.

Comme le requiert le droit international public⁴⁷, l'éventualité de la perte de la nationalité finlandaise de Eero Saarinen doit être examinée à la lumière du droit finlandais⁴⁸. En 1940, lorsque Eero Saarinen est devenu citoyen des États-Unis, le droit américain de l'époque avait exigé de lui qu'il renonçât à la nationalité finlandaise⁴⁹: l'étranger souhaitant obtenir la nationalité américaine devait prononcer un serment d'allégeance aux États-Unis (*Oath of allegiance*) et déclarer rompre tout lien d'allégeance et de fidélité envers d'autres États et en particulier avec celui dont il était jusqu'alors le ressortissant⁵⁰. Comme souvent à cette époque,

⁴⁴ CJCE, 26.09.1996.

⁴⁵ BALLARINO, CEE e diritto internazionale privato, p. 9.

⁴⁶ Cette affirmation a quelque chose d'étrange parce qu'en toute hypothèse, le principe européen de non-discrimination ne devrait pas être applicable *ratione temporis* à la création des chaises *Tulip*. Mais la valeur de cette affirmation se vérifie sur le plan général, lorsque l'on raisonne sur un cas qui ne fait pas difficulté au regard du domaine d'application temporel du principe. Il suffit d'envisager une œuvre des arts appliqués créée en 1998 et publiée pour la première fois en Italie la même année; son créateur était canadien d'origine mais il a pris la nationalité italienne en 1996. Seule compte, au regard du principe européen de non-discrimination, la nationalité du créateur à la date de la création de l'œuvre, c'est-à-dire dans ce cas sa nouvelle nationalité italienne.

⁴⁷ BALLARINO, Diritto internazionale pubblico, p. 350 ss.

⁴⁸ LAGARDE, La nationalité française, n° 72.101: «... la nationalité étrangère [devant les juridictions françaises] est une question de droit qui ne peut dépendre que de l'ordre juridique de l'État étranger dont la nationalité est en cause».

⁴⁹ *Naturalization Act* du 29.06.1906.

⁵⁰ Selon la formule généralement employée à partir de 1929: «I hereby declare, on oath, that I absolutely and entirely renounce and abjure all allegiance and fidelity to any

la double nationalité était mal vue⁵¹ et beaucoup d'États n'acceptaient de naturaliser un étranger que sous condition que celui-ci abdique sa nationalité étrangère.

À la même période, le droit finlandais de la nationalité applicable était édicté par une loi votée en 1927⁵². D'après l'article 1^{er} de ce texte, l'acquisition d'une nationalité étrangère par un citoyen finlandais entraînait la perte de la nationalité finlandaise lorsque ce citoyen était domicilié hors du territoire finlandais⁵³. Or tel était assurément le cas de Eero Saarinen en 1940, puisque son domicile était fixé aux États-Unis depuis 1923. Le seul obstacle qui pouvait empêcher la perte de la nationalité finlandaise en pareil cas tenait à une exigence relative aux obligations militaires des Finlandais. En effet, un homme âgé de 17 à 28 ans qui n'avait pas fait son service militaire ou n'en avait pas été exempté ne pouvait pas perdre la nationalité finlandaise par acquisition d'une nationalité étrangère, même s'il était domicilié à l'étranger (à moins que le Président de la République finlandaise n'accepte de le libérer de sa nationalité finlandaise)⁵⁴. Toutefois, un tel obstacle n'est pas dirimant dans le cas de Eero Saarinen. En effet, lorsqu'il a acquis la nationalité américaine en 1940, Saarinen, né en 1910, avait déjà atteint et même dépassé l'âge de 29 ans. La restriction imposée par la loi de 1927 ne le concernait plus. Il avait donc perdu la nationalité finlandaise en 1940.

En tant que de besoin, il faut encore ajouter une considération. À supposer qu'Eero Saarinen n'ait jamais perdu la nationalité finlandaise et que le principe européen de non-discrimination soit applicable temporellement à la chaise *Tulip*, il faudrait encore se demander si le droit d'auteur qui serait advenu sur cette chaise par la grâce de l'arrêt *Tod's* aurait pu être cédé à l'éditeur américain dont la société demanderesse prétend tirer ses droits. Or cela ne semble pas concevable. Le contrat signé en 1957 entre Eero Saarinen et son éditeur américain ne portait que sur ce dont Eero Saarinen pensait pouvoir disposer: les titres de propriété industrielle dont il avait fait la demande pour la chaise *Tulip*. N'ayant demandé aucun *copyright*, Eero Saarinen n'allait pas conclure un contrat sur un droit dont il ne disposait pas. S'il avait pu naître, par le jeu posthume, rétroactif et pour ainsi dire miraculeux, du

foreign prince, potentate, State, or sovereignty, and particularly to _____ of who (which) I have heretofore been a subject (or citizen)» (site du Ministère américain de la Sécurité intérieure, Services de l'immigration et de la citoyenneté américaine).

⁵¹ Illustrant cette méfiance, Convention de La Haye, 12.04.1930, préambule: «(...) tout individu devrait avoir une nationalité et n'en posséder qu'une».

⁵² Loi n° 181/1927, *Laki Suomen kansalaisuuden menettämisestä*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1928.

⁵³ KAIRA, Multiples nationalités en droit finlandais, p. 59, et YLÄNKÖ, Le droit de la nationalité finlandaise, p. 290.

⁵⁴ KAIRA et YLÄNKÖ, articles précités.

principe européen de non-discrimination, ce droit n'aurait pu échoir qu'aux héritiers de Eero Saarinen.

4. Conclusion

Examinant en 1982, les rapports entre le principe européen de non-discrimination et les règles de conflit de lois, Tito Ballarino doutait qu'il puisse y avoir quelque friction entre eux. L'arrêt *Tod's*, d'une certaine manière, a confirmé cette analyse puisque la Cour de justice a vu dans l'article 2§7 de la Convention de Berne, non une règle de conflit de lois, mais une «règle de réciprocité», touchant à la condition des étrangers. Pour autant, aussi puissant qu'il soit, le principe européen de non-discrimination ne peut pas tout. L'affaire *Tulip* montre qu'il n'appréhende pas temporellement toutes les situations et qu'il ne peut pas être étendu au profit de ressortissants d'États tiers si ceux-ci ne peuvent pas justifier avoir acquis le droit couvert par le principe de non-discrimination auprès d'un ressortissant européen au moment de la naissance de ce droit.

Bibliographie

Monographies

- BALLARINO, T., *Diritto internazionale pubblico*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2014.
- BERGE, J.-S. & ROBIN-OLIVIER, S., *Introduction au droit européen*, Puf, 2008.
- FAWCETT, J.J. & TORREMANS, P., *Intellectual property and private international law*, Oxford University Press, 2011.
- LAGARDE, P., *La nationalité française*, Dalloz, 2011.
- RICKETSON, S. & GINSBURG, J.C., *International copyrights and neighbouring rights, The Berne Convention and beyond*, Oxford University Press, 2010.
- TERRE, F., *Introduction au droit*, Dalloz, 2000.

Articles

Périodiques

- BALLARINO, T., La CEE e il diritto internazionale privato, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1982, p. 1.
- LEFRANC, D., Protection en Europe du design américain, *Juris Art etc*, janv. 2016, p. 34.
- MARZANO, P., Une protection mal conçue pour un produit bien conçu: l'Italie et sa protection des dessins et modèles industriels par le droit d'auteur, *RIDA* 2014, n° 240, pp. 118-262.

Livres

- BENABOU, V.-L., Propriété intellectuelle et non-discrimination, in M. Vivant (dir.), *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2015, n° 8, p. 92 ss.
- DONY, M., Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, in E. Bribosia, E. Dardenne, P. Magnette, A. Weyembergh (dir.), *Union européenne et nationalités*, Bruylant, 1999, p. 458 ss.
- KAIRA, K., Les problèmes de multiples nationalités en droit finlandais, in *Rapports relatifs à la Finlande présentés au congrès international de droit comparé réuni à La Haye du 26 juillet au 1er août 1937*, Helsinki, 1938, p. 57 ss.
- SCHMITTER, C., Droits économiques, sociaux, politiques et différences de traitement entre les ressortissants de pays tiers et les ressortissants communautaires, in E. Bribosia, E. Dardenne, P. Magnette, A. Weyembergh, *Union européenne et nationalités*, Bruylant, 1999, p. 151 ss.
- YLÄNKÖ, M., «Le droit de la nationalité finlandaise», in P. Weil & R. Hansen (dir.), *Nationalité et citoyenneté en Europe*, Ed. La Découverte, 1999, p. 283 et s., spéc. p. 290 ss.

Références électroniques

- *Naturalization Act* du 29.06.1906, disponible sous http://www.jstor.org/stable/2212339?__redirected (13.03.2016)
- *Oath of allegiance*, disponible sous <http://www.uscis.gov/us-citizenship/naturalization-test/naturalization-oath-allegiance-united-states-america>, rubrique «History» (13.03.2016)

Note in merito ai profili internazionaliprivatistici dei mandati in previsione di incapacità

Indice

1.	I mandati in previsione di incapacità e la loro progressiva diffusione	173
2.	I mandati in previsione di incapacità nella prospettiva del diritto internazionale privato	176
3.	Le soluzioni proposte nella Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti	178
4.	La garanzia della «tenuta» delle determinazioni del conferente nel tempo e nello spazio	179
5.	Il raccordo fra protezione negoziale e protezione istituzionale dell'adulto	183
6.	La tutela dei terzi che entrino in contatto col mandatario o con chi appaia essere tale	184
	Bibliografia	186

1. I mandati in previsione di incapacità e la loro progressiva diffusione

I «mandati in previsione di incapacità» sono negozi mediante i quali un soggetto attribuisce a uno o più fiduciari il potere di rappresentarlo nel compimento di atti relativi alla cura della sua persona o all'amministrazione dei suoi beni per il tempo in cui egli non sarà in grado di provvedere da solo ai propri interessi, con l'indicazione, se del caso, dei criteri a cui il fiduciario o i fiduciari dovranno attenersi nello svolgimento dell'attività loro demandata¹.

* Professore di diritto internazionale presso l'Università di Ferrara.

¹ Quella impiegata nel testo è, in realtà, un'espressione non del tutto soddisfacente, che impieghiamo in questa sede solo in ossequio ad un uso diffuso nella prassi e in dottrina, e in mancanza di una formula più esatta che sia altrettanto efficace. È problematico, per un verso, l'impiego del termine «mandato», giacché questo induce a pensare che i negozi di cui ragioniamo abbiano sistematicamente una struttura almeno bilaterale e un contenuto (anche) obbligatorio, mentre negli ordinamenti che conoscono l'istituto il

Sono ormai diversi gli ordinamenti giuridici statali che ammettono la conclusione di negozi caratterizzati da questo particolare profilo causale, fornendone una specifica regolamentazione, diversa (almeno per qualche aspetto) da quella applicabile alla procura e al mandato «ordinari». Si parla di *lasting powers of attorney* nel diritto inglese, di *mandats de protection future* nel diritto francese, di *mandats pour cause d'incapacité* o *Vorsorgeaufträge* nel diritto svizzero, e di *Vorsorgevollmächte* nel diritto tedesco ed austriaco, per citare solo alcune esperienze giuridiche nazionali². I negozi di cui discorriamo vengono conclusi in un momento in cui l'interessato possiede una piena capacità d'agire (o una capacità comunque sufficiente al loro valido perfezionamento), ma sono intesi ad assumere efficacia (o a conservarla, se la loro operatività è immediata) allorché si verifichi nel conferente una particolare condizione di fragilità o dipendenza, consistente nella compromissione oltre una certa soglia delle sue facoltà cognitive o intellettive. Di fatto, gli atti in parola rispondono a un'esigenza di pianificazione dei rapporti personali e patrimoniali dell'interessato, giacché garantiscono il conferente circa l'adozione di decisioni, non necessariamente predeterminate nell'*an* o nel contenuto, che egli si rappresenta di non essere in grado di assumere da solo, a temo debito, a causa di una sopravvenuta perdita di autonomia.

Per il fatto di comportare essenzialmente il conferimento di poteri rappresentativi, i mandati in previsione di incapacità si distinguono da un altro mezzo suscettibile di essere utilizzato per governare le implicazioni di una temuta condizione di vulnerabilità, sia pure solamente con riguardo alla cura della persona dell'interessato. Alludiamo alle direttive anticipate di trattamento, o testamenti di vita, i cui profili internazionalprivatistici sono stati esaminati, in un contributo

perfezionamento di questo genere di negozi non è sempre subordinato al concorso della volontà della persona designata né implica in ogni caso l'assunzione di una o più obbligazioni di tipo contrattuale. Improprio, in secondo luogo, è il riferimento all'incapacità, quanto meno se si intenda quest'ultima espressione nel suo significato tecnico-giuridico, non essendo sempre necessario, per l'efficacia dei poteri in parola, che l'interessato sia stato fatto oggetto di una misura ablativa o limitativa della capacità. Con queste precisazioni, il presente lavoro utilizzerà, per brevità, il termine «mandato» per indicare in senso ampio i negozi qui descritti, e ragionerà dunque di «mandanti» e «mandatari» per riferirsi, rispettivamente, a chi si avvalga di tali negozi per determinarsi in merito alla propria protezione e a chi tragga da tali negozi la legittimazione ad operare a tutela del primo.

² Per una ricognizione delle norme in vigore in un'ampia selezione di paesi, v. da ultimo *The International Protection of Adults*, a cura di R. Frimston, A. Ruck Keene, C. van Overdijk e A. Ward, Oxford, 2015, *passim*. Restano numerosi, per la verità, gli ordinamenti nazionali che omettono di regolare questo fenomeno, di fatto negando l'ammissibilità dei negozi in questione. È questo il caso, fra gli altri, dell'ordinamento italiano: mancando la previsione di specifici poteri rappresentativi suscettibili di essere conferiti da un disponente capace in previsione di una perdita di autonomia, operano le regole generali che ricollegano alla sopravvenuta incapacità del mandante l'estinzione di mandato (art. 1722 n. 4 del codice civile) e della procura.

ancora attualissimo, dallo studioso alla memoria del quale sono dedicate queste pagine³.

I mandati in previsione di incapacità, avuto riguardo alla funzione loro affidata, integrano il quadro delle risposte fornite dal diritto al problema della protezione degli «adulti vulnerabili», per tali intendendosi le persone maggiorenni che, in ragione di un'alterazione o di un'insufficienza delle loro facoltà personali non sono in grado, anche solo temporaneamente, di curare da sole i propri interessi e debbono pertanto essere sostituite o assistite da un terzo nel compimento di una serie più o meno estesa di atti giuridici. I negozi in esame si affiancano, in effetti, alle misure «istituzionali» di protezione degli adulti, cioè alle misure incentrate sulla nomina, perlopiù giudiziaria, di una persona incaricata di sostituire l'individuo da proteggere nel compimento di certi atti (tale è, tipicamente, la figura del tutore), oppure di concorrere con le proprie determinazioni alla manifestazione della volontà del beneficiario (come avviene, ad esempio, con l'amministrazione di sostegno nel diritto italiano o con la *curatelle d'accompagnement* nel diritto svizzero).

Il rapporto che intercorre fra mezzi istituzionali e mezzi negoziali di protezione degli adulti obbedisce pressoché dappertutto ad una logica di sussidiarietà, basata sul primato dei mezzi negoziali su quelli istituzionali. Si fa luogo alla protezione istituzionale, nei sistemi in cui sono percorribili le due vie, solo se e nella misura in cui la persona da proteggere non si sia anticipatamente determinata circa la cura dei suoi interessi, o se le volontà a suo tempo espresse dall'interessato si rivelino, alla fine, insufficienti a soddisfarne per intero il bisogno di protezione⁴. Questa

³ T. BALLARINO, *Is a Conflict Rule for Living Wills and Euthanasia Needed?*, in *Yearbook of Private International Law*, 2006, p. 5 ss. Il fatto che le direttive anticipate e i mandati in previsione di incapacità siano, di per sé, istituzioni giuridiche differenti, non esclude che alcune esigenze regolatorie suscitate dal primo dei due fenomeni si impongano egualmente nella disciplina del secondo: ciò accade, evidentemente, quando il disponente investe il fiduciario di decisioni relative ai trattamenti medici che potrebbero riguardarlo in avvenire, eventualmente per precisare, o concretizzare, delle opzioni di massima prese dallo stesso disponente. Le legislazioni statali che regolano i mandati riflettono talora questo nesso fra i mandati e le direttive anticipate di trattamento operando un rinvio alle norme applicabili a queste ultime (v., ad esempio, l'art. 479 del codice civile francese).

⁴ Dispone in questo senso, ad esempio, il § 1896, par. 2, del codice civile tedesco. Nel diritto svizzero, per fare un altro esempio, il primato della via negoziale emerge già dalla topografia del codice civile, come modificato nel 2008: la parte terza del libro secondo del codice civile esordisce con la trattazione del mandato per causa di incapacità (articoli 360 e seguenti), facendo spazio solo in seconda battuta ai meccanismi (legali e) istituzionali di protezione dell'incapace, quali (la rappresentanza del coniuge o del partner registrato) e le misure d'autorità, e con la precisazione che tali meccanismi operano sul presupposto della mancanza di un mandato o della sua accertata inadeguatezza.

articolazione dei rapporti fra protezione negoziale e protezione istituzionale non esclude che le salvaguardie e i meccanismi di controllo propri dei regimi istituzionali di protezione degli adulti possano trovare impiego, se del caso con qualche adattamento, anche con riguardo ai poteri conferiti dall'interessato sul piano negoziale. Così, per esempio, nel diritto inglese, le funzioni di supervisione affidate all'Office of the Public Guardian possono essere esercitate da quest'organo tanto in relazione al *donee* di un *lasting power of attorney* quanto in relazione ad un *deputy* di nomina giudiziale⁵.

Il favore così espresso per le autonome determinazioni dell'interessato riflette il mutamento di paradigma maturato a partire dagli ultimi due decenni del XX secolo quanto ai rapporti fra diritto e disabilità. L'adulto vulnerabile, non più semplice beneficiario di cure e provvidenze, esige oramai di essere considerato come un titolare di diritti, dei quali lo Stato è tenuto ad assicurare l'esercizio effettivo, agevolando l'inclusione sociale della persona di cui trattasi e promuovendone nella più ampia misura possibile l'autodeterminazione⁶. I mandati in previsione di incapacità contribuiscono, alla luce di questa evoluzione, a una strategia di ampio respiro, che riflette idee e approcci relativamente recenti, fra cui il principio della individualizzazione della protezione (per cui la protezione dev'essere «tailored to the individual circumstances and needs of the person concerned»)⁷ e il principio della anticipabilità delle direttive concernenti la protezione (espressione del convincimento secondo cui «self-determination is essential in respecting the human rights and dignity of each human being»)⁸.

2. I mandati in previsione di incapacità nella prospettiva del diritto internazionale privato

L'analisi comparata dei vari ordinamenti giuridici statali che conoscono e regolano i mandati in previsione di incapacità mette in luce l'esistenza di diversità e somiglianze.

Le diversità attengono, in particolare, all'ampiezza dei poteri che il conferente può legittimamente attribuire al suo fiduciario, segnatamente al di fuori del campo patrimoniale, e ai mezzi di cui dispongono le pubbliche autorità per vegliare

⁵ Mental Capacity Act 2005, sezione 58.

⁶ Su questa evoluzione, confluita nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili del 13 dicembre 2006, v. per tutti *The International Protection of Adults*, cit., p. 44 ss.

⁷ Così il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella Raccomandazione (1999) 4, *Principles concerning the legal protection of incapable adults*.

⁸ In questi termini, ancora, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella Raccomandazione (2009) 11, *Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity*.

sull'immissione del rappresentante nell'esercizio dei poteri conferitigli e sulla condotta tenuta nello svolgimento del suo ufficio. In alcuni ordinamenti, ad esempio, il mandatario può essere investito in linea di principio di tutte le decisioni concernenti la cura della persona del disponente, compreso l'esercizio di prerogative fondate sulle norme relative ai diritti dei pazienti, restando fondamentalmente precluso al mandatario solo il compimento di atti personalissimi, come il riconoscimento di un figlio⁹. In altri sistemi il potere del fiduciario di porre in essere degli atti di natura personale, in particolare sul terreno delle scelte terapeutiche, è soggetta a limitazioni e condizionamenti assai consistenti, o risulta senz'altro sottratta alla sfera dei mandati in previsione di incapacità per essere ricondotta sotto le norme concernenti le direttive anticipate di trattamento, che al limite possono essere veicolate (e integrate, ove necessario) da un mandatario specificamente nominato a questo scopo¹⁰. E ancora, in alcuni ordinamenti i poteri del mandatario diventano effettivi solo a seguito della formale constatazione, da parte di una pubblica autorità, dell'avverarsi della condizione di vulnerabilità prefigurata dal conferente, attraverso un provvedimento di «registrazione» o di «conferma» dello strumento¹¹, mentre in altri ordinamenti tale passaggio non è richiesto, ferma restando peraltro la possibilità che le autorità competenti dispongano la sospensione, la limitazione, la modificazione o la revoca dei poteri del rappresentante, là dove una simile misura si renda necessaria nell'interesse del rappresentato.

Un ulteriore profilo di differenziazione concerne i requisiti formali cui sono soggetti i mandati in previsione di incapacità, nonché il regime pubblicitario per essi previsto. Vi sono sistemi, infatti, che ammettono la scrittura privata, magari a condizione che sia olografa, e altri che prescrivono la forma dell'atto pubblico, o esigono l'impiego di forme speciali e aggravate, anche in funzione dell'inserimento dei relativi strumenti in appositi registri, dove possono essere consultati, in particolare, dai terzi che entrino in contatto col mandatario¹².

La diversità di soluzioni ravvisabile su questo terreno negli stessi ordinamenti che ammettono i mandati in previsione di incapacità rende particolarmente rilevante sul piano pratico il problema del coordinamento, nei casi transfrontalieri, delle valutazioni espresse dai diversi sistemi giuridici con cui la fattispecie si presenti collegata. Si tratta di un problema destinato a presentarsi con crescente frequenza nella pratica, vuoi per la elevata mobilità degli individui attraverso le frontiere

⁹ V. al riguardo, per esempio, gli articoli 479 e 458 del codice civile francese.

¹⁰ V. a tale proposito, ad esempio, l'art. 14 della legge belga del 22 agosto 2002 sui diritti del paziente.

¹¹ V., per esempio, la sezione 7, par. 1, lett. a), del Powers of Attorney Act irlandese del 1996.

¹² Degli speciali requisiti formali, consistenti nel ricorso all'atto pubblico o nella presenza di due testimoni, sono stabiliti, per esempio, dall'art. 39 del codice civile ceco del 2012.

(alimentata, in relazione alle fattispecie che qui interessano, anche da fenomeni come la c.d. *retirement migration*, che interessa persone esposte più di altre, per la loro età, a situazioni di debolezza connesse a patologie degenerative), vuoi per il fatto che il patrimonio di molte persone fisiche può ben trovarsi localizzato in due o più Stati.

Diviene importante, in queste condizioni, poter rispondere – tramite le pertinenti norme di diritto internazionale privato – a domande come le seguenti: le autorità di quale paese sono abilitate ad intervenire in relazione al mandato di cui trattasi, vuoi per attestarne l'acquisita efficacia, vuoi per vagliarne la permanente idoneità a proteggere il mandante? Da quale ordinamento giuridico statale devono essere tratte le norme generali ed astratte che regolano la sostanza del mandato? Con quali mezzi può essere fornita alle autorità di uno Stato la prova dell'esistenza e della estensione dei poteri in discorso, allorché il conferimento e la portata di tali poteri siano attestati da documenti pubblici, magari dotati di una speciale efficacia probatoria, emanati dalle autorità di un altro Stato?

3. Le soluzioni proposte nella Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti

Nei sistemi internazionalprivatistici nazionali sono rare le norme rivolte specificamente alla disciplina dei mandati in previsione di incapacità¹³. Soluzioni specifiche si rinvengono, piuttosto, nel diritto internazionale privato internazionalmente uniforme, e segnatamente nella Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti¹⁴. Questa dedica in modo specifico due disposizioni – gli articoli 15 e 16 – ai poteri di rappresentanza che un adulto abbia conferito a un suo fiduciario, convenzionalmente o in forza di un atto unilaterale, per essere esercitati «when such adult is not in a position to protect his or her interests». Elaborata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, la Convenzione è attualmente in vigore per Austria, Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Monaco e Svizzera, oltre che per il Regno Unito (che ne è vincolato, però, solo con riguardo alla Scozia). Le sue norme si propongono di definire l'ambito della giurisdizione degli Stati contraenti in materia di protezione degli adulti, di risolvere i conflitti di leggi suscettibili di insorgere in

¹³ Un esempio è fornito dall'art. 2578, par. 3, del codice civile rumeno, come modificato nel 2011. La soluzione accolta dal legislatore rumeno, peraltro, appare modellata su quella dettata dalla Convenzione dell'Aja del 2000, di cui si parla subito sotto nel testo.

¹⁴ Per uno sguardo di insieme sulla Convenzione sia permesso rinviare, anche per ulteriori richiami, a P. FRANZINA, *La Convenzione dell'Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 748 ss.

questo campo, di definire le condizioni dalle quali dipendono in uno Stato contraente il riconoscimento e l'esecutività delle misure di protezione rese in un altro Stato contraente e di regolare la cooperazione fra autorità di Stati contraenti diversi nello svolgimento delle funzioni loro spettanti nel campo della protezione degli adulti.

Nelle pagine che seguono intendiamo discutere criticamente il modo in cui vengono affrontati e risolti, nella Convenzione, tre problemi di fondo sottesi alla regolamentazione internazionalprivatistica dei mandati in previsione di incapacità.

Parleremo, in primo luogo, del problema dell'effettività delle determinazioni del disponente, cioè della loro attitudine ad informare realmente la sua protezione per il tempo in cui questi non sia in grado di provvedere da solo ai propri interessi. L'introduzione di norme specificamente rivolte alla disciplina di tali negozi svela il valore accordato alla capacità di autodeterminazione del singolo. Si tratta dunque di capire in che modo questo favore per l'autonomia si traduca in norme di diritto internazionale privato, e quali particolari accorgimenti tecnici possano essere mobilitati per facilitare il concreto dispiegarsi della capacità di autodeterminazione del singolo, agevolandone l'esercizio e assicurando la «tenuta» dei relativi atti di pianificazione nel tempo come nello spazio.

Ci occuperemo, in secondo luogo, del problema del coordinamento fra la protezione negoziale e la protezione istituzionale dell'adulto di cui trattasi. Poiché i mandati in previsione di incapacità sono fondamentalmente investiti di una finalità protettiva, altrimenti assolta dalle pubbliche autorità attraverso l'adozione di misure di protezione, si tratta di capire se e in che modo le stesse norme di diritto internazionale privato tengano conto del nesso che unisce gli strumenti in discorso alle misure, appunto, istituzionale, così da garantire un raccordo efficace fra le due dimensioni della protezione.

Affronteremo, infine, il problema della tutela dei terzi che entrino in contatto con il rappresentante dell'adulto, o con chi si affermi essere tale, in particolare quando l'atto compiuto in nome di quest'ultimo non rientri fra i poteri del rappresentante in base alla legge che regola tali poteri, ma vi rientri sulla base di una diversa legge, che il terzo di cui trattasi abbia ragione di attendersi che verrà applicata. Le norme di diritto internazionale privato sono chiamate a istituire un raccordo fra la dimensione «interna» e quella «esterna» della fattispecie, onde garantire una regolamentazione armonica del fenomeno.

4. La garanzia della «tenuta» delle determinazioni del conferente nel tempo e nello spazio

Il primo dei problemi a cui si è fatto cenno poc'anzi, quello della effettiva praticabilità dell'autonomia del singolo e della «tenuta» delle determinazioni da lui

assunte, ha rappresentato per i redattori della Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 una preoccupazione centrale. Vari sono gli accorgimenti a cui si è fatto ricorso a questo proposito.

L'art. 15, par. 1, della Convenzione stabilisce che l'esistenza, la portata, la modificazione e l'estinzione dei predetti poteri di rappresentanza sono regolate dalla legge dello Stato in cui l'autore aveva la propria residenza abituale al momento del conferimento. Di fatto, la legge deputata a regolare l'ammissibilità del mandato e la sua effettiva attitudine ad investire il fiduciario del potere di rappresentare il mandante viene identificata dalla Convenzione mediante un criterio – la residenza abituale del conferente – pensato per «seguire» l'interessato nei suoi spostamenti, evitando il rischio che egli possa essere prigioniero, se così si può dire, delle prescrizioni (in ipotesi, incompatibili con un largo impiego dell'autonomia in questo campo) stabilite da un ordinamento particolare, come quello del paese di cui è cittadino¹⁵.

L'opportunità di evitare questo genere di strettoie, permettendo all'interessato di identificare l'orizzonte normativo della propria futura protezione, si esprime, poi, con particolare evidenza, nella *electio iuris* contemplata dall'art. 15, par. 2, della Convenzione. La disposizione ora indicata consente infatti (al solo conferente, se l'atto è unilaterale, ovvero alle parti d'accordo fra loro, se il negozio è bilaterale) di corredare il mandato di una scelta di legge. Tale scelta dovrà essere compiuta espressamente e per iscritto, e potrà avere ad oggetto unicamente la legge del paese di cittadinanza del conferente (o di uno dei paesi di cittadinanza, se l'adulto ha più cittadinanze) o la legge del paese in cui il conferente aveva precedentemente stabilito la propria residenza abituale. La scelta potrà cadere anche sulla legge del

¹⁵ Il dato assume un particolare rilievo alla luce del numero ancora assai elevato di ordinamenti giuridici statali che non conoscono la figura del mandato in previsione di incapacità, e di fatto non consentono a chi ne sia interessato di conseguirne (tutti) i vantaggi in altro modo. Così, per esempio, grazie alla Convenzione dell'Aja del 2000 un cittadino italiano residente in Francia può sin d'ora avvalersi in Germania, in Finlandia, in Svizzera o in un altro Stato vincolato dalla Convenzione di un *mandat de protection future* concluso in base al diritto francese. Un risultato, questo, che gli sarebbe precluso, invece, in forza delle norme in vigore in Italia, paese che non rientra fra quelli vincolati dalla Convenzione. Secondo l'opinione prevalente, infatti, i conflitti di leggi in materia di mandati in previsione di incapacità debbono essere risolti in base all'art. 43 della legge 31 maggio 1995 n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, che richiama la *lex patriae* del conferente, cioè, nella fattispecie, la legge italiana (così B. UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padova, 2006, p. 406, e P. FRANZINA, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Padova, 2012, p. 192). Tale legge non solo non conosce i mandati in previsione di incapacità in quanto tali, ma di fatto, più in generale, lascia pochi spazi all'idea di pianificazione sottesa a tali strumenti. In argomento, con riguardo allo stato attuale del diritto sostanziale, v. per tutti, in generale, A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova, 2012.

paese in cui si trovano dei beni del conferente, ma la *electio*, in tal caso, avrà effetto solamente per gli atti conclusi con riguardo a detti beni. Appare del tutto plausibile che l'interessato, posto di fronte alle opzioni offerte da tale norma, esprima la sua scelta pensando ai vantaggi materiali dischiusi dall'applicazione di una certa legge invece di un'altra: l'autonomia internazionalprivatistica accordata all'adulto, pur senza confondersi con quella negoziale, accresce, nei fatti, la capacità del singolo di governare le vicende che lo interessano, inquadrandole sin da subito nella cornice normativa statale maggiormente congeniale, dal suo punto di vista, alla realizzazione dei suoi programmi.

La capacità di controllo di cui discorriamo si rivela ancor più consistente se si considera che, ai sensi dell'art. 18 della Convenzione, le norme di conflitto ivi stabilite rivestono – come si suol dire – un'efficacia «universale», sono cioè idonee a richiamare, a seconda delle circostanze, tanto la legge di uno Stato contraente quanto quella di uno Stato non contraente. Di fatto, negli Stati contraenti, ciò consente all'adulto di vedere rispettate le sue aspettative circa la legge regolatrice del mandato da lui concluso senza doversi curare della circostanza che il paese la cui legge risulti richiamata a questo fine dalla Convenzione (vuoi in via obiettiva, vuoi in virtù di una sua scelta) sia uno Stato parte della Convenzione, o meno.

Da un diverso punto di vista, la Convenzione rafforza la capacità di controllo del mandante mettendo al riparo il funzionamento delle norme di conflitto dell'art. 15 dal rischio che le circostanze ivi contemplate come criteri di collegamento possano mutare nel corso del tempo. In mancanza di scelta, come si è accennato, la legge applicabile viene infatti identificata guardando alla residenza abituale dell'adulto al momento del conferimento dei poteri e, analogamente, per quanto riguarda la *electio iuris*, le leggi statali che il mandante è autorizzato a scegliere sono identificate avendo riguardo a connessioni esistenti in un momento determinato, conosciuto al conferente, e rese insensibili ad ogni eventuale modifica successiva.

Se le soluzioni tecniche ora descritte hanno l'effetto di facilitare l'autodeterminazione dell'interessato, vi è invece, nella Convenzione, una soluzione che rischia di ostacolare, almeno in qualche caso ed eventualmente solo in una certa misura, il concreto esercizio dell'autonomia. La possibilità accordata al disponente di scegliere, sia pure entro certi limiti, la legge applicabile alla sostanza del mandato non trova riscontro in un'analoga possibilità di designare lo Stato le cui autorità devono considerarsi competenti ad intervenire sulla sua protezione. Le norme sulla giurisdizione dettate dalla Convenzione fanno leva, in effetti, solo su titoli di giurisdizione di tipo obiettivo, che rispecchiano l'atteggiarsi degli elementi della fattispecie (la localizzazione della persona da proteggere o dei suoi beni), non la volontà dall'interessato. L'art. 8, par. 2, lett. *d*), della Convenzione, per la verità, prefigura la possibilità che la giurisdizione spetti allo Stato «whose authorities have been chosen in writing by the adult to take measures directed to his or her protection», ma non ricollega alla scelta dell'adulto un'attribuzione di competenza

alle autorità così selezionate. La Convenzione prevede, piuttosto, che le autorità a cui compete in via obiettiva la protezione dell'adulto (per regola, quelle dello Stato contraente in cui si trova la residenza abituale del beneficiario) possono – se ritengono che ciò sia funzionale all'interesse dell'adulto – chiedere alle autorità di un diverso Stato contraente di provvedere in tutto o in parte alla protezione della persona di cui trattasi: tra le autorità a cui il caso può essere trasferito rientrano, appunto, le autorità che lo stesso adulto abbia, a suo tempo, designato per iscritto per l'adozione di misure volte alla sua protezione.

Di fatto, lungi dal contemplare una vera e propria *electio fori*, la Convenzione permette alle autorità obiettivamente competenti di fare leva su un auspicio dell'interessato per compiere un atto – il trasferimento della competenza a delle autorità che si presumono meglio collocate per amministrare il caso – che rimane, in quanto tale, un atto discrezionale dell'autorità procedente.

Questa non piena valorizzazione della volontà dell'interessato, pur riflettendo il comprensibile desiderio di scongiurare il pericolo che autorità «vicine» alla fattispecie si vedano preclusa la possibilità di intervenire a tutela dell'adulto in ragione di una scelta di quest'ultimo (da esse non sindacabile), rischia in qualche caso di ostacolare il dispiegarsi degli assetti pianificati dallo stesso interessato attraverso un mandato in previsione di incapacità. In un campo come questo, caratterizzato da differenze non piccole fra le esperienze giuridiche nazionali, chi si appresta a concludere un mandato potrebbe in particolare volersi assicurare, attraverso una *electio fori* associata ad una convergente *electio iuris*, che un unico ordinamento venga preso a riferimento, a tempo debito, per identificare tanto la regolamentazione materiale del negozio quanto le autorità abilitate ad amministrarne le vicende. Questa coincidenza di *forum* e *ius* – una coincidenza a cui invero la stessa Convenzione dell'Aja del 2000 si rivela sensibile, sia pure in altri contesti¹⁶ – garantirebbe, infatti, un duplice ordine di vantaggi. Da un lato, assicurerebbe un coordinamento efficace tra protezione negoziale e protezione istituzionale dell'adulto, giacché le autorità designate dall'adulto attingerebbero dal medesimo ordinamento sia le norme deputate a regolare il mandato (quelle relative agli aspetti procedurali come quelle relative agli aspetti sostanziali, concernenti i poteri di rappresentanza) sia, in forza dell'art. 13 della Convenzione, le norme deputate a disciplinare la protezione istituzionale che eventualmente si renda necessaria per adeguare o completare l'assetto protettivo configurato dall'interessato. Dall'altro lato, allontanerebbe il pericolo che l'attuazione delle volontà a suo tempo espresse dal mandante possa subire delle interferenze – non previste – determinate dal rispetto dovuto all'ordine pubblico del foro o alle norme internazionalmente imperative ivi in vigore, ai sensi degli articoli 20 e 21 della

¹⁶ P. FRANZINA, *La Convenzione dell'Aja*, cit., p. 754.

Convenzione, giacché la protezione dell'adulto risulterebbe informata sin da subito, anche nei suoi aspetti negoziali, alla legge del foro.

5. Il raccordo fra protezione negoziale e protezione istituzionale dell'adulto

Le considerazioni svolte da ultimo evocano il secondo dei problemi evocati in precedenza, quello del raccordo fra la dimensione negoziale e la dimensione giudiziaria, o amministrativa, della protezione dell'adulto. Nel regime della Convenzione, il problema trova riscontro fondamentalmente nell'art. 16.

In base a tale norma, le autorità a cui la Convenzione attribuisce la competenza a pronunciarsi sulla protezione dell'adulto sono abilitate a modificare o revocare i poteri conferiti da quest'ultimo in forza di un mandato allorché risulti che tali poteri non sono esercitati «in a manner sufficient to guarantee the protection of the person or property of the adult».

I provvedimenti di modifica o revoca dei poteri del fiduciario rientrano nel novero delle misure che le autorità dello Stato contraente in questione sono abilitate ad adottare in funzione della protezione dell'adulto, e sono regolate – in linea di principio, secondo quanto dispone l'art. 13 della Convenzione – dalla legge del paese a cui tali autorità appartengono. Ben può darsi, pertanto, che la legge applicabile alla protezione istituzionale che le predette autorità sono abilitate a somministrare all'adulto non coincida con quella applicabile al mandato da lui concluso (ad esempio perché lo Stato in cui l'adulto era abitualmente residente al tempo del conferimento non è lo stesso in cui l'adulto ha la propria residenza abituale nel momento in cui viene sollecitato l'intervento delle autorità statali). Per ovviare alle difficoltà pratiche cui può dar luogo questa discrepanza, lo stesso art. 16 stabilisce che le autorità competenti, nel mettere mano ai poteri conferiti dall'interessato, «tengano conto», nella misura del possibile, della legge richiamata dall'art. 15. La flessibilità di cui dà prova il regime convenzionale riflette la preoccupazione che l'intervento delle autorità possa interferire con le autonome determinazioni dell'interessato, assunte sul presupposto dell'applicabilità di una legge diversa da quella che le autorità stesse potrebbero trovarsi ad applicare. Si tratta, in questo senso, di una flessibilità che sottende delle considerazioni materiali, connesse al generale favore per l'autonomia che sottende la Convenzione¹⁷. Sul piano tecnico, l'operazione cui fa spazio l'art. 16 si apparenta,

¹⁷ Non è questa, beninteso, l'unica ragione in nome della quale l'art. 16 della Convenzione consente una flessione della regola che assoggetta per principio la protezione istituzionale degli adulti alle prescrizioni della *lex fori*. La «presa in considerazione» prefigurata dalla norma può infatti giovare anche al mandatario e ai terzi, specie là dove questi, confidando nell'applicazione della originaria legge regolatrice del

almeno negli effetti, alla tecnica dell'adattamento, poiché comporta – secondo modalità che la Convenzione rinuncia deliberatamente a stabilire in modo rigido, affidandosi piuttosto alla sensibilità dell'operatore – una sorta di manipolazione delle regole pertinenti: le norme sostanziali che governerebbero il mandato in base all'art. 15 non richiedono di essere «applicate» alla fattispecie, ma appena di essere prese a riferimento, eventualmente per pervenire a un'applicazione delle norme in vigore nel foro modellata, per quanto possibile, sulle prime.

La Convenzione, del resto, pur senza prescriverla, non esclude che l'autorità precedente sottoponga ad un'analogia inflessione la stessa *lex fori* (sempre che dispongano in tal senso le norme di diritto internazionale privato comune in tema di adattamento, se del caso sviluppatesi in via di prassi). Non violerebbe la Convenzione, infatti, il giudice che, nel pronunciare secondo le norme del foro una misura di protezione modificativa o ablativa dei poteri del fiduciario, attribuisse a quelle norme un significato peculiare, tale da facilitarne un operare armonico con la legge straniera da cui è retto il mandato, cioè se applicasse quelle norme secondo modalità non conformi al loro ordinario modo di operare ma utili al coordinamento col regime del mandato. Una tale inflessione, del resto, comporterebbe per il diritto del foro un sacrificio minore di quello che l'autorità competente potrebbe porre in essere sulla base dell'art. 13, par. 2, della Convenzione. La norma indicata da ultimo permette infatti all'autorità investita della protezione di un adulto di applicare (o prendere in considerazione), in luogo della *lex fori*, la legge di un altro paese con la quale la fattispecie presenti «a substantial connection», salvo prefigurare tale eventualità come eccezionale e renderla disponibile solo là dove risulti funzionale alla migliore protezione della persona o dei beni dell'adulto. Non si può escludere che, in particolari circostanze, la clausola di salvaguardia appena enunciata possa essere impiegata per far sì che la protezione istituzionale somministrata dalle autorità di uno Stato contraente sia regolata dalla medesima legge a cui soggiace il mandato su cui tali autorità vengono sollecitate ad intervenire¹⁸.

6. La tutela dei terzi che entrino in contatto col mandatario o con chi appaia essere tale

Il terzo e ultimo problema che ci si è ripromessi di affrontare ruota attorno all'esigenza di accordare un'adeguata considerazione, in questo campo, non soltanto agli interessi dell'adulto, ma anche agli interessi dei terzi con cui il mandatario entri in contatto.

mandato, siano esposti a qualche forma di pregiudizio o di inconveniente per effetto della (rigida) applicazione della *lex fori*.

¹⁸ Ciò potrebbe avvenire, per ipotesi, quando si tratti di apportare una modifica del tutto marginale ad un mandato in previsione di incapacità che, per il resto, appaia idoneo ad assicurare un'efficace protezione dell'adulto.

Le aspettative di questi ultimi soggetti rischiano di essere pregiudicate allorché il mandatario, agendo in questa veste con un terzo, ecceda i poteri conferitigli dal disponente, o quando la persona con cui il terzo si relaziona, pur presentandosi come mandatario di un adulto vulnerabile, sia del tutto privo, in realtà, del potere di rappresentarlo. L'atto compiuto in queste circostanze, valutato alla luce della legge deputata a regolare l'estensione dei poteri di cui trattasi, dovrebbe considerarsi inidoneo a produrre i suoi effetti nella sfera dell'adulto. Senonché, l'esito appena descritto potrebbe differire da quello a cui si perverrebbe giudicando l'adeguatezza dei poteri del mandatario sulla base della legge di un altro paese, sulla cui applicazione il terzo abbia ragionevolmente motivo di confidare, segnatamente perché si tratti della legge del paese in cui l'atto è stato concluso (la *lex loci actus*).

Per tutelare in questo scenario l'affidamento del terzo, l'art. 17, par. 1, della Convenzione dell'Aja del 2000, ispirandosi alla celebre sentenza *Lizardi* della Cassazione francese¹⁹, contempla l'ipotesi di un atto concluso da un terzo con una persona che, in base alla *lex loci actus*, sarebbe legittimata ad agire come rappresentante dell'adulto. La validità di tale atto, dispone la norma, non potrà essere contestata per la sola ragione che tale legittimazione non sussiste in base alla legge deputata a regolare i poteri rappresentativi di cui trattasi. Il terzo, aggiunge lo stesso art. 17, par. 1, non potrà tuttavia fare appello alla norma ora ricordata se risulta che il terzo sapesse – oppure avrebbe dovuto sapere, usando la diligenza richiestagli – che la predetta legittimazione dipendeva dalla legge che, di per sé, in base alla Convenzione, regola i poteri di rappresentanza. Ai sensi dell'art. 17, par. 2, la norma è applicabile solamente allorché l'atto di cui trattasi sia stata concluso fra persone che, al momento della sua conclusione, si trovavano sul territorio del medesimo paese. Se quest'ultima condizione non è soddisfatta, si presume che il terzo possa rappresentarsi l'eventualità che i poteri del rappresentante debbano essere apprezzati in base a una legge straniera, e non meriti dunque di essere tutelato se confida nondimeno sull'applicazione della *lex loci actus*.

La soluzione accolta è simile a quella prevista dal regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I») per il caso in cui si faccia questione della validità ed efficacia del contratto concluso (non già dal mandatario dell'adulto, ma) direttamente dall'adulto di cui trattasi, che non sia in grado di concludere validamente l'atto secondo la legge regolatrice della sua capacità. L'art. 13 del regolamento dispone che, in un contratto concluso tra persone che si trovano in uno stesso paese, una persona fisica, capace secondo la legge di tale paese, può invocare la sua incapacità risultante da un'altra legge

¹⁹ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 16 gennaio 1861, reperibile nella banca dati Legifrance, all'indirizzo <http://www.legifrance.gouv.fr>.

soltanto se, al momento della conclusione del contratto, l'altra parte contraente era a conoscenza di tale incapacità o l'ha colpevolmente ignorata.

Bibliografia

- BALLARINO T., *Is a Conflict Rule for Living Wills and Euthanasia Needed?*, in *Yearbook of Private International Law*, 2006, p. 5 ss.
- COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA, Raccomandazione (1999) 4, *Principles concerning the legal protection of incapable adults*.
- COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA, Raccomandazione (2009) 11, *Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity*.
- FRANZINA P., *La Convenzione dell'Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 748 ss.
- FRANZINA P., *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Padova, 2012.
- FRIMSTON R., A. RUCK KEENE, C. VAN OVERDIJK e A. WARD, *The International Protection of Adults*, Oxford, 2015.
- GORGONI A., *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova, 2012.
- UBERTAZZI B., *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padova, 2006.

Religious Values and Conflict of Laws: old problems and new perspectives

Table of contents

1.	Preliminary Remarks	187
2.	Religious values and nationality	191
3.	<i>Electio iuris</i> and religious values	198
4.	Public policy and religious values	201
5.	The Conventional approach	206
6.	Concluding Remarks	210
	Bibliography	212

1. Preliminary Remarks

Religious values are granted by several international acts.

Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) contains the fundamental principles protecting religious liberty as a matter of basic human rights jurisprudence.¹ Article 18 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)² sets up the fundamental principles which guarantee the *forum internum* of religious belief.³ In a General Comment, the Human Rights Committee (CCPR) explicitly states that the concept of worship also extends “to ritual and

* Associate Professor of International and EU Law at the University of Trieste.

¹ Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217a, 71 U.N. GAOR., 3d Sess., 1st plen. mtg., U.N. Doc. A/810 [Dec. 12, 1948]: “Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion: this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance”. See L.D. Wardle, *Marriage and Religious Liberty: Comparative Law Problems and Conflict of Laws Solutions*, *Journal of Law and Family Studies*, 12, 2010, 315.

² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (no. 16) 49, U.N. Doc. A/6136 at 52 (1966), in force since 3.1.1976; International Covenant on Civil and Political Rights, R.A. Res. 2200 (XXI) 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 at 52 (1966), in force since 23.3.1976.

³ See e.g. Universal Declaration of Human Rights (UDHR), GA Res. 217/A (III), 10.12.1948, U.N. Doc. A/810 at 71.

ceremonial acts giving direct expression to belief, as well as various practices integral to such acts, including the building of places of worship”.⁴

In recent years, many debates in Europe have concerned religious values.

Studies on the management of the growing religious pluralisation and diversity are increasingly fundamental. In fact, from the perspective of Horizon 2020, it must be pointed out that the consideration of religious values appears to be in keeping with one of the main goals of the EU, within the complex human rights common framework outlined by both the European Charter and by the ECHR. Discrimination based on religious grounds can be penalised by the European Institutions and by the ECtHR. The common framework of these solutions can be found in their neutrality towards the religious values, generally considered “the only possible synthesis through which the European institutions can subsume different national experiences regarding the phenomenon of religion within a common European law of religion”.⁵ However, the accession of the European States to the European Convention on Human Rights and to the European Union did not achieve homogenisation in the protection of rights concerning religious topics. This consideration is confirmed, for example, by the various national rules about religious symbols, as recalled by the European Court of Human Rights, through the national margin of appreciation. In some cases, the state authorizes the displaying of non-proselytizing symbols, (such as the crucifix in Italy);⁶ in others, the state bans the displaying of such symbols (like France, Spain and Italy for the *burqa* and the *niqab*).

Recent decisions of the Strasbourg Court on national bans on the use of the veil and the European rules highlight that two conflicting models seem to be equally accepted:⁷ the multicultural one, in which the community prevails over the individual, on the assumption of the acceptance that all cultures are placed on the

⁴ Human Rights Committee (HRC), General Comment adopted by the Human Rights Committee under Article 40, § 4 of the ICCPR, General Comment No. 22(48), *The right to freedom of Thought, Conscience and Religion*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 4 (July 30, 1993), § 4: hereinafter General Comment No. 22.

⁵ A. Ferrari, S. Pastorelli, (eds.) (2013) *The Burqa Affair Across Europe (Between Public and Private Space)*.

⁶ *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, § 70 [Eur. Ct. H. R. Grand Chamber Mar 18, 2011], <http://www.echr.coe.int>; in this case, the Grand Chamber reversed the judgment of the Second Chamber [*Lautsi v. Italy*, App. No., 30814/06, Eur. Ct. H. R., Second Section, Nov., 3, 2009, <http://www.echr.coe.int>], holding that “the decision whether crucifixes should be present in State – school classrooms is, in principle a matter falling within the margin of appreciation of the respondent State”. See § 68.

⁷ *Dahlab v. Switzerland* (2001), N. 42393/98, Eur Cour. HR 449; *Leyla Sahin v. Turkey* (2005), N. 44774/98, 2005-XI Eur. Ct. H. R. 173, 165; *Dogru v. France* (2009), N. 27058/05, Eur. H. R. Rep., 182; *Aktas v. France* (2009), N. 43563/08; *Ahmet Arslan and others v. Turkey* (2010), N. 41135/98; *S.a.s. v. France* (2011), N. 43835/11; see C. W. JR. DURHAM, D. M. KIRKHAM, T. LINDHOLM, *Islam and Political – Cultural Europe*, 2012.

same level, having equal relevance;⁸ and the intercultural one, in which the individual prevails over the minority community whose interests are subordinated to those of individuals, as pluralism is limited in the name of the common values of the community-state.⁹

Within the intercultural approach, the problem of religious values in conflict of laws arises.

It must be pointed out that the national systems differ in the way they see the relationship between law and religion: as distinct, as in secular and Western legal systems, or as interconnected as in the Jewish and in the Islamic traditions. Within some systems, religion is the factor to solve the conflict of laws that instead of being inter-territorial become inter-personal, like in India, where, in regard to the Law of Persons (marriage, adoption, legitimacy and legitimation) each of the religious communities inhabiting the subcontinent, namely the Hindu, the Muslim, the Christian, the Parsi, the Buddhist, the Sikh and the Jain (the last three are usually deemed to be part of the Hindu community) is governed by its own personal law, legislative or customary. Personal laws give rise to conflicts in cases of family and succession law which result from the conversion of a spouse from one faith to another (i.e. by marriage), even without any change in the other connecting factors (domicile).¹⁰ In other countries, separate religious or customary courts decide issues relating family matters, alongside state tribunals (such as Israel and many Islamic countries); while finally in some Islamic nations we may find Islam as the state religion.

Generally speaking, problems arise when people cross borders or act in a country other than their own, because of the different nature of institutions and rules. The fact that the same word is used does not mean that the effects are, or ought to be, the same. So, the problem with differences in the ways of formalising relationships among individuals may contrast with their recognition and consequently may frustrate individuals' actions.

The expression "conflict of laws" is used as a result of the fact that national laws with respect to legal relationships differ from state to state, thus giving rise to conflict. Rules of choice of law are devised and applied by courts with the objective of resolving conflicts between the laws so as to render justice to the parties, subject to constitutional limitations and statutory directives of the concerned state.

⁸ *S.a.s. v. France* [2011], Eur. Cour. N. 43835/11, § 87, available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-145466>.

⁹ *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, § 70 (Eur. Ct. H. R. Grand Chamber Mar 18, 2011), <http://www.echr.coe.int>.

¹⁰ V. C. GOVINDARAJ, *The Conflict of Laws in India*, Oxford, 2011.

In family relationships, religious values are more relevant than in other contexts. For example, in some countries, marriages take place according a religious form, while other countries require a civil marriage: will either system give effect to the other's form of marriage? When a Muslim husband in India repudiates his Italian wife by pronouncing the formula of repudiation "TALAQ" three times, can this repudiation be recognised in Europe? Some marriages take place when the spouses are not in the same country. This often seems to occur within communities dispersed because of war or persecution such as the Somalis. It is not unusual to see the use of proxy or telephone marriages where one or both spouses are not present at the marriage ceremony. Under Muslim law these are perfectly lawful arrangements. According to the British Asylum and Immigration Tribunal, they are not to be recognised for immigration purposes.¹¹

To solve these conflicts, we must deal with the general problem of cultural identity, by answering a simple question: can cultural identity and the various factors connected to it, i.e. religion, "personalise" the conflict of laws, even where conflicts are usually deemed to be inter-territorial?

The answer to this question is not easy because, national systems of conflict of laws sometimes attempt to prevent reliance on other laws, above all when religious values become relevant. For example, English private international law rules were rewritten in the 1970s to prevent Muslims from using extra-judicial means of divorcing.¹² This contradictory system of rules is accompanied by the well-known regulation set by the Asylum and Immigration Act 2004: the UK introduced a requirement for a certificate of approval for marriage. Those who were not European Economic Area nationals or did not have indefinite leave to remain in the UK were obliged to acquire a certificate of approval upon paying a fee and submitting relevant documents to the Home Office. Only after that could they apply to a registrar for a license to marry. People marrying in the Anglican Church were exempt from such a requirement.¹³

Sometimes national systems forbid the application of the foreign law, focusing on the *lex fori*; recently, several problems have been pointed out by the 2010 *Save Our State Amendment* to the Oklahoma Constitution, as well as by the 2011 *Arizona Foreign Decisions Act*, both focused on the Sharia.¹⁴

¹¹ P. SHAH, *Transnational Family Relations in migration contexts: British variations on European Themes, Religare*, 2011, 7, 15.

¹² D. PEARL & W. MENSKI, *Muslim Family Law*, London, 1998.

¹³ The European Court of Human Rights found that these rules violated the couple's right to marry and were discriminatory in conjunction with the right to marry and freedom of religion: *O' Donoghue and others v. the United Kingdom* [2010], Eur. Cour. N. 34838/07, § 87, available at <http://cmiskp.echr.coe.int>.

¹⁴ *Save Our State Amendment*: "The courts...when exercising their judicial authority, shall uphold and adhere to the law as provided in the United States Constitution, the

However, the human rights framework highlights the need to read private international law rules in view of the intercultural approach as a way to achieve legal pluralism,¹⁵ or to say it with Shah, to consider the conflict of law rules a way to achieve the “comity of people” instead of the “comity of nations”.¹⁶ In this context, international harmony, as the main core of private international law, should probably be refocused on the law governing personal identity in multicultural contexts. The emergence of a right to cultural identity, even if still vague and uncertain, can hardly be said to be without impact upon conflict of law rules.¹⁷ The path to reach this solution is long and winding but we have at least three shortcuts to develop a legal strategy that seeks to protect religious values as a part of the individual cultural identity, thereby “personalizing” the conflict of laws rules.

2. Religious values and nationality

In the field of conflict of laws, religious values are usually included within the connecting factor of nationality.

Following Pasquale Stanislao Mancini, and the Italian school of international law,¹⁸ several systems maintain, as a consequence of the assumption that the nation – based upon a unity of culture and will – is the unique, legitimate foundation of any independent state, that every national system of conflict of laws must respect the law of nationality. This is a tribute to the nations’ equal sovereignty, in the fields of civil law strictly connected with the national identity, as defined by language, religion, history, i.e. personal condition, marriage, family relations, succession in movables and immovables.

Oklahoma Constitution, the United States Code, federal regulations promulgated pursuant thereto, established common law, the Oklahoma Statutes and rules promulgated pursuant thereto, and if necessary the law of another state of the United States provided the law of the other state does not include Sharia Law, in making judicial decisions. The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia law”. *Arizona Foreign Decisions Act 2011*: “...a court shall not use, implement, refer to or incorporate a tenet of any body of religious sectarian law”: H.B. 2582, 50th Legis 1st Reg. Sess. (Ariz. 2011).

¹⁵ J. GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism? Journal of Legal Pluralism* 24 (1986), 1 – 55.

¹⁶ P. SHAH, *Transnational Family Relations in migration contexts*, 18.

¹⁷ A. MALATESTA, *Cultural Diversity and Private International Law*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, Liber Fausto Pocar*, 2009, II, 653, S. Bariatti, G. Venturini eds., 2009.

¹⁸ S. TONOLO, *L'Italia e il resto del mondo nel pensiero di Pasquale Stanislao Mancini, Cuadernos derecho transn.*, 3, 2011, 178 – 192.

The rules of conflict of laws in matters of personal status have been stated over the last three centuries, in order to consider the diversity of family situations, and to solve the difficulties related to the application of different national laws.

On the one hand, the category of personal status has been broken down into several sub-categories all having their own rules: capacity, name, marriage, divorce, adoption; on the other hand, other rules have been developed, either declining subsidiary connecting factors based on Kegel's ideas (the law of the common nationality, in the absence of which the law of the common habitual residence, in the absence of which the *lex fori ecc...*), or defining a new connecting factor, founded on the choice of the parties: the *electio iuris*.¹⁹

However, in this context, nationality, a connecting factor that is essentially secular, instead becomes necessarily related to religious values when the national system recalled by it is split on a personal basis in many legal systems. In the Continental European system of private international law, when a choice of law rule refers to foreign law, the applicable foreign law is to be treated as *law* by the courts, in all procedural aspects and not as a fact, contrary to the common law approach. The applicable foreign law may be of a religious origin, for example, when it is closely linked with Shari'a and Islam, or with the Canon law of the Roman Catholic Church, or with Talmudic law and Judaism. To be applicable in a dispute, the foreign law must, however, qualify as *the law of a nation-state*. The Shari'a, Talmudic law or Canon law, does not in itself constitute applicable law. A religious law receives the label of state law only to the extent that it is recognized by the state, for example through codification, or is applied by the courts of the state.

In order to choose the specific rule applicable to the case, religion becomes the determining factor, as for example in the Indian subcontinent. In fact, in cross-border cases, in particular when the persons have their origin in states with religion-based personal laws, the states of origin often demand full compliance with their religiously coordinated family laws, including when the persons concerned reside abroad.

Some systems set up religious privileges, like Section 5 of the Hindu Marriage Act, according to which a Hindu marriage can take place only between two Hindus,²⁰ or like the hidden privilege disposed by article 19 – 5 of the Iraqi civil code, affirming that if one of the spouses is Iraqi at the time of celebration of marriage, only Iraqi law shall be applicable. As the Iraqi system is split into several systems defined by individuals' faith, following article 19 – 5, the judge, vested through the religious factor (Muslim Courts for Muslim people, Civil Courts for non-Muslim people

¹⁹ See *infra* 3

²⁰ V. C. GOVINDARAJ, *The Conflict of Laws in India*, 116.

applying the law of the religious community to which the spouse belongs) must apply the religious rules of the Iraqi spouse.²¹

When the functioning of this connecting factor leads to a system containing such privileges contrasting with other fundamental values, i.e. rights of women, rights of children, etc. private international law offers the public policy exception, generally considered as the ultimate guarantee for the protection of the fundamental values of the forum state's legal order.

Public policy is subject to continuous reconsiderations and is influenced by the political trends followed by each national court (relativity of public policy). Family law principles are often regarded as a matter of a country's public policy, since marriage is an institution and a part of the normative reality of a State.²² This is especially seen when we are confronted with the question of applying the family laws of a country belonging to another religious culture than our own. More generally, the coexistence of legal systems reflecting different traditions – including cultural and religious ones – points out the need to investigate the fact that national courts are facing a growing number of cases in which the rules of different legal systems clash, within the well known phenomenon called “clash of civilisations”.²³ This, despite the fact that many Islamic countries are reforming their national systems of family law, by reducing the relevance of religious values within their national systems (Morocco, Algeria, Tunisia).²⁴

Generally speaking, the religious origin of foreign rules should not, as such, have been qualified as an infringement of the public policy of the forum state.²⁵ In fact, there are several cases of contrast with public policy, not determined by the

²¹ For a recent case, see Cass. Irak, 26.3.2007, *Revue critique dr. int. privé*, 2009, 40: H. AL DABBAGH, *Mariage mixte et conflit entre droits religieux et laïque*, 29 – 39.

²² H. THUE, *Connecting Factors in International Family Law*, in *Families Across Frontiers*, 53 – 62, N. Lowe & G. Douglas, (eds.), The Hague, Boston, London, 1996,.

²³ P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et réputation*, Genève, 1972; J. DÉPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, *Recueil des Cours*, 211, 1988 – IV, 9.

²⁴ A. QUINONES ESCAMEZ, *La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana 2004) en Europe*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, 877; K. SAIDI, *La réforme du droit algérien de la famille: pérennité et rénovation*, *Revue internationale de droit comparé*, 2006, 121.

²⁵ S. VRELLIS, *Conflits ou coordination de valeurs en droit international privé*, *Recueil des Cours*, 2007, 328, 175 – 486; K. MEZIOU, *Migrations et relations familiales*, *Recueil des Cours*, 2009, 345, 9 – 386; Z. Combalia, M. P. Diago, A. Gonzáles – Varas (eds.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Madrid, 2011; N. Bernard-Maugiron & B. Dupret (eds), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, 2012.

application of religious values, such as same sex marriage,²⁶ or post-death marriage.²⁷ However, in some cases religious values create a contrast with public policy, such as for polygamous marriage and repudiation, even if in many cases institutions of Islamic law do not give rise to problems, as for example the matrimonial regime of separation of property.

Thus, religious values must be considered as a relevant factor in the conflict of laws' field, but not necessarily as a source of conflicts.

Europeanisation and globalisation of sources of private international law do not preclude the chance that conflict of laws should also deal with individual identities and should offer different solutions.

For example, repudiation has been evaluated by national courts in a number of different ways.

In Italian case law, its recognition has been prevented through the public policy exception, to avoid discrimination against women,²⁸ or for being pronounced without intervention of the court.²⁹ The main problem of this application of the public policy exception is the limping situation concerning the *personal status* of the individuals involved in the repudiation. A possible way to solve this problem is available recalling art. 3, n. 2 letter e) of the l. 898/70 on the dissolution of marriage, literally ruled only for the wife who is Italian, allowing to consider the repudiation pronounced abroad like a ground for the application for divorce in Italy, even in cases of divorce claimed by foreign women domiciled in Italy.³⁰ In other cases a solution is found by recognising the repudiation, due to the principles of the public policy – proximity, like in a case concerning an Egyptian *talaq*:³¹ in this case, Italian judges point out that the notion, put forward to protect the complex of values “that characterise the fundamental ethical and social structure of the national community in a given time in history must be reduced to ‘its core’, to the principles that are really indefeasible and fundamental” to the legal system. This

²⁶ Not allowed in Italy: Cass., 15.3.2012 n. 4184. See the recent ECtHR, *Oliari and o. v. Italy*, App. No. 18766/11 – 36030/11, [Eur. Ct. H. R. July, 21 2015] <http://www.echr.coe.int>.

²⁷ Allowed for example by the Belgian case law: Cass., 2.4.1981, *Rev. cr. Jur. Belge*, 1983, 499.

²⁸ In Italy: App. Roma, 29.10.1948, *Foro pad*, 1949, I, 348; App. Milano, 17.12. 1991, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 109; App. Torino, 9.3.2006, *Dir. fam.*, 2007, 156; Trib. Milano, 24.3.1994, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, 853; Trib. Milano, 11 3. 1995, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 129; in France: Cass., 1.6.1994, *Revue critique*, 1995, 103; Cass., 31.1.1995, 569; Cass., 11.3.1997, *Clunet*, 1998, 10.

²⁹ App. Milano, 14.12.1965, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, 381.

³⁰ C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, *R. d. int. priv. proc.*, 1999, 25, 38.

³¹ App. Cagliari, 16.5.2008, www.immigrazione.it.

core content cannot disregard the assertion of the essential rights of defence, as required by article 65 of Law 218/95. In the case, the Court of Appeal emphasises that repudiation ensures a safeguarding of the adversarial principle since, under Egyptian law, the wife has the chance to ask for the dissolution of the marriage through the procedure of the *khola* and the *talaq* does not qualify as “simply a monitoring process, in which the plaintiff is limited to express – in a purely assertive manner – his claim of dissolution, but is structured as a complex procedure, “in which the possibility for the wife to intervene ensures the irreversible dissolution (...) of the sharing of lives and affection between spouses, and regulates the economic rights” of women. Given these considerations, no element of conflict with public order is found by the Court, whose scope overrides the fulfilment of the requirements “of Egyptian law for the validity and irrevocability of the divorce”.

In terms of public policy, proximity is a problematic concept, often leading to opposite solutions: in Belgium, despite the fact that the recognition of foreign repudiation is expressly regulated by the Law of 16 July 2004 holding the code of private international law,³² judges recognised a repudiation under Moroccan law, that did not provide for the wife’s right to alimony, even though the couple had lived in Belgium for more than nine years and since the birth of their children.³³

In France, the relevant case law may be classified into three stages.

After a first stage in favour of recognition of the repudiation, founded on the so-called attenuated effect of the public policy exception, and in the light of some bilateral agreements on judicial cooperation concluded by France and some countries of North Africa,³⁴ acts of repudiation were not recognised for several reasons: on the one hand, the judicial procedure did not ensure sufficiently the

³² Article 57 – Foreign divorce based on the will of the husband: “§ 1. A foreign deed establishing the intent of the husband to dissolve the marriage without the wife having the same right cannot be recognized in Belgium. § 2. Such deed can however be recognized in Belgium after verifying whether the following cumulative conditions are satisfied: 1° the deed has been sanctioned by a judge in the State of origin, 2° neither of the spouses had at the time of the certification the nationality of a State of which the law does not know this manner of dissolution of the marriage; 3° neither of the spouses had at the time of the certification their habitual residence in a State of which the law does not know this manner of dissolution of the marriage; 4° the wife has accepted the dissolution in an unambiguous manner and without any coercion”.

³³ Within the Belgian case law see the leading cases: Cass., 18.6.2007; Cass. 3.12.2007, in J.Y CARLIER, *Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation, Revue générale de droit civil belge*, 2008, 525.

³⁴ Among these, particularly relevant it is that concluded with the Kingdom of Morocco, *Convention entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, Décret n. 83-435 du 27 mai 1983*, in J.O. 1^{er} juin 1983, p. 1643 [art. 13].

womens' rights of defense (cd. *ordre public procedural*), on the other hand, there was a lack of provisions about maintenance obligations (*ordre public alimentaire*). The leading case is the judgment pronounced in 2004 by the Supreme Court,³⁵ affirming that the provision of divorce – remedy available only to the husband – violates the principle of equality between spouses, as enshrined in art. 5 of Protocol 7 of the ECHR, and it is thus not allowed by French public policy. In this case, we may find an abstract assessment concerning the repudiation, regardless of the woman's consent, supported by the reference to the equality between spouses as enshrined in international acts and more generally by the European public policy. Following this judgment, French judges have repeatedly refused to recognise the divorce requested by the wife,³⁶ according to Moroccan law,³⁷ the *chicqa*, in a case concerning couples resident in France for several years.³⁸

In light of this case law, we cannot be too optimistic about the possible outcomes of the provisions of the Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December, implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and

³⁵ Cass. 17.2.2004, *Revue critique de droit international privé*, 2004, 423: “*Mais attendu que l’arrêt retient que le jugement du Tribunal de Biskra avait été prononcé sur demande de M. X... au motif que “la puissance maritale est entre les mains de l’époux selon la Charia et le Code” et que “le Tribunal ne peut qu’accéder à sa requête”; qu’il en résulte que cette décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d’effet juridique à l’opposition éventuelle de la femme et en privant l’autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d’aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d’égalité des époux lors de la dissolution du mariage, reconnu par l’article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l’homme, que la France s’est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et à l’ordre public international réservé par l’article 1er d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que, comme en l’espèce, la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français; qu’ainsi, la cour d’appel a légalement justifié sa décision au regard des textes susvisés*”. On this case, see: H. FULCHIRON, “*Ne répudiez point... pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004*”, in *Rev. int. droit. comp.*, 1, 2006, 7 ss.; M. L. NIBOYET, *Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes*, in *Rev. int. droit comp.*, 2006, 27, p. 32 ss.; M.C. NAJM, *Le sort des répudiations musulmanes dans l’ordre juridique français. Droit et idéologie(s)*, in *Droit et cultures*, 2010, n. 59, 209.

³⁶ Cass., 3.1.2006, *Revue critique dr. int privé*, 2006, 627; Cass. 4.11.2009, *Dalloz*, 2010, 543.

³⁷ *Dahir* n. 1.04.22, 3.2.2004, *Bulletin Officiel du Royaume du Maroc*, n. 5184, 5.2.2004, 418.

³⁸ For some critical remarks to the French decisions, see: K. ZAHER, *Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains*, *Revue critique*, 2010, 313 e ss.; H. FULCHIRON, *Droits fondamentaux et règles de droit international privé: conflits de droits, conflits de logiques? L’exemple de l’égalité des époux et responsabilité des époux au regard du mariage, durant le mariage, et lors de sa dissolution*, in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 2002, 353 ss.

legal separation for the states participating (namely, Belgium, Bulgaria, Germany, Spain, France, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Hungary, Malta, Austria, Portugal, Romania and Slovenia).³⁹ Article 10 targets religious law, to solve the conflicts of laws that arise in cases of repudiation. According to this provision, which is a special and additional kind of public policy provision, the law of the forum shall replace the applicable foreign law when that law “makes no provision for divorce or does not grant one of the spouses equal access to divorce or legal separation on grounds of their sex”. Laws not providing for divorce refer primarily to laws of a Canon law origin (until recently this applied to Malta in Europe), whereas laws discriminating on the basis of a spouse’s sex refer to, in particular, Islamic laws. As in the case of the Belgian Code of private international law, it is not certain that judges will follow a strict interpretation of this regulation, whereas equal access to divorce is not granted on equal basis to spouses.

The problems deriving from the application of nationality as connecting factor clearly show the difficult link to religious values.

More recently, the concept of habitual residence has been introduced, especially in EU private international law rules, as an alternative connecting factor to the principles of nationality and domicile. This concept is relatively new as a connecting factor in private international law; originally used in some bilateral conventions on jurisdiction and enforcement of judgments in the second half of the nineteenth century, the notion of habitual residence is found in the Hague Convention of 1902 on Guardianship. Following the Second World War, habitual residence gained greater importance in the Hague Conventions as a connecting factor instead of citizenship. Habitual residence is meant to be different from domicile in that the element of intention is weaker. It is the regular physical presence in a country that constitutes the concept, thus making it easier to apply than the principle of domicile, with its subjective element of intention.

In contemporary private international law, there is a strong trend away from nationality principle and towards domicile or even more habitual residence as decisive for the choice of law in personal matters. The main argument for this shift seems to be that the principle of habitual residence is more suitable and adequate than the nationality for the authorities, since the nationality principle often points to foreign law as being applicable and to foreign institutions. However, Europeanization and globalisation of sources of private international law does not preclude the chance that conflict of laws should also deal with individual identities. To the extent that the European systems have until now allowed the application of foreign laws, we find the problem of survival in Europe of an idea of the personality of laws. In fact, it is generally accepted that conflict of laws faces the individual identities of people involved in international relations. Cultural identity may be considered

³⁹ O.J. 29.12.2010 L 343/14.

collective and individual at the same time, because each member of the group has an identity of its own.

National law as a dimension of culture is part of a person's identity. A person's notion of law is part of the basis upon which expectations are built and choices made. Sometimes, in family matters, legal regulations express culture and religion.⁴⁰ This is the case even in secular societies because the roots of certain institutions like marriage are to be found in religion: seen from a Muslim point of view the Swedish religion – neutral family law legislation is the Swedish version of Christian marriage.⁴¹ While nationality cannot be changed overnight, neither habitual residence nor domicile, used as connecting factors for choice of law, satisfy the requirements of a personal law, due to their instability and changeability. The law of nationality is the law of a person's cultural origin. So, it is clear that a person moving from one religious culture to another will find it strange and unacceptable to be subjected to the family laws of the new country of domicile or habitual residence upon arrival or shortly after.

3. *Electio iuris* and religious values

Among the shortcuts available to “personalise” the conflict of laws rules, respecting religious values, the first one is given by the well-known connecting factor of the *electio iuris*.

In fact the *electio iuris* is a connecting factor generally used in the field of contracts. The parties of a contract usually make a selection as to the applicable law that can be explicit, implied but unambiguous (i.e. in case of the choice of forum), and not opposed to public policy. Such is the case even if the selected legal system has no real connection with the contract.

To give effect to religious values within the field of conflict of laws, some authors suggest adapting the selection available to individuals.⁴²

National judges are not usually in favour of this solution, for instance in the case of spouses who get divorced by mutual consent according to Thai law and registered the divorce at the Thai embassy in Bonn. The BGH applied the German law as *lex fori*, instead of the Thai law and declared the divorce null and void.⁴³ Subsequently the solution of the BGH became the codified rule of art. 17 EGBGB.⁴⁴ If the choice

⁴⁰ H. THUE, *Connecting Factors*, 59.

⁴¹ H. THUE, *Connecting Factors*, 59.

⁴² L. GANNAGÉ, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, *Revue critique de droit international privé*, 1992, 425; J. Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, 1992.

⁴³ BGH, 14.10.1981, BGHZ 82, 34, *IPRax*, 1983, 37.

⁴⁴ G. KEGEL, *Scheidung von Ausländern im Inland durch Rechtsgeschäft*, *IPRax*, 1982, 22.

of law could have worked in the case, the solution would have been different, as in the case of the Rome III Regulation. The non-application of the Thai law of the couple – thus forcing them to obtain a judicial decision to get divorced – is against the protection of the cultural identity of the person.⁴⁵

Another paradigmatic illustration of the courts' reluctance to enter into the religious sphere is the case concerned a bank loan dispute decided by the English Court of Appeal. In the case, *Shamil Bank*, the choice of court in the loan contract was in favour of an English Court, but the clause stipulating the law to govern the contract referred to *Shari'a*. The Court of Appeal decided the dispute only on the basis of the English Law, affirming, among other dicta, that Islamic rules were really only religious principles and far too imprecise to be applied, while the international rules applicable to contracts envisaged only the law of a particular state legal system.⁴⁶

Likewise, against the application of Islamic Law there is the consistent American case law concerning *mahr*,⁴⁷ the compulsory gift from husband to wife, the amount of which is normally agreed upon in relation to the marriage contract, paid either at the time of marriage, on demand, or at the dissolution of marriage by divorce or death. For example in 2001, the California Court of Appeal refused to apply the Islamic law in a case concerning an Egyptian couple married in Egypt, according to a pre-nuptial agreement, because of the difficulty of regulating the *mahr*, as “the legal system in various Islamic countries will often be influenced by one school or the other”.⁴⁸ In 2007, the Washington Court of Appeals applied the Washington Law, in a case concerning Jordanian citizens, resident in US, because there is no “written separation contract or prenuptial agreement” and “if the marriage certificate is a prenuptial agreement, it is invalid because it was economically unfair on its face” (the exchange of 19 pieces of gold for equitable property rights is unfair under the Wash. Rev. Code § 26.09.080).⁴⁹

In the opposite direction we may find only the French jurisprudence about cases concerning *mahr*.⁵⁰ In 1995, the Cour d'Appel de Paris classifies *mahr* as an

⁴⁵ E. JAYME, *Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts, Jahreshft der Internationalen Juristenvereinigung*, Osnabrück 1991/1992, 2, 8.

⁴⁶ *Beximco Pharmaceuticals v. Shamil Bank of Bahrain EC* [2004] Part 12, Case 9 [CAEW], available at www.ipsufactoJ.com/international/index.htm.

⁴⁷ Several words are used as synonymous: *sadaq*, which means friendship, present, gift (Qu'ran verse 4:4); *farida*, which means “a gift or disposition instituted by God” (Qu'ran verses 2:236; 2: 237; 4:24); sometimes the *mahr* has a religious object: the gift of Koran, the gift of some lessons on Koran. See the Encyclopedia of Islam online.

⁴⁸ *In re Marriage of Shaban*, 105 Cal. Repr. 2d 863 (Cal. Ct. App. 2001), *Lexis Nexis Academic*, n. 349.

⁴⁹ *In re Marriage of Souhail Altayar and Sarah Assawad Muhyaddin*, n. 57475-2-1 (Wash. Ct. App., July 23, 2007), *Lexis Nexis Academic*, n. 2102.

⁵⁰ Several words are used as synonymous: *sadaq*, which means friendship, present, gift (Qu'ran verse 4:4); *farida*, which means “a gift or disposition instituted by God” (Qu'ran

indicator of the choice of property regime, in a case concerning a Lebanese citizen of the Greek Catholic confession, already married according to the Lebanese law, and subsequently married to a Polish citizen in Lebanon according to the Muslim rites – the only way to marry the new girlfriend as he could not get a divorce according to the Lebanese law. At the moment of the divorce from the second wife, he had to pay his wife 3,000 Lebanese pounds. The Court of Appeal of Paris' judgment considers *mahr* as an indicator of the choice of property regime: "the existence of a dower excludes the choice of a regime of community of property, and (...) in signing this marriage contract Mr. T and Mrs. K. have expressed their wish to place themselves under the regime of separate estates, which is the only regime recognised by Muslim law, with a clause concerning dower, and also in accordance with the laws of Lebanon according to which the matrimonial regime is that of separate estates, as well as the custom certificate presented".⁵¹ Likewise, in the case of a Muslim couple of Indian origin, married in India in 1969 and resident in France where they divorced in 1990, claiming, on the one hand the division of property, following the French *régime legal* (the wife), and on the other hand, the agreement on the adoption of separate estates (the husband), the Cour de Cassation, overruling the judgment of the Cour d'Appel de Lyon, stated that the "act called *mahr* is a convention establishing the spouses' consent to marry to which the payment of dower is added and which is not against the French *ordre public*".⁵²

Nowadays, following the well-known process of Europeanisation of private international law, some tentative indications of a change towards the consideration of cultural identity in conflict of laws through the choice of law may be found, in family matters, in the so called Rome III Regulation. To solve many problems in terms of legal certainty and predictability for the parties, the regulation offers to the States participating in the enhanced cooperation (Belgium, Bulgaria, Germany, Spain, France, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Hungary, Malta, Austria, Portugal, Romania and Slovenia) a set of uniform conflict of laws rules, among which the choice of the law applicable to divorce or separation is a very important one. In fact, the regulation No 1259/2010 enables the spouses to designate the law of the country of which one of them is a national (Article 5(1)(c)), and provides for the residual application of the law of the spouses' common nationality when they have not chosen the applicable law (Article 8(c)). So within the countries participating in the Rome III Regulation, couples asking for divorce or separation, may choose the applicable law to these proceedings, avoiding the conflict of cultures determined by the *lex fori* application.

verses 2:236; 2: 237; 4:24); sometimes the *mahr* has a religious object: the gift of Koran, the gift of some lessons on Koran. See the Encyclopedia of Islam online.

⁵¹ App. Paris, 14.6.1995, *Revue critique de droit international privé*, 1997, 41.

⁵² Cass. 22.11.2005, *Journal du droit international*, 2006, 1365-1377.

Moreover, regarding the conditions of the choice of law clause, article 6 par. 2 of the Rome III Regulation states that: “Nevertheless, a spouse in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence at the time the court is seized if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1”. This rule seems specially conceived for the case of a choice of law agreement, between Muslim spouses, for the application of the law of a Muslim country. Through par. 2 of Article 6 of the Rome III Regulation, Muslim women may avoid the effects of an agreement, which they were once forced to sign, claiming the application of the law of the country where they are domiciled at the time the procedure for divorce begins.⁵³

4. Public policy and religious values

Another shortcut on the path towards legal pluralism and consideration of religious values within conflict of law rules, is the approach affirming the necessary recognition of factual situations, a social need for continuity and stability.⁵⁴

What is actually at stake is whether the court’s obligation to apply the foreign law according to the principle *iura novit curia* – which in the continental system is frequently extended to also cover applicable foreign law – can include foreign religious law. If the parties are not able to provide the court with reliable information on the content of religious laws as approved by state law, how should the court proceed? According to settled European case law, in situations of failure to sufficiently prove the content of the applicable foreign law, the claim is, normally, either dismissed or rejected. Alternatively, it is decided in accordance with the substantive law of the forum state. A third model is the application of a “closely related law”, either that of a very similar legal system within the same legal family or a presumably similar regulation of another state. When a religious law is at stake, it is not evident that any of these solutions is truly suitable.

Another problem concerns the loyal application of foreign law. As pointed out by Michael Bogdan, “a court applying foreign law should be cautiously conservative and it must resist the temptation to ‘improve’ the foreign rules by interpreting them according to its own preferences”.⁵⁵ But as the selected case law shows, national

⁵³ R. ESPINOSA CALABUIG, *Elección de una ley por las partes al divorcio y a la separación judici*, al: *la solución “limitada” del Reglamento Roma III*, in I. QUEIROLO, A. M. BENEDETTI, L. CARPANETO, *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, 2014, 235.

⁵⁴ R. BARATTA, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, *Recueil des Cours*, 2010 (348), 253 – 499.

⁵⁵ M. BOGDAN, *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, 348 *Recueil des Cours*, 2010, 113.

courts tend to interpret the foreign rules in line with forum law or to adjust them to fit the values underlying their own legal system. An additional challenge posed by religious law is that its traditional interpretation, according to the sacred sources, is increasingly questioned.

In this context we may find the German case law concerning the *mahr*.

In 1987, the BGH dealt with the problem of the legal validity of an arrangement between an Arab woman (an Israeli citizen) and her German husband, converted to Islam. At the moment of the divorce, the woman asked for the *mahr* (100000 DM) but the husband claimed that the arrangement was invalid according to German law. The BGH at first solved the conflict of laws, applying German law as the law where the couple had their residence, but qualified the *mahr* as a maintenance agreement valid under the Islamic law applicable to the marriage, considering the marriage as a condition of the agreement.⁵⁶

Likewise, it is well known the consideration of the *mahr* in the case law of the High Court of England in the case *Qureshi v. Qureshi*,⁵⁷ concerning a Pakistani citizen and his Indian wife, who had got married in Britain and divorced through a *talaq* procedure, pronounced also in Britain. In the case, the conflict of laws problems was solved applying the English law, but the Court stated that “it is only if the marriage is recognised and dissolved that the wife is entitled to dower. Whatever the judgment of this court, the husband will not return to the wife. I trust that it will not be thought cynical if I feel that she is really better off with a judgment for a considerable sum of money, which is likely to be more easily enforceable while the husband is in this country, than with a largely meaningless right to be recognised locally as his wife”.⁵⁸ The court decided to apply Pakistani law on a *talaq* pronounced in England as a condition to enforce the wife’s claim for *mahr*.

Within this approach, a different interpretation of public policy is possible.⁵⁹

Under the influence of human rights, the new notion of public policy exception, not only and not necessarily national, sometimes leads to a refusal to recognise foreign decisions and sometimes to impose it on procedural grounds related to the right to a fair trial. The public policy exception may be applied as an instrument of integration of the diversities within a common concept of justice.

⁵⁶ BGH, 28.1.1987, *IPRax* 1988, 109; H. J. HESSLER, *Islamisch-rechtliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgenrecht*, *IPRax*, 1988, 95.

⁵⁷ *Qureshi v. Qureshi* (1972), Probate Division, *Weekly Law Reports*, 173.

⁵⁸ *Qureshi v. Qureshi* (1972), Probate Division, *Weekly Law Reports*, 201.

⁵⁹ J. Y CARLIER, *Diversité culturelle et droit international privé. De l'ordre public aux accommodements reciproques?*, *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, SIDI, 2014, 125 ss.

A very significant application of this approach seems to have recently been suggested by the ECtHR with regard to another highly problematic institution set up on religious rules whose recognition is very difficult in Western countries: the *kafala*, a measure of child protection that neither terminates the pre-existing relationship between the child and the parents, nor establishes a legal parent-child relationship with the new parents, as adoption is not legally possible, according to a generally accepted interpretation of the Koran.⁶⁰ In *Harroudj*, the ECtHR states that a violation of Article 8 of the European Convention may be ascertained when a personal status legally and stably constituted abroad is denied transnational continuity.⁶¹ Even if the *kafala* Algerian order might not have been converted into adoption, as asked by a French couple – due to a French law provision – the Court states the need to recognise the factual situation, accommodating the law of the country of origin with the nationality law: “Furthermore, the Court notes that the judicial grant of *kafala* is fully recognised by the respondent State and that it produces effects in that country that are comparable in the present case to those of guardianship, since the child, Hind, had no known parentage when she was placed in care. In that connection, the domestic courts emphasised the fact that the applicant and the child had the same surname, as a result of the relevant legal procedure, and that the applicant exercised parental authority, entitling her to take any decision in the child’s interest. Admittedly, as *kafala* does not create any legal parent-child relationship, it has no effects for inheritance and does not suffice to enable the child to acquire the foster parent’s nationality. That being said, there are means of circumventing the restrictions that stem from the inability to adopt a child. In addition to the name-change procedure, to which the child was entitled in the present case on account of her unknown parentage in Algeria, it is also possible to draw up a will with the effect of allowing the child to inherit from the applicant and to appoint a legal guardian in the event of the foster parent’s death”.⁶²

The various points examined above show that the respondent state, applying the international conventions that govern such matters, has put in place a flexible arrangement to accommodate the law of the child’s state of origin and the national law. The court notes that the prohibition of adoption stems from the choice-of-law rule in Article 370-3 of the Civil Code but that French law provides the means to alleviate the effects of that prohibition, based on the objective signs of a child’s

⁶⁰ Koran, Sura XXXIII, *Al – Ahzab*, 4 – 5. In many countries adoption is forbidden with the exception of Tunisia where the adoption is provided by the Act n. 58 – 27, 4.3.1958: see the Algerian Code de la famille, law n. 84-11, 9.6.1984, regulating *Kafala* in the Chapter VII, while adoption is forbidden by Article 46 (“*L’adoption (tabanni) est interdite par la chari’a et la loi*”); in the Moroccan Moudawana [Code du statut personnel et successoral] reformed on 3.2.2004, adoption is forbidden by Article 83.3; *kafala* is ruled by the Dahir portant loi n. 1-02-172, 13.6.2002.

⁶¹ *Harroudj v. France* [2012], Eur. Cour. N. 43631/09, § 51.

⁶² *Harroudj v. France* [2012], Eur. Cour. N. 43631/09, § 51.

integration into French society. Firstly, the choice-of-law rule is expressly set aside by the same Article 370-3 in cases where “the minor was born and habitually resides in France”.

Likewise, the so-called accommodation approach has gradually taken place with regard to recognition of polygamous marriages, given that many countries have passed from denying any effect at all of such acts – as being in contrast with public policy – to a partial recognition.

Problems arise in the European countries as the general rule is that marriages celebrated here cannot be other than monogamous. In fact within the Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification (O.J. L 251/12, 3.10.2003) we can read: “ (11) The right to family reunification should be exercised in proper compliance with the values and principles recognised by the Member States, in particular with respect to the rights of women and of children; such compliance justifies the possible taking of restrictive measures against applications for family reunification of polygamous households”. Art. 4 states that the family reunification cannot be allowed to a second spouse when the first spouse is already resident in a member State.

Moreover, in Italy Art. 18 of the Regulation of the Civil Status forbids the registration of foreign acts that are contrary to public policy. While polygamous marriages are not recognised for public policy reasons,⁶³ but only when they are effectively polygamous, not if they are monogamous but celebrated according to a law allowing polygamy,⁶⁴ the acts of birth of children born within these marriages must be recognised because in this case the best interests of the child prevail, even if it is debatable if this fundamental principle may be read as an exception to the public policy clause, or as a basic value of this. On this concern, it is necessary to point out that this solution may be attained also through consideration of the attenuated effect of the public policy exception, according to which it is possible to recognise situations constituted abroad: since the polygamous marriage has been celebrated abroad, the public policy exception can be applied less rigorously in the Italian system, and therefore it cannot be used to avoid the recognition of the effects of this institution. In particular, it has been recognised to the second wife and children of the same (to be recognised as legitimate however) succession and maintenance

⁶³ See T.A.R. Emilia Romagna, n. 926/94, *Gli Stranieri*, 1995, II, 613: in this case the *status* of wife has not been allowed to the second wife of a foreign citizen for public policy reasons against the recognition of the polygamous marriage for purposes of family reunification.

⁶⁴ Cass., 2.3.1999, n. 1739, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 613; for a similar case decided in UK see *Hussain v. Hussain* [1982], 1 All ER 369 [1983] 4 FLR 339.

rights, social security,⁶⁵ residence rights.⁶⁶ The reason of these solutions is clear: to protect second or subsequent wives, to protect children, according to the principle of the best interest of the child,⁶⁷ affirmed by Art. 3 of the UN 1989 Convention, and by Art. 24 of the European Charter on Fundamental Rights, and strongly applied by the ECtHR in several cases,⁶⁸ and to grant them the rights deriving from marital status. In Italy, the leading case was decided by the Supreme Court in 1999;⁶⁹ anyway it must be pointed out that is a specific one, concerning the succession of an Italian citizen, a widower, married in Somalia with a Somali woman who claims her successorial rights in contrast with those of the daughters born from the first marriage of the deceased. The judgment confirms the validity of the marriage in accordance with what has already been stated by the Tribunal of Lodi and by the Court of Appeal of Milan. The judgment is also interesting because it seems to generalise the validity of the marriage celebrated according to Islamic law, when it is the object of a preliminary question of the hereditary devolution. In this case, the validity of the marriage did not involve insertion of foreign provisions in the rules of the law of the forum and so it did not affect the Italian public policy.

The suggested approach is undoubtedly interesting as an inclusive tool of religious values. Moreover, it seeks to attain the most equitable result, using the comparative legal method, aiming at respecting cultural identity and legal pluralism. The main problem of this approach is, however, the unpredictability of the solutions, depending at first on the choice of law solution and in a subsidiary way on the law regarded as a fact. In any event, according to many systems a marriage celebrated abroad is not void on the grounds that it is entered into under a law which permits polygamy; article 45 of the 1987 Swiss Statute on private international law expressly states that a marriage validly celebrated abroad is recognised in Switzerland.⁷⁰

Moreover, we may find judgments of other countries that open new opportunities for recognition, considering the personal laws of the spouses not banning this kind of marriage.⁷¹ The reason is, as above, clear: to protect second or subsequent wives

⁶⁵ In Italy see: Cass., 2.3.1999, n. 1739, Riv. dir. int. priv. proc., 1999, 613.

⁶⁶ App. Torino, 18.4.2001, Dir. fam pers., 2001, 1492; *contra* see Cass. 28.2.2013, n. 4984: in this case the claim to the family reunification of the second wife has been dismissed, even if supported by the presence of the son of the woman, for the presence of the first wife of the father of the son in Italy.

⁶⁷ C. FOCARELLI, *La convenzione di New York e il concetto di best interests of the child*, Riv. dir. int., 2010, p. 981 ss.; P. ALSTON, *The best interest of a child: reconciling culture and human rights*, Oxford, 1994.

⁶⁸ 18.4.2006, *Dickson v. United Kingdom*, n. 44362/04; *concurring opinion* Bonello, par. 15: "The particular circumstances of this case lead me to believe that permitting offspring to be born to the applicants would not be fostering the best interests of the desired child. It would, on the contrary, be injurious to the 'rights of others'".

⁶⁹ In Italy see: Cass., 2.3.1999, n. 1739, Riv. dir. int. priv. proc., 1999, 613.

⁷⁰ In Italy see: Cass., 2.3.1999, n. 1739, Riv. dir. int. priv. proc., 1999, 613.

⁷¹ In Belgium: Cour Const., 4.6.2009, n. 96/2009, *El Haddouchi*.

and to grant them the rights deriving from marital status. The real problem is that the first wife is strongly prejudiced when she is required to share her inheritance from the deceased husband. The approach aiming at considering the factual situation leads in these cases to the accommodation of religious values, recognising the effects of polygamous marriages, and suggesting the division of estates or of the survivor's pension among the wives of the deceased husband.⁷²

5. The Conventional approach

Religious values in cross-border cases are inevitably connected with the application of foreign law. There is considerable uncertainty regarding the conditions for the application of religious law, for example, whether such law is to be applied *ex officio*, whether the court or the parties are to establish the foreign law, and what solution is to be chosen when its content is not proven.

An additional problem is adjusting the applicable foreign law to the rules of the forum on procedure. The links between the foreign law and a certain religion can increase the problems facing the court.

At present, very different approaches are being followed by European courts in all these respects. However, having foreign law applied to the case generally largely depends on the parties' activities and the efforts they are prepared to make. This state of affairs has not contributed to any "unity of result", which common rules on choice of law (where such exist) could otherwise achieve.⁷³

Common rules on choice of law may become a way to take into account religious values. Multilateral treaties, as those developed by the Hague Conference on Private International Law, since its inception in 1893, afford a high degree of legal certainty. When countries with complex legal systems joined the Conference, such as Egypt in 1961, Israel in 1964, Morocco in 1993, Jordan in 2001, Malaysia in 2002, India in 2008 and Singapore in 2014, the need to develop rules considering the personal systems became relevant.

Three problematic issues strongly affected by religious values may be solved under the rules developed by the Hague Conventions.

First of all, cases of unilateral divorce, for which the Hague Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations (in force for Albania, Australia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Egypt, Estonia, Finland, Italy, Luxembourg, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Slovakia, Sweden, Switzerland, United Kingdom) sets up the conditions under which foreign divorces

⁷² In Belgium: Cass. 18.3.2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, 861.

⁷³ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Cross - border family cases and Religious Diversity: What can Judges do?* WP 2013, Uppsala faculty of Law, available at <http://www.jur.uu.se>.

will have effect in each State party: the Convention provides an effective strategy to give effect to divorces and legal separations, including religious unilateral divorces, avoiding the problems deriving from limping divorces, being ones that are valid in one country but not in another. So, to make repudiations recognisable abroad, the Convention states that they must “follow judicial or other proceedings officially recognised” in the State where they take place. To answer to a question posed in § 1, it is not enough that the Muslim husband pronounces *talaq* three times in India to get validly divorced. Even if the Hague Convention 1970 has not reached many ratifications, we may see its influence over some national systems, i.e. the Moroccan one as the New Moroccan Civil Code adopted in 2004 has placed divorce under strict judicial control.⁷⁴ Regarding the second condition, it is necessary to consider that the State where proceedings take place must officially recognise such proceedings: so repudiation pronounced by a husband at his consulate in a Western country or before a religious authority here would not be considered to comply with the Hague Convention. Finally, to recognise repudiation according to the Hague Convention rules, it is necessary a genuine link between the State where the divorce was obtained and the divorced spouses, and that both spouses have had the opportunity to present their case.

Other problems are posed by the *kafala*, the well-known institution in Muslim countries to protect children without a family. As already pointed out,⁷⁵ the recognition of it is problematic in Western countries and in order to solve the problem and the possible contrast with public policy, the Hague Conference drew up the Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. This Convention states that the recognition of *kafala* or an analogous institution requires the cooperation of the Central Authority of both the State of origin and the receiving State. Italy finally joined this Convention, in force as of 1.1.2016.⁷⁶

In Italy, *kafala* has sometimes been recognized as a condition for the decree of adoption in special cases (art. 44, lett. d law 4.5.1983, n. 184).⁷⁷ Following the

⁷⁴ H. VAN LOON, *The accommodation of religious laws in cross – border situations: the contribution of the Hague Conference on private international law, Cuadernos der. trans.*, 2010, 263.

⁷⁵ See supra § 4.

⁷⁶ Council Decision 2008/431/EC of 5.6.2008 authorising certain member States to ratify or accede to, in the interest of the European Community, the 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, L 151, 11.6.2008. See the Italian Law 18 giugno 2015, n. 101, finally enforcing in Italy the 1996 Hague Convention.

⁷⁷ Trib. Min. Trento, d. 5.3.2002, Riv. dir. int. priv. proc., 2002, 1056; Trib. Min Trento, Nuova giur. civ. comm., 2003, I, 149; Cass., 4.11.2005 n. 21395, *Giur. it.*, 2007, 611.

general acceptance of *kafala*, Italian Judges have pronounced the adoption of children entrusted to intended parents through *kafala*,⁷⁸ recalling art. 44 of the l. 1983/184. More often, *kafala* is recognized within the family reunification context, through the case law aimed at broadening the scope of Article. 29 § two of T.U. on immigration, putting on the same foot for the purposes of family reunification, adopted children, children subject to custody or to *kafala*.⁷⁹ However, the *kafala* has been recognized in Italy very slowly for purposes of family reunification, “as suitable for abandoned children without creating parent–child ties”,⁸⁰ even because a ruling which excludes *kafala* as a protocol for reuniting families would “penalise (...) all children from Arab countries, illegitimate, orphaned or otherwise in a state of neglect, it represents the only institutionalised form of protection provided by Islamic law”.⁸¹ Sometimes, *kafala* has been recognised through judicial recognition,⁸² sometimes it has been automatically recognised through administrative procedures (within a claim for family reunification).⁸³ On this concern, the Italian judges pointed out very clearly the compatibility of *kafala* with the public policy, above all in view of the aforementioned provision of the UN Convention.⁸⁴ Differently from what happens in other countries where *kafala* sometimes is considered contrary to public policy (as in Switzerland and in Luxembourg), in Italy we may find only one recent case in which *kafala* has been deemed in contrast with public policy, notwithstanding the consideration for the best interests of the child

⁷⁸ Trib. Min. Trento, d. 5.3.2002, Riv. dir. int. priv. proc., 2002, 1056; Trib. Min Trento, Nuova giur. civ. comm., 2003, I, 149.

⁷⁹ Cass., 20.3.2008, n. 7472, Riv. dir. int. priv. proc., 2008, 809; Cass., 2.7. 2008 n. 18174, 17.7. 2008, n. 19734; Cass. 2.2.2015, n. 1843.

⁸⁰ Trib. Biella, 26.4.2007, Dir. fam pers., 2007, IV, 1824.

⁸¹ Cass., 17.7.2008, n. 19734, Dir. imm. citt., 2009, 2, 198.

⁸² See Trib. Biella, 7.3.2000, Dir. imm. citt., 2000, 1, 121; Trib. Milano, 12.3.2000, in Dir. imm. citt., 2000, 2, 127; Trib. Firenze, 9.11.2006, Dir. imm. citt., 2007, 1, 169; Trib. Torino, 26.2.2009, Dir. imm. citt., 2009, 2, 216; Trib. Rovereto, 21.5.2009, www.asgi.it; Trib. Brescia, 3.8.2009; App. Firenze, 2.2.2007, Dir. imm. citt., 2007, 4, 139; App. Torino, 30.5.2007, Dir. imm. citt., 2008, 1, 191; App. Torino, 28.6.2007, Dir. imm. citt., 2007, 3 142; App. Torino, 18.7.2007, Dir. fam. 2008, 1, 143; App. Trento, 1.10.2009, www.asgi.it; Cass. 3.3.2008, n. 7472, Fam. dir., 2008, 675.

⁸³ App. Bari, 16.4.2004, Fam. dir., 2005, 62; Trib. Min. Reggio Calabria, 10.10.2006, Fam. min., 2006, 2, 86.

⁸⁴ App. Firenze, d., 2.2.2007, Dir., imm. citt., 2007, 4, 139, App. Torino, 30.5.2007, Dir. imm. citt., 2008, 1, 191; Cass., 16.9.2013, n. 21108, Fam. Dir., 2014, 2, 122:” Non può essere rifiutato il nulla osta all’ingresso nel territorio nazionale per ricongiungimento familiare richiesto nell’interesse di minore cittadino extracomunitario affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di kafalah pronunciato dal giudice straniero nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito”.

involved in the case.⁸⁵ The only unsolved problem concerned the kafala in cases of family reunification with an Italian citizen: in these cases the reunification to an Italian Kafil could not be pronounced because of the mandatory rules provided by the Law 184/1983. The family reunification of a foreign minor entrusted to an Italian citizen was deemed as possible only through adoption procedures in many cases.⁸⁶ Recently, the Italian Supreme Court solved this problem with a very important statement in the judgement adopted on 16.9.2013, n. 21108:⁸⁷ the right to family reunification is allowed to the minor entrusted in kafala to the Italian citizen when the minor is living or dependent on the Italian citizen, or when the minor needs special assistance.

The Italian Supreme Court states this solution applying the d. lgs. 6.2.2007 n. 30 (implementing the EU Directive 2004/38/EC of 29 April 2004, on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC – O. J. L 158/77, 30.4.2004), through a broaden interpretation of the notion ruled in Article 2 lett. B n. 3: the minor dependent on the Italian citizen is not only a descendent but also the minor entrusted through a foreign judicial act of kafala (not through a contractual act). It is clear that the Italian Supreme Court is affirming the relevance of kafala to the recognition of the fundamental rights of children only when the Italian public policy is not a fence against this recognition; otherwise – as in case of kafala contractually stated – the solution might be different.

The problematic case law about *kafala* highlights the relevant role of the conventional approach in considering religious values in conflict of laws. Notwithstanding the fact that the Conference continues to promote wide ratification of its principal acts, very few Islamic countries have already joined them. Religious values may be considered, in this case, as an obstacle to the development of Conventional rules. In fact, several problems are posed about the 1970 Hague Convention by the rule of Article 6, par. 2, which reads “The recognition of a divorce or legal separation shall not be refused because a law was applied other than that applicable under the rules of private international law of that state”. In India, for example, this rule is against the general solution stated by the Supreme Court, according to which “the jurisdiction assumed by the foreign court as well as the grounds on which the relief

⁸⁵ Trib. Reggio Emilia, ord. 9.2. 2005, Dir. Imm. Citt., 2005, 2, 183: in this case the claim for family reunification is founded on a kafala concerning a girl living in Morocco with her own parents and entrusted to an uncle domiciled in Italy.

⁸⁶ Trib. Torino, 11.7.2008, *Dir. imm citt.*, 2009, 2, 209; App. Torino, 19.11.2009, *Fam. Dir.*, 2010, 787; Cass., 1.3.2010, 4868, *Dir. fam.*, 2010, 1629; Cass., 7.10.2011, n. 20722.

⁸⁷ Cass., 16.9.2013, s.u., n. 21108, *Fam. Dir.*, 2014, 2, 110.

is granted must be in accordance with the matrimonial law (namely Hindu law) under which the parties are married".⁸⁸

It is clear that much more work needs to be done here – probably through the other aforementioned approaches.

6. Concluding Remarks

The wide evolution of private international law is currently recalling attention to the consideration of religious values within the general aspects of the discipline.

Europeanisation and globalisation of sources of private international law do not preclude the chance that conflict of laws will need to deal with individual identities. To the extent that the European systems have hitherto offered the application of foreign laws, we are faced with the problem of survival in Europe of an idea of the personality of laws. In fact, it is generally accepted that conflict of laws faces the individual identities of people involved in international relations. Cultural identity may be considered collective and individual at the same time, because each member of the group has an identity of its own.

Religious values contribute to defining the cultural identity of individuals: be it in Europe or other countries, cultures, values, civilization, religion, are never absent from the solutions of personal status. The personality of the law, the assertion of a link between law and morals, and religion, resulting in Europe from the ideas of Pasquale Stanislao Mancini can be found in Islam too. In fact, although these theses now seem out-dated, as they were supported in the nineteenth century, there is a clear convergence with the Islamic concept of personal status.

However, coordination of legal systems under different individual identities is complex, in terms of European systems as well as of the Muslims systems. As for European systems, the possible reception of certain institutions of Islamic law (polygamy, repudiation, kafala) may develop solutions in contrast with the fundamental right enshrined in the European Convention on Human Rights. In systems of Muslim tradition, the recognition of foreign decisions involving nationals of the forum State may not comply with mandatory and religious requirements of family law.

The Treaty law does not seem able to provide effective remedies to these problems, above all to problems concerning complex systems, because Islamic states traditionally do not join the Hague Conventions (with the exception of Morocco, which has ratified the 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, recognition, enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the protection of Children, and of India which ratified the 1993 Convention on the

⁸⁸ *Y. Narashima Rao v. Y. Venkatalakshmi*, AIR 1991 SC 821.

Protection of Children and Cooperation in respect of Intercountry Adoption). Religious values may be rightly considered the main reason why Muslim countries do not typically accept the convention approach.

It is therefore necessary to consider different methods in order to overcome cultural differences, because the challenges posed by Islamic institutions confirm the relevant role of conflict of laws, offering appropriate treatments of cultural differences.

Likewise, a new interpretation of the public policy exception seems to be gradually developing as an inclusive tool of religious values and as a way to achieve legal pluralism. At a first glance, legal pluralism and public policy seem to be antithetical principles. The application of the public policy exception points out, on the contrary, a possible different interpretation of the exception, aimed at considering religious values and the principles of the forum in view of the protection of fundamental rights of individuals, as in the case of the recognition of some effects deriving from the polygamous marriage i.e. the division of estates of the survivor's pension among the wives of the deceased husband,⁸⁹ or the inheritance rights of the relatives.⁹⁰

The suggested interpretation is interesting as an inclusive tool of religious values, and as a way to achieve legal pluralism. Moreover, it seeks to attain the most equitable result, using the comparative legal method, aiming at respecting cultural identity and religious values. The main problem of this approach is, however, the definition of the borders of the public policy exception, in view of the unpredictability of the solutions, depending at first on the choice of law solution and in a subsidiary way on the law regarded as a fact. Moreover, the problem of limping situations produced by Italian judges applying the public policy exception cannot be underestimated:⁹¹ for example, many doubts may arise in relation to the recognition of marriages of Muslim women with Italian citizens in their national country, even if authorised by the Italian judges for public policy reasons.

⁸⁹ In Belgium: Cass. 18.3.2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, 861.

⁹⁰ In Italy see: Cass., 2.3.1999, n. 1739, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 613, concerning the case of the succession of an Italian citizen, a widower, married in Somalia with a Somali woman who claims her successional rights in contrast with those of the daughters born of the first marriage of the deceased.

⁹¹ About the proceeding, available against the decision of the civil registrar not to proceed with the publication, [art. 98 of the Civil Status Regulation], to get the authorization to publications, see Trib. Verona, d. 6.3.1987, *Stato civile it.*, 1987, II, 201; Trib. Torino, d. 24 febbraio 1992, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, 985; Trib. Torino, d. 24.6.1993, *Dir. fam.*, 1993, 1181; Trib. Napoli, d. 29.4.1996, *Fam. Dir.*, 1996, 454; Trib. Treviso, 15.4.1997, *R. d. int. priv. proc.*, 1997, 744 e ss.; Trib. Treviso, d. 24.9.2008, www.asgi.it.

In light of these considerations, we may ask if within the notion of public policy considered by the ECtHR a “*charte blanche justifiant toute mesure*”,⁹² we may include fundamental values, like religious values, personal rights and status rights.

Bibliography

- AL DABBAGH, H., *Mariage mixte et conflit entre droits religieux et laïque*, 29 – 39.
- ALSTON, P., *The best interest of a child: reconciling culture and human rights*, Oxford, 1994.
- BARATTA, R., *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Recueil des Cours, 2010 (348), 253 – 499.
- BERNARD-MAUGIRON, N., DUPRET B., (eds), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, 2012 .
- BOGDAN, M., *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, 348 Recueil des Cours, 2010, 113.
- CAMPIGLIO, C., *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, R. d. int. priv. proc., 1999, 25, 38.
- CARLIER, J.Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, 1992.
- CARLIER, J.Y., *Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation*, *Revue générale de droit civil belge*, 2008, 525.
- CARLIER, J.Y., *Diversité culturelle et droit international privé. De l'ordre public aux accommodements reciproques?*, *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, SIDI, 2014, 125 ss.
- COMBALIA, Z., DIAGO, M.P., GONZÁLES A. – VARAS (eds.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Madrid, 2011.
- DÉPREZ, J., *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, Recueil des Cours, 211, 1988 – IV, 9.
- DURHAM, C. W. JR., KIRKHAM, D.M., LINDHOLM, T., *Islam and Political – Cultural Europe*, 2012.

⁹² ECtHR, 27.1.2015, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, ric. n. 25358/12: «*l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une charte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*» (*Paradiso e Campanelli v. Italie*, cit., par. 80).

- ESPINOSA CALABUIG, R., *Elección de una ley por las partes al divorcio y a la separación judici, al: la solución "limitada" del Reglamento Roma III*, in I. QUEIROLO, A. M. BENEDETTI, L. CARPANETO, *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, 2014, 235.
- FERRARI, A. & PASTORELLI, S., (eds.) (2013) *The Burqa Affair Across Europe (Between Public and Private Space)*.
- FOCARELLI, C., *La convenzione di New York e il concetto di best interests of the child*, *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss.
- FULCHIRON, H., *Droits fondamentaux et règles de droit international privé: conflits de droits, conflits de logiques? L'exemple de l'égalité des époux et responsabilité des époux au regard du mariage, durant le mariage, et lors de sa dissolution*, in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002, 353 ss.
- FULCHIRON, H., "Ne répudiez point..." pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004, in *Rev. int. droit. comp.*, 1, 2006, 7 ss.
- GANNAGÉ, L., *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, *Revue critique de droit international privé*, 1992, 425.
- GOVINDARAJ, V.C., *The Conflict of Laws in India*, Oxford, 2011.
- GRIFFITHS, J., *What is Legal Pluralism?* *Journal of Legal Pluralism* 24 (1986), 1 – 55.
- HESSLER, H.J., *Islamisch-rechtliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgenrecht*, *IPRax*, 1988, 95.
- JÄNTERÄ-JAREBORG, M., *Cross – border family cases and Religious Diversity: What can Judges do?* WP 2013, Uppsala faculty of Law, <http://www.jur.uu.se>.
- JAYME, E., *Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts, Jahreshft der Internationalen Juristenvereinigung*, Osnabrück 1991/1992, 2, 8.
- KEGEL, G., *Scheidung von Ausländern im Inland durch Rechtsgeschäft*, *IPRax*, 1982, 22.
- MALATESTA, A., *Cultural Diversity and Private International Law*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, Liber Fausto Pocar*, 2009, II, 653, S. Bariatti, G. Venturini eds., 2009.
- MERCIER, P., *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et réputation*, Genève, 1972.
- NAJM, M.C. *Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s)*, in *Droit et cultures*, 2010, n. 59, 209.

- NIBOYET, M.L., *Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes*, in *Rev. int. droit comp.*, 2006, 27, p. 32 ss.
- PEARL, D. & MENSKI, W., *Muslim Family Law*, London, 1998.
- MEZIOU, K., *Migrations et relations familiales*, *Recueil des Cours*, 2009, 345, 9 – 386.
- QUINONES ESCAMEZ, A., *La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana 2004) en Europe*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, 877.
- SAIDI, K., *La réforme du droit algérien de la famille: pérennité et rénovation*, *Revue internationale de droit comparé*, 2006, 121 .
- SHAH, P., *Transnational Family Relations in migration contexts: British variations on European Themes*, *Religare*, 2011, 7, 15.
- THUE, H., *Connecting Factors in International Family Law*, in *Families Across Frontiers*, 53 – 62, N. Lowe & G. Douglas, (eds.), The Hague, Boston, London, 1996.
- TONOLO, S., *L'Italia e il resto del mondo nel pensiero di Pasquale Stanislao Mancini*, *Cuadernos derecho transn.*, 3, 2011, 178 – 192.
- VAN LOON, H., *The accomodation of religious laws in cross – border situations: the contribution of the Hague Conference on private international law*, *Cuadernos der. trans.*, 2010, 263.
- VRELLIS, S., *Conflits ou coordination de valeurs en droit international privé*, *Recueil des Cours*, 2007, 328, 175 – 486.
- WARDLE, L.D., *Marriage and Religious Liberty: Comparative Law Problems and Conflict of Laws Solutions*, *Journal of Law and Family Studies*, 12, 2010, 315.
- ZAHER, K., *Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains*, *Revue critique*, 2010, 313 e ss.

Private International Investments: Risk Management and Evolutive Interpretation of Treaties in Light of the Case Philip Morris v. Uruguay

Table of contents

1.	Introduction	216
2.	Materialization of the Element of “Risk” and its Consequences	219
3.	The Customary Law of Expropriations	222
4.	Investments and Expropriations in Treaty Law	224
5.	BITs – Problems of Interpretation and Coordination – Appealing to External Interpretation Sources	228
6.	Concluding remarks	236
6.1.	The principle of public purpose as an attack sword	236
6.2.	The principle of public purpose as a defensive shield	238
	Bibliography	239

I first met Professor Tito Ballarino (“Tito”) in 1993, at the occasion of one of his visits to the Swiss Institute of Comparative Law. His warm personality and sense of humour brought us to sympathize almost immediately. When our conversation logically turned to the discussion of legal issues of common interest, I mentioned that I was on the verge of concluding an article dealing with a subject of Public International Law. After presenting the paper to him (the topic concerned the rule of exhaustion of local remedies as a premise to the filing of international claims), he spontaneously suggested to publish it in an Italian legal review, given the interest of the topic for the jurists of that country. Tito did not, however, stand halfway: he also proposed to take care - together with Professor Andrea Bonomi - of the translation of the article from English into Italian ... and so they did.

In the following years, when Tito’s visits to the Swiss Institute became more frequent, I realized that this was just one example out of many others, revealing the generous, spontaneous and openhearted personality of a true “professor and gentleman”.

* Legal Adviser at the Swiss Institute of Comparative Law. Visiting professor at the Tel-Aviv University Faculty of Law, the Ono Academic College and the Republic University of Uruguay.

1. Introduction

The present paper deals with the subject of private investments, being investments carried out by individuals and/or private law legal entities. This excludes investments made by States and/or public entities. In this line, the concept of private investments embraces both:

- a. cases where the investor acquires a right (for example, in a factory or a business) without signing any agreement with the State. In these cases, the role of the State is limited to the establishment of the legal framework for acquiring the right, and it is not an active party of the investment; and
- b. cases where the investment is realised on the basis of an agreement concluded between the investor and the State (for example, a concession for exploiting a natural resource or for furnishing a service). In these cases, the State is also a party to the investment.¹

It is well known that the purpose of investments is the generation of gains or other benefits in the future. On the other hand, it is obvious that investors often encounter a diversity of obstacles that could endanger their expectations to attain profits. In this sense, an investment can be compared to a bridge, supported - in delicate equilibrium -, by two pillars: one pillar symbolizes the “chances” to realize benefits, and the other pillar represents the “risks” that may be ambushing the investor. Following this line, J. Esser & K. Meessen entitled their book “Capital Investment Abroad, Chances and Risks”.²

In practice, it can be submitted that the “chances” relate mainly to the economic sides of investments, i.e.; market conditions and expectations, production costs, prices of raw materials, sales and/or exporting perspectives, the cost of money, etc.³ On the other hand, the “risks” are naturally associated with legal matters (although they may likewise encompass fundamental economic and political issues). From a practical point of view, the “risks” can be better appreciated when comparing investments to “spot sales transactions”. In effect, contrary to the latter (in which a product or a merchandise is simply delivered by one party to the other party in exchange for a payment)⁴, investments are complex multifaceted operations,

¹ E. LAUTERPACHT, *International Law and Private Foreign Investment*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 4, Iss. 2, Article 2, 1997, p. 260, available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol4/iss2/2> [16.08.16].

² J. ESSER & K. MEESSEN, *Kapitalinvestitionen im Ausland – Chancen und Risiken*, Köln, 1983.

³ D. MELDRUM, *Country Risk and Foreign Direct Investment*, Jan, 2000, MoneyWatch.Com, available at www.nabe.com/am99/meldrum.pdf [16.08.16].

⁴ See D. ROSENRETER, Article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Principles of Systemic integration in international Investment Law and Arbitration, 2015, Baden-Baden, p. 29.

usually conceived of as being implemented in medium or long terms. Such is the case, for example, of concessions for the prospection and exploitation of oil, gas, mines and other natural resources, of licenses for the running of public services, and even of mixed public-private partnerships. Given the relatively extended periods required for implementing these types of projects, and because of their multiple and intricate constitutive elements, investors are exposed to risks created by unexpected circumstances, such as changes of governments, legislative modifications, states of emergency, etc.

Having said this, there are situations in which the element of “risk” presents an even broader dimension. This happens when the investment originates in one country, and is to be implemented in a different country (or in several different countries), in what is known as “cross-border”, “international” or “transnational” investments. It is undeniable that international investments present *sui generis* features. Alongside the need to cope with the “traditional” risks mentioned in the former paragraph, transnational investors must take into account a long list of additional potentially risky circumstances, typically: international transports, inter-state taxes and levies, import-export licenses and restrictions, money exchange and transfer limitations (including on repatriation of gains), problems related to cross-border labour law and mobility of workers, international protection of intellectual property, technologies and business secrets, protection from damages caused by private individuals in the host State, etc.

On the top of that, and from a strict legal perspective, cross-border investments present a very singular characteristic: the fact that, in these operations, two or several legal systems may be involved. This means that, alongside the legal system of the state hosting the investment (“the host state”), international investments may concern one or more of the following:

- the legal system of the investor’s home state (“the home state”),
- the legal system of a third state (or of several other states),
- public international law,
- regional law,
- supranational law,
- transnational law.

Each one of the mentioned legal systems contains one or several legal branches that can be relevant to international investments, for example:

- Within the legal system of the host state: *private international laws, investment laws, concessions and contract laws, tort laws, mining regulations, expropriation and nationalization laws, tax laws, human rights*

laws, environment laws, procedural laws, arbitration and conciliation laws, etc.

- Within the legal system of the home state: *private international laws, rules and practice concerning the protection of nationals injured abroad, tort laws, procedural laws, arbitration and conciliation laws, laws concerning foreign states' immunities, etc.*
- Within the legal system of third states: *private international laws, procedural laws (especially laws regulating jurisdiction and the immunity of foreign states), arbitration and conciliation laws, etc.*
- Within Public (customary) International Law: *diplomatic protection of nationals abroad, procedural and substantive rules of international arbitration and adjudication (including the rule of exhaustion of local remedies⁵), the laws of expropriations, nationalizations and takings of property, etc.*
- Within Treaty law: *Conventions for the protection of private investments (especially bilateral treaties: "BIT"), rules of international arbitration and adjudication, etc.*
- Within Regional law: *Conventions and implementation machinery of treaties providing for the protection of private property rights and/or investments (American and European Conventions on Human Rights, NAFTA).*
- Within Supranational law: *European Union legislation directly or indirectly applicable to investments, such as the free movement of services and goods, laws regulating competence, norms on the protection of intellectual property, EU investment treaties based on art. 188C of the Lisbon Treaty.⁶*
- Within Transnational law: *transnational investment contracts, transnational instances for the settlement of investment disputes.⁷*

⁵ See A. ARONOVITZ, L'art. 26 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo: dal diritto internazionale consuetudinario al sistema europeo dei diritti dell'uomo, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1994, 515 (translation into Italian by Prof. Tito Ballarino & Prof. Andrea Bonomi).

⁶ See, for instance: Fact Sheet of the European Commission on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, November 2013, available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf (16.08.16); Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community (2007/c 306/01), available at http://eur-lex.europa.eu/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=r0lu53x3_SBI3q6a_v8C8pse00lofulToGwoXzAn72M,&dl (16.08.16).

⁷ See A. ARONOVITZ, The Development of the Legal Doctrine of Investments in International Law: innovations in light of the ICJ's decision of 20.4.2010, in the case of

Due to the inevitability of juggling between systems and their respective legal branches, the danger of overlapping and of conflicts is always present. This fact constitutes a “risk” that cannot always be fully foreseen at the moment of planning an international investment and, as will be explained in the following pages, may have far reaching consequences for investors in cases of conflicts with the host state.

2. Materialization of the Element of “Risk” and its Consequences

A foreign investment may be jeopardised in many ways, for example, by actions taken by private individuals. Such would be the case if a foreign-owned factory would be destroyed by local gangs. This would also be the case if a foreign investor would be dispossessed of his corporate rights in a local company, due to illegal actions carried out by some local persons or entities.⁸ However, one of the most serious threats to the rights acquired by foreign investors is the possibility that - not private individuals - but the host State itself would alter - unilaterally - the legal status of the investment. Such interferences are implemented on the basis of the sovereign powers that every state exercises within its territories. Unless restricted by a treaty,⁹ these powers include the possibility of interfering with private property rights of foreign investors.¹⁰

Interferences by host states with private property rights can be either “limited” or “comprehensive”. State interventions are “limited” when an investment is only partially injured, the substance of the rights remaining in the hands of the investor. This happens, for instance, when a host State imposes new taxes (on a level that

Pulp Mills on the River Uruguay – with notes on the subject of the discoveries of natural gas in Israel, 8 Ma’znei Mishpat, 2012, p. 362 ff.

⁸ This happened in El Triunfo Case, Reports of International Arbitral Awards, vol. 15, 1902, p. 467, available at http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XV/467-479.pdf [16.08.16].

⁹ In practice, States are not seduced by the idea of renouncing in a treaty to their sovereign powers to take foreign property. A rare exception is the Case Concerning the Factory at Chorzow (Indemnity) (Merits), Judgment, Permanent Court of International Justice, 1928, Series A No. 17. In this case Poland took a factory belonging to German subjects in breach of the Geneva Convention of 13.05.1922 that proscribed such takings.

¹⁰ UNCTAD, Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment, Agreements II, 2012, p. 1: “States have a sovereign right under international law to take property held by nationals or aliens through nationalization or expropriation for economic, political, social or other reasons”, available at http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf [16.08.16]; L. KISSAM & E. LEACH, Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts, 28 Fordham L. Rev. 1959, p. 142, available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol28/iss2/1> [16.08.16]; Y. DINSTEIN, Internal Competences of States, Tel-Aviv, 1972, p. 142.

does not amount to an indirect taking)¹¹, when it raises an existing levy, or when it prescribes regulatory limitations on the right to use or enjoy property. Despite the limitations imposed, in such cases the investor can continue to enjoy of the “core” of his rights. Thus, if a State cancels a license to sell alcoholic beverages in restaurants owned by a foreign investor, the injury will be only limited, since the latter will still be able to enjoy a majority of rights and prerogatives, such as the possibility of running the restaurants, of renting the premises to third parties or of selling them, of opening a different type of business in the premises, etc. The same situation exists if a State would prohibit the selling of fishing tickets in private lakes,

¹¹ Property takings can be either direct or indirect. Direct takings occur when a State openly (i.e., by primary or secondary legislation prescribing expropriation, nationalization, seizure, and similar measures), interferes with the substance of an investor’s property rights. Indirect takings (also known as “hidden takings”, occur, *inter alia*, when the substance of an investor’s property right is seized by a State, not by an “open taking”, but as consequence of regulatory measures that on their face do not show that an expropriation, nationalization, etc. is taking place. According to the Fact Sheet of the European Commission on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, *op. cit.*, p. 7, “indirect expropriation is when government measures, while not directly taking property away, have the effect of doing so (e.g. the removal of a license required to operate a factory)”. At the level of treaties, Art. 13 of the China-New Zealand Free Trade Agreement of 2008 defines both types of takings as follows: “Expropriation. “1. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment. 2. Expropriation may be either direct or indirect:

- a) Direct expropriation occurs when a State takes an investor’s property outright, including by nationalisation, compulsion of law or seizure;
 - b) Indirect expropriation occurs when a State takes an investor’s property in a manner equivalent to direct expropriation, in that it deprives the investor in substance of the use of the investor’s property, although the means used fall short of those specified in subparagraph (a) above.
3. In order to constitute indirect expropriation, the State’s deprivation of the investor’s property must be:
- a) Either severe or for an indefinite period; and
 - b) Disproportionate to the public purpose.
4. A deprivation of property shall be particularly likely to constitute indirect expropriation where it is either:
- a) Discriminatory in its effect, either as against the particular investor or against a class of which the investor forms part; or
 - b) In breach of the State’s prior binding written commitment to the investor, whether by contract, licence, or other legal document.
5. Except in rare circumstances to which paragraph 4 applies, such measures taken in the exercise of a State’s regulatory powers as may be reasonably justified in the protection of the public welfare, including public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation”, New Zealand–China Free Trade Agreement, 2008, Annex 13, Expropriation, available at https://www.mfat.govt.nz/assets/_securedfiles/FTAs-agreements-in-force/China-FTA/NZ-ChinaFTA-Annex-13-Expropriation.pdf [16.08.16.].

or if it would prevent the sale of gravel extracted from an investor's lands.¹² These are examples of "limited" injuries, in which the substance of the rights still rests with the injured investors.

On the other hand, an injury shall be qualified as "comprehensive", when the measures taken by the host State dispossess the investor of the substance of his rights.¹³ This happens in expropriations, nationalizations, confiscations, seizures, *de facto* takings of property and measures of similar effect (hereinafter: "expropriations", "nationalizations" or "takings"), whereby the investor's property rights are radically removed.

International law prescribes specific rules that host states must respect when interfering with the rights of foreign investors, depending on the relevant type of interference with the investment (i.e.; "limited" or "comprehensive"). In a nutshell, the obligations imposed on host states are the following:

- In cases of "limited" interferences: the measures adopted must be taken *in pursuance of public purposes (or of public interests)*;¹⁴
- In cases of "comprehensive" interferences: the measures adopted must be taken *in pursuance of public purposes* and, additionally, the taking must be accompanied by an appropriate *compensation*, paid to the investor in a prompt and effective way.¹⁵

¹² Tre Traktörer Aktiebolag [Judgment of 7 July 1989] ECHR, para. 55, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57586> [16.08.16]; Fredin v. Sweden [Judgment of 23 February 1994] [No. 1] ECHR, para. 51, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57651> [16.08.16].

¹³ R. HIGGINS, *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, 176 Recueil des Cours, 1982, p. 259, 324.

¹⁴ For example: International arbitration under chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules between Methanex Corporation (claimant/investor) and the USA, 07.08.2002, available at <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf> [16.08.16], Part IV - Chapter D - p. 3 para 7: "[...] as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation", available at <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf> [16.08.16]; Saluka Investments bv (the Netherlands) v. The Czech Republic, 17.3.2006, para 255: "It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare", available at <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf> [16.08.16].

¹⁵ UNCTAD, *Expropriation*, op. cit. p. 40.

Therefore, on the one hand, all sovereign measures interfering with foreign investments must be implemented in pursuance of “public purposes”. On the other hand, only measures that deprive investors from the substance of their patrimonial rights are to be accompanied by compensation.¹⁶

3. The Customary Law of Expropriations

During long decades, international investments were marked by endless disputes involving host states (mainly developing states), home states (mainly industrialized States), and investors (mainly nationals of industrialized states). These disputes gave birth, *inter alia*, to the establishment of a variety of arbitral instances in different parts of the world.¹⁷ Throughout history, these instances delivered hundreds of awards. The mentioned disputes also caused legal experts to decant significant amounts of ink for the publication of books and doctrinal articles on the subject.

In more recent decades, however, the situation has progressed. Today, it is said, we live in a period of consolidation of the so-called “law of international expropriations” and, by extension, of the law on international investments.¹⁸ For example, few contest nowadays that the taking of foreign investments shall be implemented only in pursuance of “public purposes”.¹⁹ There is also a large consensus in the sense that when a State takes foreign property, it must compensate the dispossessed investor.²⁰ There are even signs of concordance as regards the conditions to be respected when paying compensation, *i.e.*; that compensation must be promptly handled to the injured investor, and paid in an effective way.²¹

¹⁶ See *supra*, footnote 12.

¹⁷ Examples are the Claims Commissions instituted by the USA and Mexico at the beginning of the 20th Century, following massive violations of individual rights, especially of American nationals in Mexico [see A.H. FELLER, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934*, New York, 1935, Rep. 1971; F. Dunn, *Diplomatic Protection of Americans in Mexico*, New York, 1931, Rep. 1971], and the Iran-United States Claims Tribunal, instituted in the Hague in order to settle claims emerging from the detention of 52 US nationals at the US Embassy in Tehran in November 1979, followed by the subsequent freeze of Iranian assets by the USA [see Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran, Jan. 19, 1981], available at: <http://www.iusct.org/general-declaration.pdf> (16.08.16.).

¹⁸ J. ESSER & K. MEESEN, *op. cit.*, p. 20.

¹⁹ OCDE, Policy Framework for Investments, Expropriation laws and review processes, available at <http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/investmentpolicy/expropriationlawsandreviewprocesses.htm> (16.08.16).

²⁰ OCDE, Policy Framework for Investments, *op. cit.*

²¹ UNCTAD, Expropriation, *op. cit.*, p. 40.

Of course, not everything has been resolved - far from it. Lack of agreement still clouds some significant fields of the law of expropriations. Such is the case with the *quantum* of compensation to be paid to injured investors (should it be “full compensation”, “partial compensation”, “fair compensation”, “adequate compensation”, “reasonable compensation”, “just compensation”...?) This is also the case with respect to the *methods of valuation* of the taken property in view of compensation (should it be the “book value of the assets”, the “market price of the movable and immovable”, the “costs of re-creation of a similar business”, a “global calculation” ...?) In addition, some states have recently begun swimming against the stream of consolidation, in an effort to deny the possibility of internationalisation of the law of investments. By so doing, they try to pull the situation back to what has been described as the “nightmares of the mid-seventies”, when developing states strongly opposed industrialized countries, after having interfered with the rights of foreign investors.²² In this line, Bolivia’s Constitution of 2009 provides, in article 366:

*“Every foreign enterprise that carries out activities in the chain of production of hydrocarbons in name and representation of the State shall submit to the sovereignty of the State, and to the laws and authority of the State. No foreign court case or foreign jurisdiction shall be recognized, and they may not invoke any exceptional situation for international arbitration, nor appeal to diplomatic claims”.*²³

Bolivia introduced this provision as part of a process of nationalizations in the field of natural energy that the government of that country started to carry out from 2006.²⁴ This tendency continued, when between 2007 and 2012, Bolivia, Venezuela and Ecuador renounced their membership in the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), in a clear manifestation of their denial of the international advances attained by the law of investments.²⁵

²² J. ESSER & K. MEESSEN, op. cit., p. 25. By using this terminology, the authors refer to the wave of Resolutions promoted by developing Countries and adopted in the framework of the UN General Assembly and several Commissions, trying to implement the so-called “Calvo doctrine”, which – on a nutshell – denies the possibility for home States to intervene in cases where host States violated the rights of nationals of the former: D. SHEA, *THE Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minnesota, 1955.

²³ Bolivia, Constitution of 2009, available at https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.

²⁴ Bolivia: Nacionalización de hidrocarburos “Héroes del Chaco”, DS N° 28701, 1 de mayo de 2006, available at <http://www.lexivox.org/norms/BO-DS-28701.xhtml>.

²⁵ See T. BALLARINO, *Diritto Internazionale Pubblico*, Padova 2014, p. 223, who describes the ICSID system as a hybrid system to deal with private investment disputes.

It must be said, however, that not many other countries are following this trend, which risks leading to isolation and pushing investors to develop their projects in other states.

4. Investments and Expropriations in Treaty Law

According to art. 38 of the Statute of the International Court of Justice (ICJ),²⁶ in deciding cases brought before it, the ICJ shall apply the following legal sources: international conventions, international custom, general principles of law, and judicial decisions along with the teachings of the most highly qualified publicists. This provision, originally conceived as a guideline for the ICJ, has acquired a larger spectrum of relevance and today represents a sort of catalogue for general theory and practice in international law.

Until the 20th Century, international custom held a privileged place among the legal sources of international law. This situation is now shifting, due to an “explosion” of the number of treaties – both, bilateral and multilateral - concluded worldwide. The overwhelming majority of these treaties aim at regulating precise areas of international law, such as: peace and war, boundaries, the law of the seas, shipping law, space law, trade and commercial relations, environmental law, protection of animal species, taxation and customs, intellectual property, telecommunications, human rights, private international law, etc. If provisions of treaties are to be observed as *lex specialis*, then whenever such provisions regulate an area of law, custom shall only apply for filling the existing lacunae,²⁷ and (as it will be shown below in cf. 5), as a means of interpretation.²⁸

A remarkable phenomenon is the number of bilateral treaties for the protection of private investments (BITs) concluded worldwide. The number of these treaties exceeds 2600, whilst some 177 states have concluded at least one of these

²⁶ Statute of the International Court of Justice, Art. 38: “1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”, available at <http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2> (16.08.16.).

²⁷ See J. ALVAREZ, A BIT on Custom, NYU Journal of International Law and Politics, 2013, p. 30 ff and 67, available at <http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/42.1-Alvarez.pdf> (16.08.16.).

²⁸ On the controversial issue of treaties as *lex specialis* see J. Alvarez, op. cit., p. 30 ff.

instruments.²⁹ The conclusion of BITs in recent decades seems to have accelerated. For example, it has been submitted that between 1988 and 2004, about 1900 BITs were concluded.³⁰ This phenomenon (named “treatification”)³¹ is a remarkable fact. The BITs (formerly also known as “Treaties of Friendship, Commerce and Navigation”, “Amity Treaties”, and similar), aim at creating “home States-host States” legal frameworks for the realisation of investments and include provisions for the protection of nationals of one party investing in the territory of the other party.

An analysis of some BITs shows that, over time, the contents of these instruments tend to become more and more comprehensive and detailed. One characteristic common to most BITs is the tendency to include more and more definitions of terms that are relevant to investments, such as “investment”³², “investor of a Party”³³,

²⁹ J. ALVAREZ, *op. cit.*, p. 21.

³⁰ See: *New Aspects of International Investment Law* 118 (Philippe Kahn & Thomas W. Wälde eds., 2004); E. Benvenisti & G. Downs, *The Empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of international Law*, 60 *STANFORD L. REV.* 595, 611 (2007) (“The impact of serial bilateralism is particularly significant in the sphere of protection of foreign investments. Between 1988 and 2004, about 1900 bilateral investment treaties (BITs) were signed”); J. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements*, Geneva, 1985, p. 241.

³¹ J. ALVAREZ, *op. cit.*, p. 69.

³² For example, an Agreement between the Government of the UK and the government of the Republic of Argentina for the promotion and protection of investments, entered into force 19.02.1993, Art. 1 [a] “investment” means every kind of asset defined in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made and admitted in accordance with this Agreement and in particular, though not exclusively, includes: (i) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges; (ii) shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company, established in the territory of either of the Contracting Parties; (iii) claims to money which are directly related to a specific investment or to any performance under contract having a financial value; (iv) intellectual property rights, goodwill, technical processes and know-how; (v) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources. A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments. The term “investment” includes all investments, whether made before or after the date of entry into force of this Agreement”, available at <http://investment-policyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126> (16.16.06).

³³ For example, Treaty between the USA and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, entered into force 01.11.2006, Article 1: “Investor of a Party” means a Party or State enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual citizen shall be deemed to be exclusively a citizen of the State of his or her dominant and effective citizenship”, available at <http://investment-policyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2009> (16.08.16).

“enterprise”³⁴, “investment dispute”³⁵, etc. This trend is clearly expressed by the European Commission:

*“Vague rules will, by definition, leave room for interpretation. So we need to ensure that: (1) The rules in trade agreements for protecting investments are clearly defined and do not leave room for interpretative ambiguity. This is especially important where it concerns the State’s right to regulate for public policy objectives” [...]”*³⁶

In addition, some (economically strong) states may have a propensity to “convince” the (“weaker”) counterparties to the treaty, to adopt the same or a similar structure and wording of BITs that were previously concluded by the former.³⁷

Since one of the main risks to investments is the taking of property by the authorities of the host state, BITs usually contain provisions for cases of expropriations and nationalisations. However, these provisions frequently require interpretation. For example, the BIT concluded between the USA and Nicaragua in 1956, states, in art. VI. 4:

“Property of nationals and companies of either Party shall not be expropriated within the territories of the other Party except for public purposes and reasons of social utility as defined by law, nor shall it be expropriated without prompt and just compensation. Such compensation shall be in an effectively realizable form and shall represent the full equivalent

³⁴ Agreement between the Government of the UK and the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, entered into force on the 25.07.2007, Art. 1: “Enterprise” means any entity constituted or organised under applicable law, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture or other association, available at <https://www.gov.uk/government/publications/agreement-between-the-uk-and-mexico-for-the-promotion-and-reciprocal-protection-of-investments--2> (16.08.16).

³⁵ For example, US - Bahrain Bilateral Investment Treaty, entered into force 31.05.2001, Art. 9: “[...] ‘investment dispute’ [...] is any dispute arising out of or relating to an investment authorization, an investment agreement, or an alleged breach of rights conferred, created, or recognized by the Treaty with respect to a covered investment.» (Parenthesis added), available at <http://2001-2009.State.gov/documents/organization/43479.pdf> (16.08.16).

³⁶ Fact Sheet of the European Commission on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, op. cit., p. 6.

³⁷ The US drafted a “Model Treaty”, is an effort to aspire to a certain uniformity, see: 2004 Model BIT – Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of investment, <http://www.ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf> (16.08.16.). With respect to the relations of force between “strong” and “weaker” States in the conclusion of BITs see J. Alvarez, op. cit., p. 27.

*of the property taken; and adequate provision shall have been made at or prior to the time of the expropriation for determining and effecting such compensation”.*³⁸

In a lack of textual clarity, the article refers to “just compensation” and to “full equivalent of the property taken”, without fixing the parameters for evaluating the property taken.³⁹

A similar situation can be observed in a BIT concluded in the 1970’s between Switzerland and Indonesia. This instrument states, in art. 6:

*“Neither of the Contracting Parties shall take, either directly or indirectly, measures of expropriation, nationalization or any other measures having the same nature or the same effect against investments of investors of the other Contracting Party, unless the measures are taken in the public interest, according to the rules of law, and provided that such provisions be made for effective and adequate compensation”.*⁴⁰

Again, this provision does not contain any parameter indicating how to evaluate the taken assets in view of compensation.

A later BIT, concluded between Switzerland and Georgia in 2014, provides:

*“[...] compensation shall amount to the market value of the investment expropriated immediately before the expropriatory action was taken or became public knowledge, whichever is earlier”.*⁴¹

Although this provision refers to the “market value” of the property taken, it does not elaborate as to how such market value should be assessed.⁴² It also fails to

³⁸ Treaty between the United States of America and Nicaragua, Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (with Protocol.) Signed at Managua, on 21 January 1956, available at <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20367/v367.pdf> [16.08.16].

³⁹ See J. ALVAREZ, op. cit., p. 73: “While some BIT guarantees – such as NT [national treatment] – might be regarded as relatively precise in content, a provision in a BIT providing for FET [fair and equal treatment] without indicating, for example, what compensation might be due for any resulting arm, is not, in itself, a move to textual clarity” (parenthesis added).

⁴⁰ Convention entre le Gouvernement de la Confédération Suisse et le Gouvernement de la République Indonésienne concernant l’encouragement et la protection réciproque des investissements, entered into force on 09.04.1976, English Translation by L. Burger, Swiss Bilateral Investment Treaties: A Survey, available at <http://www.landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2015/03/Survey-of-Swiss-BITs.pdf> [16.08.16].

⁴¹ Agreement between the Swiss Confederation and Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, entered into force on 17.04.2015, art. 6, available at <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4814> [16.08.16].

⁴² The same language appears in the Israel-USA Friendship, Commerce and Navigation Treaty, entered into force on 03.04.1954, art. VI.3, available at http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005440.asp [16.08.16]; the Treaty

explain how the market value is to be established if the project expropriated is unique in the country –something that is not unusual in international investments.

This illustrates that, without interpretation, it would be difficult to ascertain the exact meaning of some terms employed in BITs, such as “just compensation”, “compensation representing the full equivalent of the property taken”, “market value”, “appropriate compensation”, “real value”, “genuine value”, etc., and how to determine the *quantum* of compensation. An OECD working paper emphasises this problem in the following terms:

“Lack of precise wording for many investment treaty provisions amplifies the need for interpretation that allows these broadly worded provisions to be applied to specific fact situations. Thus, interpretation under investment treaty law is a particularly important requirement of dispute settlement system (though it is obviously very important in all such systems)”.⁴³

The authors of this working paper further stress an obvious point, i.e.; that BITs fix the general parameters, whilst the role of arbitrators is to interpret these parameters in order to apply them to the particular case brought before them:

“States and arbitration tribunals have shared, but differentiated, roles in the interpretive process – basically States provide guidance in various forms for interpretations, while arbitrators seek to settle investor State disputes by applying the relevant investment treaty provisions and other guidance to a particular fact situation relating to a specific dispute”.⁴⁴

While trying to interpret a BIT, arbitrators may use different tools. Inter alia, they may have recourse to sources that are external to the treaty.

5. BITs - Problems of Interpretation and Coordination – Appealing to External Interpretation Sources

The myriad of treaties that have been concluded in the recent decades created a collateral, though not unimportant phenomenon: little attention was devoted to the necessity of coordinating the different instruments both, among themselves and

between Italy and the USA on Friendship, Commerce, and Navigation, entered into force on 26.07.1949 in art. V.2, refers, without detailing, to “just compensation”, available at http://tcc.export.gov/trade_agreements/all_trade_agreements/exp_005443.asp [16.08.16].

⁴³ K. GORDON & J. POHL (2015), “Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World”, OECD Working Papers on International Investment, 2015/02, OECD Publishing, p. 12, available at <http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en> [16.08.16].

⁴⁴ K. GORDON & J. POHL, op. cit. p. 12.

also with “external” international law. This phenomenon is known as “fragmentation”. In the words of the UN International Law Commission (UNILC):

“The fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice. What once appeared to be governed by “general international law” has become the field of operation for such specialist systems as “trade law”, “human rights law”, “environmental law”, “law of the sea”, “European law” and even such exotic and highly specialized knowledges as “investment law” or “international refugee law” etc. - each possessing their own principles and Institutions”⁴⁵.

According to the UNILC, the specialised treaty-making activities, together with the proliferation of specific (by-subject) international agencies and institutions, is leading to a reduced emphasis on achieving an integrated perspective:

“The result is conflicts between rules or rule-systems, deviating institutional practices and, possibly, the loss of an overall perspective on the law”⁴⁶.

The situation is paradigmatic in the field of international investments, an ancient area of human economic activity. The lack of global homogeneity and coordination among the numerous BITs in force is also due to the fact that each instrument is the consequence of a bilateral negotiation. The problem acquires wider dimensions if, besides the numerous BITs that were concluded throughout history, one takes into account the existence of other international sources containing rules that are relevant to the area of investments. Such is the case with some multilateral agreements establishing free trade zones (for instance: NAFTA), and of instruments elaborated in the framework of some international organizations.⁴⁷ This is also the case with some regional Conventions for the Protection of Human Rights (for instance, the American and European Conventions of Human Rights),⁴⁸ that

⁴⁵ International Law Commission, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by M. Koskeniemi, A/CN.4/L.682, p. 11, available at http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf [15.07.16].

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ J. ALVAREZ, op. cit., p. 41: “International rules governing investments are also contained within other multilateral agreements (such as the WTO’s TRIM’s, GATS, and TRIP’s Agreements, the World Bank’s ICSID Convention, and the OECD’s Code of Capital Movements”.

⁴⁸ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950), http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf [16.08.16], art. 1 Protocol 1; American Convention on Human Rights, Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica [22.11.1969], <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm> [16.08.16], art. 21.

consecrate the right to own and enjoy private property rights, which stand at the basis of every investment.⁴⁹

Additionally, for some time the law of international investments was considered to be a sort of closed box, with autonomous terminology, rules and practices. In recent times there have been some developments that open the door for legal branches that were traditionally considered as “external” to the law of investments, to be taken into account by arbitral instances called to deal with investment disputes. That is the case, for instance, with regard to protection of the environment, human rights, defense of the rights of groups and minorities, the safeguard of animals and species, protection of cultural and archeologic patrimony, preservation of public health, etc. This trend may pose problems to investors who relied on the provisions of a BIT before realising an investment abroad.

To illustrate the point, let us suppose that a BIT concluded in the 1990’s, provides for the protection of foreign investments. Then, let us imagine that 24 years later, one of the parties decides to seize the investment owned by a national of the other party, on grounds of public health - an element that was not specifically foreseen at the moment of the conclusion of the BIT. In such a case, would an international arbitral instance adopt a sort of “evolutive interpretation”,⁵⁰ and apply the “new” developments in the area of protection of public health to the relations governed by the BIT? This question was recently approached by the tribunal of the ICSID, in a case opposing a Swiss tobacco company to Uruguay (hereafter: “Philip Morris case”).⁵¹

In a nutshell, the facts of the case were as follows: a Swiss company manufacturing cigarettes sued (along with others) the government of Uruguay, claiming a violation of property rights of Swiss investors, that were protected by a BIT in force between Switzerland and Uruguay since 1991 (BIT CH-U).⁵²

⁴⁹ A. ARONOVITZ, Individual Patrimonial Rights under the European Human Rights System: Some Reflections on the Concepts of Possession and Dispossession of Property, 25 International Journal of Legal Information, 1997, p. 87; I. Rodríguez, La Protección de las Inversiones Exteriores, Barcelona, 2005, p. 110.

⁵⁰ S. HELMERSEN, Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions, “An evolutive interpretation is an interpretation where a term is given a meaning that changes over time”, European Journal of Legal Studies, 2013, Vol. 6, No. 1, available at <http://www.ejls.eu/12/150UK.pdf> [16.08.16].

⁵¹ Philip Morris Brands sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. (the claimants) and Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, 08.07.2016, available at <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf> [16.08.16].

⁵² Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, entered into force on the 22.04.1991, available at <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3121> [16.08.16].

The claimants alleged that, by adopting a series of cigarette-selling control measures, Uruguay breached the BIT CH-U, namely by imposing limitations on the number of cigarette brands that the claimants were allowed to commercialise. The claimants could sell just one “variant” of cigarettes under each given brand. According to the claimants, this limitation reduced the value of their business and was, therefore, a breach of the BIT CH-U. They also claimed that their intellectual property rights protected by the BIT CH-U were violated, because Uruguay imposed on them the obligation to cover the cigarettes packages with graphic health warnings occupying at least 80% of the surface. On these and other grounds, the claimants argued that Uruguay breached:

- a. Article 3.1 of the BIT CH-U, which prohibits impairment of the use and enjoyment of investments,⁵³
- b. Article 3.2 of the BIT CH-U, which obliges the parties to afford to foreign investors a fair and equitable treatment and to refrain from committing denials of justice,⁵⁴
- c. Article 5.1 of the BIT CH-U, which fixes the parameters for expropriating investments,⁵⁵ and,
- d. Article 11 of the BIT CH-U, which obliges the States parties to respect the commitments assumed.⁵⁶

The award on the merits in the Philip Morris case spans over 590 paragraphs, and deals with an extensive series of issues. For the purposes of this paper, we shall concentrate on the following aspect of the claim:

⁵³ BIT CH-U, Art. 3.1: “Each Contracting Party shall protect within its territory investments made in accordance with its legislation by investors of the other Contracting Party and shall not impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, extension, sale and, should it so happen, liquidation of such investments [...]”.

⁵⁴ BIT CH-U, Art. 3.2: “Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment within its territory of the investments of the investors of the other Contracting Party [...]”.

⁵⁵ BIT CH-U, Art. 5.1: “Neither of the Contracting Parties shall take, either directly or indirectly, measures of expropriation, nationalization or any other measure having the same nature or the same effect against investments belonging to investors of the other Contracting Party, unless the measures are taken for the public benefit as established by law, on a non-discriminatory basis, and under due process of law, and provided that provisions be made for effective and adequate compensation. The amount of compensation, interest included, shall be settled in the currency of the country of origin of the investment and paid without delay to the person entitled thereto”.

⁵⁶ BIT CH-U, Art. 11: “Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party”.

The Claimants argued that the BIT CH-U, does not contain any provision providing for “carve-outs, exceptions or saving presumptions for public health or other regulatory actions”. In other words, it was argued that in the absence of a provision allowing Uruguay to impair investors’ rights on grounds of public health, such measures were not allowed by the BIT CH-U.⁵⁷ In support of this thesis, the claimants pointed out that in other BITs concluded by Uruguay, such as the one signed with the USA that entered into force on the 01.11.06, the element of public health was specifically mentioned:

*“Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations”.*⁵⁸

Uruguay’s response to this argument was that the measures challenged by the claimants were taken without discrimination and in pursuance of a valid public purpose, amounting to a permissible and worthwhile exercise of that State’s sovereign powers. Therefore, the measures were not illegal, and, in consequence, no compensation had to be paid to the claimants.⁵⁹ Uruguay also stressed that art. 2.1 of the BIT CH-U, expressly mentions “public health” as a possible ground for the non-admission of investments:

“Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its law. The Contracting Parties recognize each other’s right not to allow economic activities for reasons of public security and order, public health or morality, as well as activities which by law are reserved to their own investors”.

According to Uruguay, this shows that the parties to the BIT were willing to protect the domain of public health, and that, therefore, grounds of public health can also be applied to *existing investments* (and not only to future ones).

The possibility of adopting such an extensive interpretation of art. 2.1. (that would render this provision applicable not only to the phase of “admission of an investment”, but also to “existing investments”), was previously rejected by the arbitrators in their decision on jurisdiction.⁶⁰ The Tribunal there stated:

“The reference in Article 2(1) to ‘public health’ as one of the reasons by which economic activities may not be allowed by the host State points to the stage of admission of the

⁵⁷ Philip Morris case, op. cit., para 184.

⁵⁸ Treaty between USA and Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, entered into force on 1.11.06, Annex B, “Expropriation”, section 4 b), emphasis added, available at http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/Uruguay_BIT.asp [16.08.16].

⁵⁹ Philip Morris case, op. cit., para 13.

⁶⁰ Philip Morris case, op. cit., Annex A, Decision on Jurisdiction, para 167 ff.

*investments, therefore to the pre-establishment stage, as clearly shown by the context. The reference in question is made immediately after providing for each State's duty to admit investments, as an exception to such duty for reasons, including of public health, characterized by the importance of the public interest involved. Admission and acceptance, including the exception for reasons of public health, refer both to the pre-establishment stage".*⁶¹

The arbitrators then rejected Uruguay's submission that the only plausible meaning that can be given to art. 2.1 to the BIT CH-U is that it completely excludes public health measures from the protection afforded to investors by the BIT CH-U.⁶² Thus, the Tribunal concluded, in the award on jurisdiction, that Article 2.1. of the BIT CH-U did not create an exception to Uruguay's obligations under the BIT CH-U with respect to investments that have already been admitted. Notwithstanding, and on the other hand, the Tribunal made an important statement, namely, that the fact that art. 2.1 of the BIT CH-U does not apply to investments that have already been admitted in Uruguay, does *not* prevent the Uruguayan authorities from exercising their sovereign powers in order to regulate areas that are harmful to public health - even when such regulation interferes with existing investments.⁶³ The decision on jurisdiction in the Philip Morris case left the appreciation of the legality of the interference to the phase of the merits.

In the decision on the merits, the Tribunal referred to art. 5.1 of the BIT CH-U according to which, the parties may not take an investment unless (inter alia), the measures are adopted "for the public benefit".⁶⁴ In order to interpret that concept, the arbitrators relied on several sources, some of which are external to the BIT CH-U.

The Tribunal first referred to Art. 31.3 c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).⁶⁵ This article prescribes that treaty provisions must be interpreted in the light of "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties". Such provision, stated the Tribunal, also points towards customary international law (see cf. 4).

⁶¹ Philip Morris case, op. cit., Annex A, Decision on Jurisdiction, para 170.

⁶² Philip Morris case, op. cit., Annex A, Decision on Jurisdiction, para 171.

⁶³ Philip Morris case, op. cit., Annex A, Decision on Jurisdiction, para 174.

⁶⁴ Philip Morris case, op. cit., para 288.

⁶⁵ Vienna Convention on the law of treaties, Concluded at Vienna on 23 May 1969, Art. 31.3 c): "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose [...] 3. There shall be taken into account, together with the context: [...] (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties", available at <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf> [16.08.16].

The next step for the Tribunal, was to analyse the rules of customary international law that are relevant to the relations between the parties. In that context, the arbitrators underlined that “protecting public health has since long been recognised as an essential manifestation of the State’s police power” and that, therefore, whenever such measures are adopted, there is no obligation to compensate the injured investors.⁶⁶ In support of this position, the Tribunal relied on several other sources. Amongst those sources, the arbitrators referred to some documents that refer, in general terms, to the power of states to regulate areas of law on the public benefit, but that do not mention expressly the protection of public health. Such is the case of the Third US Restatement of the Foreign Relations of the USA (1987) and of the OECD working paper on Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law (2004).⁶⁷ The Tribunal in the Philip Morris case also relied on international decisions that equally recognise the right of states to regulate certain areas in pursuance of public interests.⁶⁸

The Tribunal stressed the difference existing between, on the one hand, a *taking* of property and, on the other hand, *regulatory measures* that do not affect the substance of the investor’s right. Following what, the Tribunal made the following statement concerning evolutive interpretation:

*“The principle that the State’s reasonable bona fide exercise of police powers in such matters as the maintenance of public order, health or morality, excludes compensation even when it causes economic damage to an investor and that the measures taken for that purpose should not be considered as expropriatory did not find immediate recognition in investment treaty decisions. But a consistent trend in favor of differentiating the exercise of police powers from indirect expropriation emerged after 2000. During this latter period, a range of investment decisions have contributed to develop the scope, content and conditions of the State’s police powers doctrine, anchoring it in international law”.*⁶⁹

⁶⁶ Philip Morris case, op. cit., para 307.

⁶⁷ Philip Morris case, op. cit., para 293 and 294.

⁶⁸ In the case Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, available at <http://www.italaw.com/cases/documents/1088> (16.08.16), the tribunal Stated in para 119: “The principle that the State’s exercise of its sovereign power within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable”; in Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, available at <http://www.italaw.com/cases/961> (16.08.16), the tribunal Stated in para 255 and 262: “It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed to the general welfare [...] the principle that the State adopts general regulations that are ‘commonly accepted as within the police power of States’ forms part of customary international law today”.

⁶⁹ Philip Morris case, op. cit., para 295.

As examples of the application of this emerging trend, the arbitrators referred to several arbitral cases. One of these cases is *Methanex v. United States* (NAFTA-UNCITRAL arbitration).⁷⁰ Here, the State of California banned the use of a certain additive believed to be harmful to human health and the environment, interfering with the rights of a foreign company. The Tribunal stated that the ban was made for a public purpose (human health), that it was non-discriminatory and that it was accomplished with due process of law. Hence, it concluded, California's legislation was a lawful regulation, and not a taking of property that would have needed to be compensated.⁷¹ Another case brought by the Tribunal in the Philip Morris case, was *Chemtura v. Canada* (NAFTA-UNCITRAL arbitration).⁷² Here, the U.S. manufacturer of an agricultural insecticide believed to cause harm to health and to the environment, claimed that Canada breached the NAFTA treaty after that State prohibited its commercialization. The claim was rejected because, according to the tribunal, the measures were adopted on grounds that responded to "the increasing awareness of the dangers presented by [the insecticide] for human health and the environment". This is "a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation" that would allow the claimant to be entitled to compensation.⁷³

Following the construction of its decision in this point, and as "evidence of the evolution of the principles in the field", the Tribunal in the Philip Morris case referred to model treaties on trade and investments that were drafted in 2004 and 2012 by the USA and Canada, where the element of public health appears to be a legitimate ground to interfere with investors' rights without the need for compensation.⁷⁴ It also referred to the European Union-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)⁷⁵ which states:

*"3. For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations".*⁷⁶

⁷⁰ *Methanex v. United States*, op. cit.

⁷¹ *Methanex v. United States*, op. cit., Part IV - Chapter D - Page 6 para 15.

⁷² *Ad Hoc NAFTA Arbitration under UNCITRAL Rules, Chemtura Corporation (claimant) v. Government of Canada*, 02.08.10, available at <http://www.italaw.com/cases/249> [16.08.16].

⁷³ *Chemtura v. Canada*, op. cit., para 266.

⁷⁴ *Philip Morris case*, op. cit., para 300.

⁷⁵ *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union [and its member States]*, available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf [16.08.16].

⁷⁶ *CETA*, op. cit., Annex 8-A "Expropriation".

Finally, the Tribunal stated that the measures taken against the Claimants are in line with Uruguay's international obligations, having been endorsed by the World Health organization and the Pan American Health Organization, who acted in this process as *amicus curiae*.⁷⁷ After analysing the legality of the measures taken according to Uruguay's internal law, the Tribunal stated:

*"[---] the Challenged Measures were not "arbitrary and unnecessary" but rather were potentially "effective means to protecting public health," a conclusion endorsed also by the WHO/PAHO submissions".*⁷⁸

The tribunal finally rejected the claim, establishing that the regulatory measures adopted by Uruguay were not in breach of the BIT CH-U, and imposed on the claimants the duty to pay to the government of Uruguay the amount of US\$7 million plus fees and expenses.

6. Concluding remarks

One of the principles that host states must respect when coming to interfere with the rights of foreign investors, prescribes that the measures taken must serve a "public purpose". According to the circumstances, in cases of disputes this element can serve either as an attack sword in the hands of the investor or his home State, or as a defensive shield in the hands of the host State.

6.1. The principle of public purpose as an attack sword

An example of the use of this element as an attack sword, is the case of *Smith v. Playa*.⁷⁹ In this case, the Cuban authorities expropriated a parcel of land belonging to an American national (Mr. Smith) and transferred it to a local private entity, claiming that the measure was taken for the "urbanisation of the property" and "solely for purposes of public utility".⁸⁰ The USA intervened against Cuba, and the

⁷⁷ World Health Organization Statement: "These bodies of evidence, which are consistent with State practice, support the conclusion that the Uruguayan measures in question are effective means of protecting public health."; Pan American Health Organization Statement: "Uruguay's tobacco control measures are a reasonable and responsible response to the deceptive advertising, marketing and promotion strategies employed by the tobacco industry, they are evidence based, and they have proven effective in reducing tobacco consumption. For this simple reason, the tobacco industry is compelled to challenge them", quoted in the Philip Morris case, *op. cit.*, in footnote 407.

⁷⁸ Philip Morris case, *op. cit.*, para 306.

⁷⁹ Walter Fletcher Smith Claim (Cuba, USA), 1929, Reports of International Arbitral Awards, vol. II, 913, available at http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/913-918.pdf [16.08.16].

⁸⁰ *Smith v. Playa*, *op. cit.*, p. 917.

parties agreed to bring the matter before an arbitrator. The arbitrator came to the conclusion that the taking of the property was not made on behalf of public utility:

*“From a careful examination of the testimony and of the records, the Arbitrator is impressed that the attempted expropriation of the claimant’s property was not in compliance with the constitution, nor with the laws of the Republic; that the expropriation proceedings were not, in good faith, for the purpose of public utility”.*⁸¹

The arbitrator found evidence showing that, before the expropriation proceedings, certain persons threatened Mr. Smith with destruction of the property, following the latter’s refusal to sell the parcel. Furthermore, according to the award, the properties taken from Mr. Smith were immediately transferred to a local entity “for purposes of amusement and private profit, without any reference to public utility”.⁸² Finally, the arbitrator stated that, in this light, “it would be not inappropriate to find that, according to law, the property should be restored to the claimant”.⁸³

It must be emphasised, however, that for different reasons, international instances are not frequently motivated to declare that an expropriation violates International law, on grounds that the property was not seized for public purposes. The main reasons for this attitude seem to be practical.

One reason may be related to the very large margin of appreciation afforded to host states, for defining the nature of the “public purpose” for which the interference is needed.⁸⁴ International law does not dictate to states which fields are considered legitimate public purposes and which fields are not. Thus, states can decide whether to expropriate a house in order to build a hospital, a school, a military base or offices for the administration. In this framework, a state can freely decide to adopt (or to change) a certain economic system, for example, by embracing communist or other economic doctrines. This may be a legitimate public purpose, even if the application of similar doctrines previously failed in the same State or in other parts of the world.⁸⁵

⁸¹ Smith v. Playa, op. cit., p. 917.

⁸² Smith v. Playa, op. cit., p. 917-918.

⁸³ Smith v. Playa, op. cit., p. 918.

⁸⁴ With respect to expropriated assets that are transferred to another private party and do not directly serve the community, see BV Slade, “Public Purpose or Public Interest” and Third Party Transfers “Fair” Mathematics In Assessing Delictual Damages, 2014, available at <http://www.saflii.org/za/journals/PER/2014/6.html> [16.08.16].

⁸⁵ K. KARST, Land Reforms in International Law, in Essays on Expropriations (ed. by Richard S. Miller & Roland J. Stanger eds.) 1967, p. 41. An interesting quotation in this sense can be brought from Israel’s Supreme Court in the case United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Bank [CA 6821/93, decided: November 9, 1995. An English summary of this case is available at <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-bank>] [16.08.16]. Here, the former President of the Supreme Court Stated, in para 96, that: “The Court has to examine the

A second reason are the difficulties (or impossibilities) for international instances, to follow-up the concretisation of the public purpose declared by the taking state. This also includes the difficulties looming when the motive for which an interference with the investment was realised is later modified or changed for another.

A third practical reason is the fact that in the vast majority of cases, claimants – and therefore, the dispute settlement instances – focus mainly on the element of compensation. In such cases, the argument that the taking was not made for a valid public purpose is absorbed by the claim of compensation.

For these and other reasons, the effectiveness of using the principle of “public purpose” as an attack sword is mitigated.

6.2. The Principle of Public Purpose as a Defensive Shield

The case of *Philip Morris v. Uruguay* is a typical example of a state using the principle of “public purpose” as a defensive shield, after having interfered with foreign investors’ property rights. As explained, Uruguay argued that the measures that interfered with the claimants’ rights that were acquired under the umbrella of the BIT CH-U, were implemented for reasons of public health. These measures were aimed at diminishing the pernicious effects of cigarette smoking in the population, and also to alleviate the costs imposed by tobacco-related diseases on the budgets of the health services. Despite the fact that the element of “public health” is not expressly mentioned in the BIT CH-U as a legitimate ground to interfere with acquired investor’s rights (*supra* cf. 5), the Tribunal held that the measures adopted by Uruguay were not in breach of the BIT CH-U. That conclusion was supported, *inter alia*, by having recourse to interpretation sources that are external to the BIT CH-U. This breaking out from the box of what is traditionally recognized as “the law of investments”, in order to consider areas of law that go beyond that rigorous framework, is a significant development. In this respect, the Tribunal in the *Methanex v. United States* case stated that:

*“There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties [...] The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerfully suggested in the Petitions”.*⁸⁶

constitutionality of a law, not its intelligence. The question is not if a law is good, efficient and justified. The question is if the law is constitutional”. The former President added that a “socialist” and a “capitalist” legislator may legislate different and opposed laws, but all of them may be constitutional, *inter alia* because they fill the element of public utility.

⁸⁶ *Methanex v. United States*, *op. cit.*, para 49.

A collateral, though not unimportant consequence of the fact that international arbitral instances are starting to rely on sources that are external to the strict law of investments, is the possible reduction of the phenomenon of “fragmentation” (supra cf. 5). Such reduction will intensify the harmonization between BITs and the international law external to these instruments, and may even generate a certain unification.

On the other hand, there is a challenging point: a person that invested in a state, confident that their project is protected by a BIT previously concluded between that state and their home state, may discover - several years or decades later - that the former can interfere with the investment on grounds that were not predictable under the BIT.

Thus, it can be concluded that, in practice, the employment by host states of the element of public purpose or interest as a “defensive shield”, may be more effective than the use of that same element as an “attacking sword” on behalf of the rights of investors.

Bibliography

Books

- BALLARINO, T., *Diritto Internazionale Pubblico*, Padova 2014.
- DINSTEIN, Y., *Internal Competences of States*, Tel-Aviv, 1972.
- DUNN, F., *Diplomatic Protection of Americans in Mexico*, New York, 1931, Rep. 1971.
- ESSER, J., & MEESEN, K., *Kapitalinvestitionen im Ausland – Chancen und Risiken*, Köln, 1983.
- FELLER, A.H., *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934*, New York, 1935, Rep. 1971.
- LAVIEC, J., *Protection et promotion des investissements*, Geneva, 1985.
- RODRÍGUEZ, I., *La Protección de las Inversiones Exteriores*, Barcelona, 2005.
- ROSENTERER, D., *Article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Principles of Systemic integration in International Investment Law and Arbitration*, 2015, Baden-Baden, p. 29.
- SHEA, D., *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minnesota, 1955.

Articles

- ALVAREZ, J., *A BIT on Custom*, *NYU Journal of International Law and Politics*, 2013, p. 30.
- ARONOVITZ, A., *L'art. 26 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo: dal diritto internazionale consuetudinario al sistema europeo dei diritti dell'uomo*,

Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 1994, p. 515 (translation into Italian by Prof. Tito Ballarino & Prof. Andrea Bonomi.)

- ARONOVITZ, A., The Development of the Legal Doctrine of Investments in International Law: innovations in light of the ICJ's decision of 20.4.2010, in the case of Pulp Mills on the River Uruguay – with notes on the subject of the discoveries of natural gas in Israel, 8 Ma'znei Mishpat, 2012, p. 362.
- ARONOVITZ, A., Individual Patrimonial Rights under the European Human Rights System: Some Reflections on the Concepts of Possession and Dispossession of Property, 25 International Journal of legal Information, 1997, p. 87.
- BENVENISTI, E. & DOWNS, G., The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of international Law, 60 STANFORD L. REV. 2007, p. 595.
- GORDON, K. AND POHL, J., (2015), "Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World", OECD Working Papers on International Investment, 2015/02, OECD Publishing, p. 12.
- HELMERSEN, S., Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions, European Journal of Legal Studies, Vol. 6, No. 1, 2013, p. 161.
- HIGGINS, R., The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law, 176 RECUEIL DES COURS, 1982, p. 259.
- KARST, K., Land Reforms in International Law, in Essays on Expropriations (ed. by Richard S. Miller & Roland J. Stanger eds.) 1967, p. 41.
- KISSAM, L. and Leach, E., Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts, 28 Fordham L. Rev. 1959, p. 142.
- LAUTERPACHT, E., International Law and Private Foreign Investment, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 4, Iss. 2, Article 2, 1997, p. 260.
- MELDRUM, D., Country Risk and Foreign Direct Investment, MoneyWatch.Com, Jan, 2000.
- SLADE, BV., "Public Purpose or Public Interest" and Third Party Transfers "Fair" Mathematics in Assessing Delictual Damages, 2014, available at <http://www.saflii.org/za/journals/PER/2014/6.pdf> (16.08.16.)

La gouvernance du *ius shopping* en matière de santé reproductive

Entre droit international privé et déclinaisons culturelles des droits humains

Nolo carnifex fieri ad uniendum et flagellandum, sicut potestates hujus seculi¹

Table des matières

1.	Introduction	242
2.	Constitution et droit international privé	245
2.1.	L'application directe des droits fondamentaux	245
2.2.	L'identité culturelle des ordres juridiques face à la cohérence transnationale des décisions	247
2.3.	Frontières du droit à la protection de la vie familiale	252
2.4.	Certitude du droit et droit international privé	255
3.	Le statut juridique des individus «en puissance» entre droit de naître et droit de naître «sains»	256
3.1.	Le « <i>right to live</i> » des blastocystes cryoconservés: une vue des Etats-Unis et de l'Italie	256
3.2.	Interruption volontaire de grossesse à l'étranger	258
3.3.	Le soi-disant «droit de ne pas naître» du <i>fœtus</i> imparfait: une vue de France survolant les Etats-Unis et l'Italie	259
4.	L'enfant en tant qu'objet d'un contrat	261
4.1.	Les éléments d'extranéité des contrats de subrogation de maternité transfrontaliers	261

* Collaboratrice scientifique à l'Institut suisse de droit comparé. Le texte est un développement de la première partie de l'allocution prononcée lors de la journée en l'honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014: «La dimension culturelle du droit international privé» portant sur «L'enfant-objet entre valeurs constitutionnelles et droit international privé».

¹ *Speculum Perfectionis seu S. Francisci Assisiensi Legenda antiquissima, auctore fratre Leone, nunc primum edidit* Paul Sabatier, Paris, Librairie Fischbacher 1898, 71,20, en ligne: http://www.classicalitaliani.it/francesco/speculum_perfectionis_sabatier.htm [28.12.2016].

4.2.	Parents génétiques, biologiques et d'intention: les ascendants possibles de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée	263
5.	Pour une gouvernance de la santé reproductive	266
5.1.	Vices du <i>forum shopping</i> et vertus de l'autonomie des parties	266
5.2.	Les situations boiteuses des nouveau-nés: prévention et traitement	267
	Bibliographie	272

1. Introduction

Le 24 janvier 2017, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu sa décision dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* (requête n° 25358/12)², portant sur le placement en adoption d'un enfant issue d'une gestation pour autrui négociée par les requérants avec une clinique russe. La Grande Chambre a jugé que le placement en adoption de l'enfant emmené par les requérants en Italie depuis la Russie n'avait pas conduit l'Italie à une violation de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui reconnaît leurs droits à la vie privée et familiale. La décision est accompagnée de quatre opinions séparées, dont trois opinions concurrentes et une opinion dissidente, cette dernière étant rédigée par cinq des six juges ayant exprimé un vote contraire à lors de la décision.

La richesse des arguments qui figurent dans ces opinions séparées, qui s'ajoutent à ceux portés par la Cour dans la décision elle-même, confirment que le droit international privé, à la fois en tant que droit positif, mais également en tant que discipline juridique, ne parvient pas à assurer un *outcome* uniforme dans les cas de «filiations transfrontalières». Il est ainsi difficile d'analyser le caractère légitime ou illégitime des attentes des parties quant à la reconnaissance d'un lien de filiation fondé sur une loi étrangère, «rendue intentionnellement applicable» dans le but de contourner les lois en vigueur sur le territoire où elles vivent.

L'incertitude actuelle et future de la reconnaissance de ces liens de filiation invite à parcourir les réflexions que le dedicataire de ces lignes a développées en matière de Constitution et droit international privé, afin d'en déduire des principes capables d'orienter la réflexion sur les questions que le progrès de santé reproductive est en train de poser.

² En ligne sur le portail officiel du Conseil de l'Europe c.d. «HUDOC»: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25358/12"\],"itemid":\["001-170867"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). (10.4. 2017) et annoté par Tatiana KOUTEEVA-VATHELOT, en cours de publication.

Premièrement, sur le plan médical, il faut souligner que la technologie influence sans cesse le droit de la filiation et donne une forte impulsion à un renouveau de son traitement juridique. Deuxièmement, sur le plan social, les exigences des personnes qui traversent les frontières augmentent et, en parallèle, nous constatons des besoins de certitude juridique accrus. En troisième lieu et sur le plan juridique, on observe que le caractère hétéronome du droit perd du terrain au fur et à mesure que l'autonomie de la volonté s'affirme et devient le paradigme ultime de la légitimité des comportements humains. Quatrièmement, sur le terrain du droit international privé, il devient de plus en plus difficile d'ignorer certaines apories originaires de la discipline et, parmi celles-ci, le *non liquet* de l'équivalence des réponses juridiques aux comportements humains, qui est à la base de la recherche de l'«harmonie internationale des solutions».

L'équivalence des solutions juridiques permet au juriste de droit international privé de concentrer sa réflexion sur la «justice spatiale», du moment que la justice substantielle est assumée être «consubstantielle» à l'application des règles juridiques de l'un comme des autres «espaces juridiques» touchés par la relation à régler. Cette équivalence limiterait le but du droit international privé à la recherche de l'«espace le plus juste» où «situer» une relation juridique donnée et distancierait la discipline des branches du droit axées sur la recherche de la «justice substantielle». L'équivalence permet ainsi d'affirmer la neutralité de la discipline du droit international privé et son indifférence quant au résultat matériel de l'application de ses règles. L'équivalence permet également de justifier d'un point de vue théorique la création des règles de droit international privé «bilatérales»: c'est-à-dire de ces règles dont la structure caractéristique «état de faits/conséquence juridique» (Fattispecie/ conseguenza – Tatbestand/ Rechtsfolgen) se caractérise et par le caractère synthétique de l'état de faits qui est de surcroît décrit par sa qualification juridique (droits réels/ capacité etc.) et par le caractère indirect de l'indication des conséquences juridiques, qui sont à rechercher dans le pays désigné par un critère de rattachement. Traditionnellement, la possibilité que le critère de rattachement permette de donner vigueur à la loi du for tout comme à une loi étrangère définit les «règles bilatérales»³.

Si l'on accepte le *non liquet* de l'équivalence des solutions juridiques – assez manifeste dans le domaine de la santé reproductive – et si pourtant l'on reste fidèles à l'exigence de poursuivre le but de garantir l'harmonie internationale des solutions, il serait tentant de se diriger vers l'élaboration d'un nouveau *ius commune*, global voire européen, qui éliminerait à la racine les conflits des lois par une harmonisation et une uniformisation du droit en vigueur en Europe.

Tout comme la Cour de Strasbourg, nous constatons cependant que la période actuelle invite à la prudence dans la construction de la nouvelle *res publica europea*

³ Cf. Rui Manuel MOURA RAMOS, «Regards sur les sources et les méthodes du droit international privé de la famille dans l'espace Européen», *supra*, p. 85.

et que le *vivre ensemble* appelle à une plus grande tolérance des diversités juridiques que l'on constate dans des domaines comme celui de la santé reproductive.

Ainsi, de manière plus «douce»⁴, nous essaierons d'accueillir cette aporie génétique de la règle de conflit bilatérale et de la surmonter en recherchant des principes capables de guider le juge vers une *am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichtete Güterabwägung*⁵.

Comment trouver le point d'équilibre entre l'exigence de garantir la justice sociale conformément aux valeurs identitaires de l'Etat telles qu'exprimées par la Constitution et l'exigence de garantir «l'harmonie internationale des solutions» par une protection des droits légitimement acquis à l'étranger ? Il se peut que les droits acquis à l'étranger soient l'expression d'une justice sociale qui est en ouverte contradiction avec la justice sociale de l'Etat du for et que ce soit précisément la recherche de cette *autre* justice sociale qui a suggéré le contournement des frontières du socialement juste posées par l'Etat territorial.

La tension qui se produit est révélatrice d'une discordance manifeste et, en ces malencontreuses circonstances, il serait erroné de postuler *a priori* l'équivalence de la situation juridique créée à l'étranger avec des situations juridiques comparables créées dans le for. L'acceptation de la situation juridique créée à l'étranger est juridiquement, logiquement et psychologiquement problématique. Dès lors, l'équivalence ou la non-équivalence de la solution étrangère – en tant que circonstance capable d'interférer avec le droit international privé, ne serait-ce que pour l'activation de l'exception d'ordre public, - doit être mesurée lors d'une analyse du cas concret qui se présente.

Une analyse comparative permet l'évaluation du droit étranger à la lumière des valeurs axiologiques du droit national, dont celles du droit international privé, et contribue à éclairer «l'atterrissage» du fameux *Sprung ins Dunkel*.

⁴ Cf. Gustavo ZAGREBELSKI, *Le droit en douceur* «Il diritto mite», *passim*. Voir spéc. le chapitre VII.

⁵ *Ibidem*. Le principe de l'art. 5-3 de la Constitution suisse exprime le principe de la recherche du bien public et le principe de proportionnalité par ces mots: «*Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.*»; «L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.».

2. Constitution et droit international privé

2.1. L'application directe des droits fondamentaux

*«Das Recht zur Eheschließung wird als ein in der Natur des Menschen begründetes Recht, als Ausfluß seiner freien Persönlichkeit betrachtet, und in diesem Sinne ist es unter den Schutz des Bundes gestellt».*⁶

C'est à l'aide d'une affaire tranchée par le Tribunal fédéral suisse en 1987, dont cette maxime est tirée, que Tito BALLARINO nous présente la question de l'applicabilité directe de principes constitutionnels, en l'absence de toute désignation de la loi applicable par le biais des règles de droit international privé.

Comme cet arrêt du Tribunal fédéral suisse le montre, ladite application ne présente guère de problèmes si la norme constitutionnelle a «un objet suffisamment déterminé»:

*«L'attribuzione alle norme costituzionali di una propria sfera di efficacia, differente da quella assegnata alle norme interne e straniere dal diritto internazionale privato, non è un compito difficile allorché esse hanno un oggetto sufficientemente determinato»*⁷.

Tel était le cas de l'art. 54 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874⁸, qui protégeait le mariage (de manière semblable à l'art. 14 de la Constitution du 18 avril 1999)⁹.

L'application directe des normes constitutionnelles est mise en relation, par Tito BALLARINO, avec l'application directe des certaines normes supranationales qui ont un objet suffisamment déterminé. En guise d'exemple, la directe applicabilité de l'art. 50 de la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰ par les juridictions nationales a été explicitement affirmée par la Cour de cassation italienne à l'occasion d'une affaire récente, portant sur l'interdiction du *ne bis in idem*¹¹.

⁶ 193. Urteil vom 16. Dezember 1897 in Sachen Meyer und Ammann, en ligne: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1023d90.pdf> [27.12.2016].

⁷ Tito BALLARINO, *Costituzione e diritto internazionale privato*, Padova, 1974, p. 157.

⁸ RS 13.

⁹ RS 101.

¹⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [2000/C 364/01], JOCE C 364 du 18 décembre 2000, article 50 (Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction) – «Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi».

¹¹ Cass., sez. VI, sent. 15 novembre 2016 (dep. 21 dicembre 2016), No. 54467, Pres. Rotundo, Rel. Fidelbo, Ric. Resneli, pt. 2.2.

Un citoyen turc, condamné en Allemagne pour y avoir transporté 86 kg d'héroïne avait été condamné par la suite pour le même crime à Istanbul. En vertu de cette dernière condamnation, son extradition avait été demandée à l'Italie par la Turquie. La Cour de cassation nie l'extradition en faisant valoir le «principe général du droit européen» du ne bis in idem, applicable en l'espèce même à l'encontre d'un pays non-européen. La décision précise que l'inclusion du principe du ne bis in idem à l'art. 50 de la Charte de Nice et sa qualification de droit fondamental de l'Union européenne, en font un principe général de l'Union, contraignant et fonctionnel à la création de l'espace judiciaire européen où le risque de conflits de compétence est réduit par rapport à l'espace international.

La Cour de cassation précise que la reconnaissance du caractère contraignant de la Charte des droits fondamentaux découle directement de l'article. 6 par. 1 TUE.

A partir de la vérification de l'applicabilité directe des normes supranationales de la CEDH, indépendamment de la loi applicable¹², Tito déduit que la même applicabilité directe doit valoir *a fortiori*

«per le norme della Costituzione che hanno comunque un rango superiore a quelle di adattamento alle convenzioni internazionali»¹³.

L'application directe des droits fondamentaux est d'ailleurs le corollaire nécessaire de leur application immédiate, verticale et horizontale, à la fois en présence de lacunes et en présence des lois menaçant leur respect¹⁴.

Les règles que toutes ces normes édictent sont destinées à être appliquées «non seulement dans l'espace octroyé à la *lex fori* par les règles de droit international privé, mais aussi dans toute autre situation concernant des sujets étrangers ou des relations constituées à l'étranger»¹⁵.

¹² La possibilité concrète d'une application des normes par l'interprète, sans qu'il y ait besoin d'une intégration de la règle, interdite à l'interprète et prérogative du législateur, justifie l'efficacité directe des directives européennes: «*Le condizioni per l'effetto diretto delle direttive, descritte con chiarezza nel caso Van Duyn, sono state precisate in una serie di sentenze successive: la direttiva deve essere incondizionata e sufficientemente precisa*». BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, p. 107.

¹³ BALLARINO, *Costituzione e diritto internazionale privato*, p. 156. Pour des exemples concrets, tirés des constitutions en vigueur à l'époque, *ibid.*, p. 159, nt. 68.

¹⁴ Le principe de l'application immédiate des droits fondamentaux, édicté de manière explicite dans l'ordre juridique allemand (art. 1-3 de la Constitution allemande), fait également partie de l'ordre juridique italien. La question, autrefois laissée ouverte (cf. Costantino MORTATI, «Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)», *Enciclopedia del diritto*, à la note 122), ne fait plus de doutes. Cf. Augusto BARBERA, «Costituzione della Repubblica italiana», *Enciclopedia del diritto*, pp. 322 *et suiv.*

¹⁵ Traduction *ad hoc*, BALLARINO, *Costituzione e diritto internazionale privato*, p. 159. Voir aussi BARBERA, *ibidem*.

«Infatti, nella misura in cui toccano rapporti privatistici e quindi regolano questioni disciplinate dal diritto internazionale privato, anche le libertà previste in Costituzione potrebbero essere eluse se la loro efficacia venisse circoscritta a rapporti soggetti alla legge italiana e se i criteri di collegamento venissero manipolati in modo da sottoporre, se non tutti, almeno alcuni cittadini ad una legge straniera. Ad esempio la tutela costituzionale della famiglia (art. 29 Cost.) sarebbe tolta a vaste categorie di cittadini italiani se una nuova norma di diritto internazionale privato stabilisse che i rapporti familiari sono disciplinati dalla legge del paese in cui il soggetto ha (o ha avuto) la residenza. È appena il caso di rilevare come siffatte conseguenze siano estranee agli intenti del nostro legislatore, il quale non ha escluso neppure gli stranieri dal godimento di quei diritti: non è quindi pensabile che abbia a limitarli riguardo ai connazionali»¹⁶.

2.2. L'identité culturelle des ordres juridiques face à la cohérence transnationale des décisions

Une lecture toujours influente des normes de la Constitution italienne a conduit son auteur, Costantino Mortati, à tracer une distinction entre les systèmes juridiques qui reconnaissent la personne humaine en tant que valeur en soi à protéger et les systèmes qui assignent à l'individu un rôle instrumental à la réalisation d'intérêts collectifs¹⁷. La distinction, certes simplificatrice¹⁸, peut être transposée – tout en restant dans la simplification – au «dialogue entre cours» et offrir une perspective de lecture du fondement, conscient ou bien inconscient, des décisions qui dessinent la primauté ou bien la subordination de la pleine réalisation des droits fondamentaux de la personne aux exigences de la communauté internationale, et en particulier à l'harmonie des solutions et à la certitude du droit dans l'ordre juridique supranational¹⁹.

¹⁶ BALLARINO, *Costituzione e diritto internazionale privato*, p. 156. Parmi les exemples de normes constitutionnelles italiennes directement applicables Tito Ballarino mentionne celles qui protègent l'institution du mariage (art. 29 *et suiv.*) et celles qui protègent le travailleur (artt. 35-40). Il s'agit de citations (ou mieux de «références») très «*bipartisanes*» La République italienne étant autant imprégnée de valeurs chrétiennes – d'où la vision du mariage en tant qu'institution – que socialistes (la Constitution s'ouvre en déclarant la République fondée sur le travail à l'art. 1). Cf. la version française de la Constitution italienne établie par le Sénat de la République: https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_francese.pdf [28.12.2016].

¹⁷ Costantino MORTATI, *La Costituzione in senso materiale (1940)*; MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, *Enciclopedia del diritto*; sur sa théorie Augusto BARBERA, «Ordinamento costituzionale e carte costituzionali», pp. 311 *et suiv.*; Giovanni BOGNETTI, «Costantino Mortati e la Scienza del diritto», 803 *et suiv.*

¹⁸ BOGNETTI, «Costantino Mortati e la Scienza del diritto», p. 828 *et suiv.*

¹⁹ Une instrumentalisation de la personne est d'autant plus à craindre – dans le cas des filiations transfrontalières par PMA et GPA – quand il s'agit d'assigner aux *have nots*

Cette perspective est en mesure d'expliquer les dissonances apparues dans les dialogues entre cours, telles celles qui ont opposé par exemple, d'une part, la Cour Constitutionnelle d'Italie et la Cour Internationale de Justice dans le célèbre affaire *Ferrini* et, d'autre part, la CJUE et le Comité des sanctions créé par le Conseil de sécurité de l'ONU dans l'affaire *Kadi*²⁰. Dans les deux affaires, les Cours compétentes au niveau régional – Cour constitutionnelle d'Italie et CJUE, respectivement – se sont affirmées garantes des droits fondamentaux de la personne humaine reconnus par leur propres textes fondamentaux.

En cette qualité, les cours ont fait prévaloir les droits individuels sur ceux de l'ordre juridique international, telles la règle *par in parem non habet iurisdictionem*, l'harmonie supranationale des solutions juridiques, la cohérence transnationale des décisions judiciaires et, enfin, la prévisibilité et la certitude du droit.

Pour ce qui concerne l'expérience italienne, c'est surtout depuis 2007 (notamment par les décisions n^{os} 348 et 349 de 2007 et plus récemment par la décision n^o 238/2014) que la Cour affirme que l'harmonie et à la cohérence de l'ordre juridique international sert la protection de droits de l'homme et rejette la perspective inverse²¹.

D'ailleurs, la Constitution exprime la primauté des droits fondamentaux en proclamant que la République reconnaît et garantit les droits inviolables de la personne humaine (notamment mais pas exclusivement dans son art. 2).

Selon l'interprétation classique, cette formulation sous-entend que les droits de l'homme ne sont pas octroyés par des normes juridiques positives et que les règles de la Constitution se limitent à donner à l'Etat un rôle de garant en lui imposant

un rôle instrumental à la réalisation des intérêts des *haves*. Cette dérive semble manifeste en ce qui concerne l'essor de la subrogation commerciale en Asie sud orientale. En 2017, un homme thaïlandais, Nithinon Srithaniyanan, a été arrêté pour avoir introduit illégalement au Laos des gamètes pour le compte d'une clinique de fertilisation. Selon les déclarations des médias, il aurait fait des voyages semblables, vers le Laos et la Cambodge, et ce plusieurs dizaines des fois.

²⁰ CJEU, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, 3 septembre 2008, Aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P: «le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte».

²¹ Sur ces décisions *e multis* Carmela SALAZAR & Antonino SPADARO, *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, passim*, Giuseppe CATALDI, «Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?», pp. 321-347, Maria Daniela POLI, «Der justizielle Pluralismus der europäischen Verfassungsgemeinschaft: „Babylonische Gerichte“ oder „Gerichte für Babylon“?», pp. 373-391.

l'obligation d'assurer le respect des droits qui sont considérés déjà *a priori* comme appartenant à tout être humain.

La décision n° 349 du 24 octobre 2007 précise que le premier alinéa de l'article 117 de la Constitution opère un renvoi au droit supranational et, en particulier «à la norme conventionnelle qui se trouve en cause dans tel ou tel cas, laquelle confère un sens (*dà vita*) et un contenu aux obligations internationales évoquées de manière générale» dans la Constitution²². En même temps, explique la Cour, en assurant le respect de la norme supranationale, le premier alinéa de l'art. 117 de la Constitution «interpose» une règle hétéronome entre la Constitution et les autres dispositions juridiques du droit national au point qu'on peut qualifier la norme supranationale de «norme interposée».

«Une disposition nationale qui serait incompatible avec une norme de la Convention européenne des droits de l'homme – [conduirait l'état italien à violer les] «obligations internationales» mentionnées au premier alinéa de l'article 117 [et, en même temps] porterait en soi atteinte au principe constitutionnel [y contenu]».

«Il s'ensuit qu'il appartient au juge ordinaire d'interpréter la norme interne conformément à la disposition internationale (...). Lorsque pareille interprétation est impossible ou que des doutes existent quant à la compatibilité de la norme interne avec la disposition conventionnelle «interposée», le juge est tenu de soulever devant la Cour constitutionnelle une question de constitutionnalité au regard du premier alinéa de l'article 117 de la Constitution (...)»²³.

Partant, en cas de conflit entre la norme interne et la norme internationale et puisqu'il est par hypothèse impossible d'interpréter la norme interne conformément à la norme internationale, le juge constitutionnel résoudra l'antinomie par une appréciation de la conformité à la Constitution *et* de la norme interne *et* de la norme internationale incompatibles.

Le rôle de la Cour de Strasbourg est différent, en ce sens qu'elle centralise l'interprétation de la Convention en fonction nomophylactique :

²² Point 6.2. de l'arrêt No. 349 du 24 octobre 2007 traduit et reproduit dans l'arrêt de la CEDH, 27 août 2015, No. 46470/11, *Parrillo c. Italie*, point 26.

²³ La Cour européenne, dans l'affaire *Parrillo c. Italie*, précitée, salue les principes dégagés par les arrêts Nos. 348 et 349 du 24 octobre 2007, «notamment quant à la place revenant à la Convention dans les sources du droit et à l'invitation faite aux autorités judiciaires nationales d'interpréter les normes internes et la Constitution à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne». Cf. le pt. 103.

«L'interprétation de la Convention de Rome et de ses Protocoles relève de la compétence de la Cour de Strasbourg, ce qui garantit l'application d'un niveau uniforme de protection dans l'ensemble des États membres». ²⁴

Il ne revient pas à la Cour constitutionnelle, en revanche, de s'ingérer dans les questions relatives à l'interprétation uniforme de la CEDH, ni de: «juger de l'interprétation que la Cour de Strasbourg donne à telle ou telle norme de la Convention européenne des droits de l'homme»²⁵. Son rôle consiste plutôt à vérifier que «les normes [...] de la Convention européenne des droits de l'homme, telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg, garantissent une protection des droits fondamentaux à tout le moins équivalente à celle offerte par la Constitution italienne» puisque, dans le cas contraire, ces normes pourraient s'avérer incompatibles avec les normes pertinentes de la Constitution.

«Ainsi le devoir de garantir le respect des obligations internationales imposé par la Constitution est-il correctement mis en balance avec la nécessité d'éviter que ce devoir ne porte atteinte à la Constitution elle-même»²⁶.

Avec une décision du 22 octobre 2014, No. 238, la Cour constitutionnelle italienne a activé une nouvelle fois les «*controlimiti*»²⁷ afin de réaffirmer que les limitations de souveraineté auxquelles l'Italie a consenti, selon l'art. 11 de la Constitution, ne sauraient pas conduire à la violation des principes fondamentaux de la Constitution elle-même ou des droits inaliénables de la personne humaine, qui font partie intégrante de l'identité constitutionnelle de la République d'Italie²⁸.

²⁴ «L'application et l'interprétation de [la Convention] incombent évidemment au premier chef aux juges des États membres, qui sont les juges de droit commun de la Convention. Cela étant, l'application uniforme des normes en question est garantie en dernier ressort par l'interprétation centralisée de la Convention européenne, tâche attribuée à la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, qui a le dernier mot et dont la compétence «s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par [celle-ci]» [article 32 § 1 de la Convention] *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*. Voir aussi la décision de la Cour constitutionnelle No. 264 du 2012: «*A differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante...*».

²⁷ Voir notamment Benedetto CONFORTI, «La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale», Remo CAPONI, «Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti», Cesare PINELLI, «Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità», Marzio BRANCA, «Il punto sui "controlimiti"», pp. 3885 *et suiv.*

²⁸ Cf. déjà la décision de la Cour constitutionnelle n° 98 datant de 1965 sur une question portant sur la conformité à la constitution de certaines normes du Traité CECA: «*Comunque, se pure, in base all'art. 11 predetto, si possono inserire nell'ordinamento*

Dans cette décision, la Cour n'a pas hésité à déclarer non applicable «l'art. 1 de la Loi 17 Août, 1957, n° 848 (Statut d'exécution de l'Organisation des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 Juin, 1945)», puisque son application, «dans la mesure où [elle] obligerait le tribunal italien à se conformer à l'arrêt de la Cour internationale de Justice (CIJ) du 3 février 2012, qui exige que le juge italien décline sa compétence à l'égard des actes d'un État étranger constitutifs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, [porterait] atteinte aux droits inviolables la personne» et serait donc contraire à la Constitution italienne.

Il ressort de ces décisions que le but ultime des limitations et de contre-limitations à la souveraineté des Etats – qui se reflètent dans les contours de la compétence respective de cours régionales et supranationales – est celui d'assurer la meilleure protection possible des droits fondamentaux des individus et de la paix internationale²⁹. La doctrine des «contre-limites», qui s'appuie sur les décisions précitées, permet de dessiner les rôles respectifs des cours placées à des niveaux différents et de garantir une protection «multiniveaux» des droits fondamentaux.

La distinction axée sur la différence des fonctions de la jurisprudence étatique, d'une part, et de la jurisprudence supranationale de l'autre, vaut également vis-à-vis de la Cour Européenne de justice. Récemment, une définition des rôles respectifs de la Cour constitutionnelle et de la CJUE a été esquissée dans l'affaire *Taricco*³⁰.

Une association criminelle avait mis en place une série de montages juridiques frauduleux nommés «carrousels à la TVA» qui leur permit de disposer des bouteilles de champagne à un prix inférieur à celui du marché, de fausser la concurrence et d'empocher plusieurs millions d'euros. Le Tribunal de Cuneo, au cours de la procédure pénale, réalisa : i) qu'il était *de facto* impossible que l'affaire soit jugée avant l'expiration du délai de prescription ; ii) que les accusés étaient en mesure de prévoir ladite impossibilité et l'impunité qui en découlait; iii) que les interruptions et les prolongations du délai de prescription de l'art.

interno norme di trattati che, nei casi previsti, comportano limitazioni di sovranità, queste limitazioni potrebbero implicare rinuncia dello Stato alla supremazia esclusiva che gli spetta sul cittadino, ma non soppressione o restrizione delle garanzie fondamentali a questi riconosciute dalla Costituzione: si tratta di garanzie che attengono al rapporto tra Stato e sudditi, e pertanto sono sottratte ad un potere di libera disponibilità, e soprattutto non possono essere lasciate alla mercé di istituzioni internazionali estranee all'ordinamento del nostro Paese».

²⁹ Cf. encore le point 6.2. de l'arrêt no 349 du 24 octobre 2007, préc.

³⁰ Cf. spécialement CJEU, *Ivo Taricco et al.*, 8 septembre 2015, et Cour Constitutionnelle d'Italie, 26 janvier 2017, No. 24. Le dialogue entre les deux cours a commencé avec les célèbres arrêts *Costa c. ENEL* (CJEU, 5 février 1963 et 15 juillet 1964/ Cour Const. 24 février 1964, No. 14) et continué avec les arrêts de la Cour italienne: *Frontini*, 27 décembre 1973, No. 183, *Industrie chimiche Italia centrale*, 30 octobre 1975, No. 232, *Granital*, 8 juin 1984, n. 170, *Provincia autonoma di Bolzano*, 4-11 juillet 1989, n. 389 et de la CJEU: *Leonisio*, 17 mai 1972, *Commission c. Italie*, 8 février 1973, *Simmenthal*, 9 mars 1978, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano* 22 juin 1989, *Marleasing*, 13 novembre 1990 etc.

160, dernier alinéa, du Code pénal, lu en combinaison avec l'article 161, deuxième alinéa, conduisaient presque inéluctablement à l'expiration du délai de prescription dans la majorité des poursuites pénales, en raison de la complexité inhérente aux enquêtes en matière de fraude fiscale. Selon le Tribunal, «l'impunité de fait constituerait en Italie non pas un cas exceptionnel, mais la norme. Par ailleurs, il serait presque toujours impossible pour l'administration financière italienne de récupérer le montant des taxes ayant fait l'objet de l'infraction concernée»³¹.

Par l'ordonnance No. 24 du 26 janvier 2017, la Cour reconnaît la compétence de la CJUE à évaluer la conformité du droit national avec le droit européen ainsi qu'à demander la non-application du premier en hommage à la primauté du droit européen. En même temps, la Cour se considère compétente à évaluer la règle résultant de l'application directe du droit européen à l'aune de «l'identité constitutionnelle de l'Etat membre». Selon la Cour, si le droit européen menaçait cette identité, une antinomie entre droit européen et droit interne se produirait et devrait être résolue en faisant prévaloir les valeurs identitaires nationales. En même temps, la prévalence du droit national générerait la responsabilité de l'Etat membre pour violation du droit européen.

On peut en conclure que la cohérence nomophylactique du droit appliqué au niveau géographiquement supérieur trouve une limite dans l'exigence de l'ordre juridique géographiquement inférieur d'assurer le respect des droits fondamentaux capables d'identifier la société qui l'a investi de son pouvoir.

2.3. Frontières du droit à la protection de la vie familiale

Les normes de la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne, tout comme celles de la Convention européenne des droits de l'homme sont applicables directement non seulement si leur objet est suffisamment déterminé, déjà dans la formulation positive de la règle supranationale, mais aussi si leur objet devient suffisamment déterminé grâce aux décisions des Cours compétentes pour l'interprétation de ces textes. Il est clair que même quand les normes sur les droits fondamentaux ne sont pas «suffisamment déterminées», elles sont néanmoins toujours «déterminables» si besoin est, en raison de la compétence octroyée à la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) et à la Cour Européenne des droits de l'homme (CourEDH) dans l'exercice et dans les limites de leur pouvoir juridictionnel.

Comme on vient de le voir, la CourEDH s'est vue attribuer un «droit de critique» sur les juridictions nationales, en vue d'offrir un remède aux citoyens européens victimes des violations de droits fondamentaux imputables à un Etat-partie. Son rôle est de dire pour droit si le comportement donné d'un État dans un cas concret

³¹ CJEU, *Taricco*, préc. *passim* et pt. 24.

a ou non porté atteinte à un ou plusieurs droits fondamentaux d'une personne particulière. Néanmoins, son rôle de garante du respect de la Convention européenne des droits de l'homme s'est progressivement élargi jusqu'à inclure la création, par voie d'interprétation, d'un «catalogue de nouveaux droits», déduits des articles de la Convention³².

Ainsi, l'affaire *Paradiso et Campanelli* avait pu susciter l'espoir d'une éventuelle «consécration juridique» par la CourEDH d'un «droit à l'enfant» pouvant être imposé, indirectement, aux Etats membres du Conseil de l'Europe en vertu de l'efficacité directe des décisions de la Cour³³.

³² Cf. le «catalogue des nouveaux droits» de Stefano RODOTÀ, «Tra diritto e società: informazioni genetiche e tecniche di tutela», p. 571-604, à p. 172 s.: «*Si parla di un diritto di procreare o di un diritto al figlio; del diritto di nascere e del diritto di non nascere; del diritto di nascere sano e del diritto di avere una famiglia composta da due genitori di sesso diverso; del diritto all'unicità e del diritto a un patrimonio genetico non manipolato. Andando avanti ci si imbatte nel diritto a conoscere la propria origine biologica e nel diritto all'integrità fisica e psichica; nel diritto di sapere e di non sapere; nel diritto alla salute e alla cura, e nel diritto alla malattia. Infine, diritto di morire, diritto di morire con dignità, diritto al suicidio assistito. Se, poi, si guarda alla fase precedente alla nascita, si trovano i diritti sui gameti, i diritti dell'embrione, i diritti del feto. E, dopo la morte, rimane aperta la questione dei diritti sul corpo del defunto, soprattutto nella prospettiva dell'espanto di organo*».

³³ Selon KOUTEEVA-VATHELOT, Commentaire de l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, le «droit à l'enfant» existe, quoique «drapé sous l'appellation du 'droit au respect de la décision de devenir parent'» [référence est faite à l'arrêt de la CEDH du 10 avril 2007, Evans/RU No. 6339/05] et a été construit par la CEDH sur «deux pierres angulaires»: d'une part sur le «droit des parents génétiques d'abandonner son enfant» (l'auteure renvoie à l'arrêt CEDH 3 nov. 2011, No. 57813/00, *S.H. c. Autriche*) et, d'autre part, sur «l'interdiction à l'enfant adopté, conçu avec aide médicale à la procréation ou issu de la gestation pour autrui, de connaître ses origines» (interdiction tolérée par la CEDH notamment dans le cadre de la décision du 13 février 2003, *Odièvre c. France*, No. 42326/98). Cependant, une affirmation plus nette de ce prétendu droit n'a pas été prononcée à ce jour. À l'occasion de l'audience de Grande Chambre dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* (requête n° 25358/12, audience de mercredi 9 décembre 2015), lors de son plaidoyer final, l'avocat des requérants eut l'occasion d'attirer l'attention des juges sur les conséquences de leur décision, susceptible à ses yeux d'être banalement interprétée par la presse comme une décision «pour ou contre» la maternité de substitution. Ainsi, la Cour a insisté, dans la décision du 24 janvier 2017, au point 180, en affirmant que «la Cour n'a pas pour tâche de contrôler dans l'abstrait une législation ou une pratique contestée, mais elle doit autant que possible se limiter, sans oublier le contexte général, à traiter les questions soulevées par le cas concret dont elle se trouve saisie». Cette précision paraît désormais importante, comme le relève Charlotte BLANC FILLY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, p. 447 qui rappelle que dans l'affaire *KA et AD c. Belgique*, décidée le 17 février 2005 (requêtes n°s 42758/98 et 45558/99) les requérants avaient affirmé: «les mœurs dans la société moderne ayant changé, le besoin de protection de celle-ci devrait être interprété en fonction de ce changement»,

Cependant, avec la décision du 24 janvier 2017, la Cour indique explicitement que la protection de la vie familiale reconnue par l'art. 8 CEDH ne garantit «ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter» et que «le droit au respect d'une «vie familiale» ne protège pas le simple désir de fonder une famille»³⁴.

Un élargissement de la notion de vie familiale par la jurisprudence de Strasbourg trouve plusieurs obstacles. D'une part, l'autolimitation de la CEDH et la référence constante à la nécessité de préserver un marge d'appréciation au bénéfice des Etats³⁵ est indispensable à préserver le *consensus* nécessaire à sa légitimation internationale (*infra* §5).

D'autre part, la Cour est consciente qu'une «hétérolimitation» peut être réalisée par la jurisprudence des Cours constitutionnelles des Etats Membres (*infra* 2.3). Troisièmement, en présence des comportements humains posant des questions éthiques sérieuses³⁶ – telle la reconnaissance et/ou la méconnaissance des filiations

en particulier, ils faisaient valoir que: «les pratiques sadomasochistes [sont] suffisamment acceptées dans la société, au point de pouvoir être considérées comme tolérées par la loi et, partant, comme bénéficiant d'une immunité pénale, au même titre que, par exemple, la chirurgie ou la pratique de certains sports violents». Ainsi, la Cour serait appelée à «ratifier» les changements des paradigmes sociétaux, en se fondant sur le «droit à l'autodétermination» et à l'autonomie de la volonté des individus.

³⁴ Cf. le point 141 de la décision (note 2).

³⁵ La littérature en matière de marge d'appréciation est très vaste, *e multis*: Petr AGHA, *Human rights between law and politics: the margin of appreciation in post-national contexts*, Eleftheria NEFRAMI, *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Cécile PELLEGRINI, Rapport du colloque: marge d'appréciation du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel, dialogue des juges et balance des intérêts, no 4, p. 559-576, Elias KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*.

³⁶ Au point No. 79 de la décision *Paradiso et Campanelli* (note 2), la Cour rappelle que «le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe (CAHBI), prédécesseur de l'actuel comité directeur de bioéthique, a publié en 1989 une série de principes dont le quinzième, relatif aux «mères de substitution», est ainsi libellé: «1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution. 2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit. 3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité y est relative. 4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition: a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant».

découlant des contrats conclus à l'étranger – tout syllogisme judiciaire cède le pas à une évaluation pondérée des intérêts en présence au premier plan desquels se trouve l'intérêt supérieur de l'enfant.

Cette flexibilité, sans aucun doute indispensable, comme on le verra, diminue la prévisibilité par les parties des conséquences juridiques de leurs comportements et crée de l'insécurité juridique³⁷.

2.4. Certitude du droit et droit international privé

Dans «*Costituzione e diritto internazionale privato*», Tito BALLARINO évoque et explique – avec cette capacité de clarifier les questions et de porter au premier plan l'essentiel du progrès scientifique qui caractérise ses écrits – les études de Wilhelm WENGLER en matière de «certitude du droit» dans les situations transnationales³⁸.

Ce principe subit un tempérament en droit international privé en raison du fonctionnement de la discipline, de son caractère empirique, ainsi que de la variable représentée par les différents degrés d'accessibilité du droit étranger identifié au cas par cas par les règles de droit international privé³⁹.

Dans le traitement juridique des situations générées par les nouvelles technologies médicales, cette relativisation du principe de la «certitude du droit», déjà consubstantiel au droit international privé, se cumule avec l'incertitude qui existe déjà sur le plan interne, et qui découle de la relative «nouveau» des problèmes juridiques susceptibles d'être mis en avant par la pratique.

Le résultat est que les décisions de juges en cette matière présentent, déjà sur le plan interne, *ein Gestaltungscharakter*, et ce, même en l'absence d'éléments d'extranéité (§ 3)⁴⁰.

³⁷ Cf. le point 182 de la décision [note 2]: «La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention». Cf. aussi les résultats encore partiels des derniers travaux de la Conférence de La Haye en la matière: <https://assets.hcch.net/docs/443f72ec-a21e-45b0-8503-e28533aeded6.pdf> (10.5.2017).

³⁸ Wilhelm WENGLER, «Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse», pp. 1-31. BALLARINO, *Costituzione e diritto internazionale privato*, p. 141 *et suiv.*

³⁹ *Ibidem*. Sur les différents degrés d'accessibilité du droit étranger, en fonctions des variables objectives et subjectives, cf. Ilaria PRETELLI, «The Principle *Iura Aliena Novit Curia* and the Role of Foreign Law Advisory Services in Swiss Judicial Practice», (avec Shaheez LALANI), pp. 375-393.

⁴⁰ *Ibidem*.

3. Le statut juridique des individus «en puissance» entre droit de naître et droit de naître «sains»

Sur le plan interne, le statut juridique des individus non nés mais déjà identifiables par leur ADN est incertain. De même, le degré de protection que l'ordre juridique responsable de leur destin peut ou doit leur assurer est incertain (§3.1., §3.2). L'incertitude s'amplifie sur le plan transnational en l'absence d'un statut «individuel» capable d'identifier un ordre juridique compétent pour leur protection (§3.3.).

3.1. Le «right to live» des blastocystes cryoconservés: une vue des Etats-Unis et de l'Italie

À la fin de l'année 2016, en Louisiane, un avocat introduit une instance au nom de deux embryons de sexe féminin, auxquelles le père génétique et «d'intention» a donné un nom : celui d'Isabella et Emma Loeb afin, entre autres, de les constituer en tant que bénéficiaires d'un trust. A l'origine de l'affaire se trouve le projet de Nick Loeb et Sofia Vergara de devenir parents, lors de leur relation sentimentale. Plusieurs pré-embryons avaient été créés par le couple et une première fertilisation in vitro n'avait pas conduit au développement in utero d'un ou de plusieurs fœtus. Après ce premier échec et la séparation du couple, M. Loeb avait demandé sans succès la «garde» des pré-embryons qui restaient et qui avaient été cryoconservés. Le trust fut probablement constitué en vue de faire introduire une action judiciaire par un représentant «neutre» des «pré-embryons» et en vue de leur créer une identité autrement inexistante. L'action du trustee porte sur la reconnaissance du «droit à la vie» de ces embryons, donc du droit de se voir implantés dans un utérus – qui ne serait pas nécessairement celui de leur mère génétique – afin de se développer en fœtus, puis de naître. Résiste à l'action la «mère génétique». A son consentement, en vain demandé pour procéder à l'implantation des embryons auprès d'une mère porteuse, se substituerait la décision du juge⁴¹.

Le contentieux s'inscrit dans une longue liste de disputes ayant pour objet les blastocystes cryoconservés des couples qui se sont séparés et dont le projet d'enfant

⁴¹ Nick LOEB Opinion, «Frozen Embryos have a right to live», *NY times*, Apr. 30, 2015, at A31, en ligne: http://www.nytimes.com/2015/04/30/opinion/sofiavergaras-ex-fiance-our-frozen-embryos-have-a-right-to-live.html?_r=0 [14.12.2016]; Justin MOYER, «Sofia Vergara's ex pleads to get 'our girls': The couple's two frozen embryos», *Wash. Post*, April 30, 2015, https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2015/04/30/sofia-vergaras-ex-writes-intimate-op-ed-about-our-girls-the-couples-two-frozen-embryos/?utm_term=.f6420596745d [11.3.2015]. Le cas est commenté par Alison P. BARBIERO, «What to Expect before You're Expecting: Clarifying Florida's Statute Governing Pre-Embryo Disposition Agreements and Divorce», at 258 *et suiv.*

reste valable pour un – qui demeure un parent d'intention – mais pas pour l'autre, qui a donc changé d'«intention»⁴².

Le rôle maternel dans la reproduction⁴³, la disproportion dans la production des gamètes et la durée de la gestation sont les arguments qui ont conduit certaines juges américaines à autoriser l'implant d'embryon contre la volonté du père potentiel⁴⁴.

En Italie, la protection de l'embryon a été abordée en lien avec la question du sort réservé aux «embryons surnuméraires», c'est-à-dire aux embryons qui ne peuvent plus être implantés et dont la loi prohibe la destruction⁴⁵.

Adelina Parrillo est la compagne de Stefano Rolla, avec qui elle avait le projet de fonder une famille. En 2002, ils eurent recours aux techniques de la procréation médicalement assistée, effectuant une fécondation in vitro à Rome. Les cinq embryons issus de la fécondation furent cryoconservés. L'année suivante Stefano Rolla, qui était en train de réaliser un reportage sur la guerre en Iraq, succomba à l'attentat du 12 novembre 2003 à Nasiriya, qui causa la mort de 19 italiens. L'implantation des embryons devint impossible en raison de l'interdiction d'implantation post mortem prévue par la loi italienne n° 40/2004. Adelina Parrillo désirait donner les embryons cryoconservés à la recherche scientifique, arguant que leur conservation était «inutile» mais les autorités italiennes l'en empêchèrent. Par la suite, elle demanda la reconnaissance de la violation de son droit à la vie privée devant la Cour EDH⁴⁶. La Cour, après

⁴² Cf. Debra B. WALKER & Shalyn L. CAULLEY, «The Pre-Embryo Quandary: How to Eliminate Disputes That Commonly Arise After Couples Commence Ivf», at 1361-1368.

⁴³ Sur lequel v. *e multis* récemment, l'Observation générale No. 22 (2016) sur le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels du 2 mai 2016 (en ligne http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/GC/22&Lang=en 18.12.2016).

⁴⁴ Il s'agit de cas qui font exception à la règle de non-transférabilité en absence du consentement de deux parents génétiques: Superior Court of Pennsylvania, April 11, 2012, *Bret Howard Reber v. Andrea Lynn Reiss*, No. 1351 EDA 2011: «In this case, because Husband and Wife never made an agreement prior to undergoing IVF, and these pre-embryos are likely Wife's only opportunity to achieve biological parenthood and her best chance to achieve parenthood at all, we agree with the trial court that the balancing of the interests tips in Wife's favor. Thus, we affirm the order of the trial court awarding the pre-embryos to Wife». En ligne (14.12.2016) à la page web: <http://caselaw.findlaw.com/pa-superior-court/1598692.html>. Dans un cas semblable, une décision en faveur de la femme, a été prise dans l'état de l'Illinois: <http://www.illinois-courts.gov/opinions/appellatecourt/2015/1stdistrict/1122975.pdf>.

⁴⁵ Cf. Antonino SCALISI, «Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge No. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita», p. 204 *et suiv.* soutient que la loi italienne considère l'embryon une personne humaine à partir du 14^{ème} jour après la fécondation en considération de la circonstance qu'il s'agit d'un «individu» dont l'unité et l'unicité sont déjà présentes.

⁴⁶ Cf. l'arrêt *Parrillo c. Italie* (note 23).

avoir constaté l'absence d'un consensus européen sur ce sujet a estimé que l'Italie n'avait pas violé l'art. 8 CEDH.

La dévolution des embryons surnuméraires à la recherche scientifique est, selon la CEDH, une question délicate pour laquelle chaque Etat doit se voir garantir une ample marge d'appréciation.

Une façon de procéder, pouvant certes avoir des conséquences pénales, serait l'exportation des blastocystes cryoconservés vers des pays qui puissent assurer le résultat recherché, par une sorte de *race to the law*. Un phénomène semblable peut être observé dans le cadre de ce qui pourrait être appelé un «tourisme de l'avortement».

3.2. Interruption volontaire de grossesse à l'étranger

La diversité des règles nationales en matière d'interruption volontaire de grossesse génère un phénomène égal et contraire à celui du tourisme procréatif : dans ce cas la migration temporaire d'un pays à un autre est motivée par la volonté d'interrompre une grossesse : interruption qui serait impossible chez soi⁴⁷.

En effet, la période durant laquelle l'IVG peut être demandée par la femme en absence de pathologies varie considérablement parmi les pays européens comme dans le reste du monde, mais certains pays excluent la possibilité même d'une IVG souhaitée par la femme pour protéger la vie de l'enfant, encore hypothétique, qu'elle porte. Dans le cas d'une grossesse physiologique, susceptible de conduire à la naissance d'un enfant normalement développé, la majorité des pays autorise le recours à l'IVG jusqu'à une moyenne de 12 semaine de grossesse. D'autres pays interdisent l'IVG sur simple demande de la femme ou ne l'autorisent qu'en cas de viol. De plus, certains pays autorisent *de facto* l'IVG jusqu'à 24 semaines de grossesse, soit à une période de la grossesse où le *fœtus* a déjà des bonnes chances de survie en dehors du corps de sa mère (les c.d. *micropreemies*)⁴⁸.

⁴⁷ Même en présence des règles semblables sur l'avortement thérapeutique, il arrive que les pratiques sanitaires différencient la situation des Etats. Ainsi, des IVG normalement interdites sont pratiquées dans certains états où le recours à des faux «avis thérapeutiques» est devenu pratique courante (*exempla sunt odiosa*).

⁴⁸ Voir par exemple: Ida Sue BARON, Celiane REY-CASSERLY, «Extremely Preterm Birth Outcome: A Review of Four Decades of Cognitive Research», at 20:430: Pendant les années '90 «*survival rates rose from 2% to 35% for those born at 23 weeks, 17% to 58% for those born at 24 weeks, and from 35% to 85% for those born at 25 weeks (...). A survival rate of 73% was reported for those born at 26 weeks at another center (...). Extremely preterm survival rates continue their upward trend post-2000, along with variable reports about medical complications and associated long-term morbidities. [...] A review of research on extremely preterm birth cognitive outcomes since the 1960's to the present reveals that those extremely preterm children born post-2000*

La protection simultanée du droit de la femme à l'autodétermination et du droit de l'enfant conçu à avoir une chance de vie est d'ailleurs impossible et chaque Etat situe le point d'équilibre – procède à une pesée des intérêts (*Güterabwägung*) – selon sa culture juridique. Dans les cas d'IVG demandée à l'étranger, l'autodétermination de la femme prévaut *de facto* puisque l'efficacité des règles nationales protégeant la vie du *fœtus* sain est mise en échec et ne saurait être préservée que par l'adoption des mesures aussi radicales que l'interdiction de voyager.

Dans le but de protéger le *fœtus* et sa santé, les Etats-Unis et le Canada ont parfois autorisé la privation de la liberté de femmes toxicomanes jusqu'à la naissance de leur enfant. Dans les cas de dépendance aux drogues, les «états de manque» chez les nouveau-nés sont particulièrement choquants aux yeux du personnel sanitaire et encore plus choquante est la survenance d'handicaps permanents chez des enfants qui auraient pu naître parfaitement sains si leurs mères avaient évité la consommation des drogues. Malgré ces constats, qui justifient l'adoption de mesures drastiques, cette ligne de jurisprudence nord-américaine est fortement critiquée.

«Au Canada, une décision de la Cour Suprême cassant un jugement prononçant la détention obligatoire d'une femme enceinte, a fait l'objet d'une recherche collective Dans ce pays, les poursuites criminelles à l'encontre des femmes enceintes ne se fondent pas sur la consommation pendant la grossesse (non incriminée) mais sur d'autres aspects des affaires, dans l'intention de modifier les comportements des femmes. Le débat sur la place des toxicomanes dans les prisons est de ce fait renouvelé : la préoccupation paternaliste et bienveillante du juge pour la santé du fœtus pourrait être louable si les prisons fournissaient des soins prénataux de grande qualité et si ces milieux étaient véritablement sans drogues»⁴⁹.

3.3. Le soi-disant «droit de ne pas naître» du *fœtus* imparfait: une vue de France survolant les Etats-Unis et l'Italie

Le 17 novembre 2000, la Cour de cassation française a affirmé qu'un enfant atteint d'un handicap et qui ne serait jamais né si le handicap avait été détecté pendant la grossesse –

are more likely to demonstrate greater cognitive strengths than those survivors born in earlier eras of prenatal and neonatal intensive care.».

⁴⁹ Laurence SIMMAT-DURAND, «Grossesse et drogues illicites», at 105-126, et les références citées par l'auteur. Les praticiens se trouvent en grave difficulté lors de la constatation impuissante de pathologies de l'enfant provoqués par le comportement irresponsable de la mère pendant la grossesse, qui peuvent aller jusqu'à générer des crises d'abstinence de drogue particulièrement émouvantes chez les nouveau-nés.

*puisque sa mère aurait procédé à un avortement – était en droit de demander la réparation du préjudice découlant du fait de sa naissance*⁵⁰.

La nécessité de prévenir toute forme de pratique eugénique a conduit, par la suite, à l'abandon de cette ligne de jurisprudence d'inspiration américaine en France⁵¹.

En Italie, la Cour de cassation a récemment rappelé «le risque de réification de la personne humaine et des dérives eugéniques» auxquels une telle jurisprudence conduit. La Cour cite un passage de la *Divina Commedia* – et estime qu'il est impossible de considérer la «non-vie» en tant que «bien de la vie» *per la contradizion che nol consente*⁵².

Selon la Cour, le fondement logique de ce genre d'actions en justice est totalement inacceptable dans la mesure où il suppose que la vie d'un enfant handicapé serait de valeur inférieure à celle d'un enfant né sain⁵³.

⁵⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041543> (18. 12. 2016).

⁵¹ Loi relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé 4 mars 2002 n° 2002-303: Art. 1 «Solidarité envers les personnes handicapées»: «Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer ».

⁵² Cf. déc. préc. p. 18. Qu'on veuille bien me pardonner une digression irrésistible qui se veut décontractante et continue l'hommage de Bertrand Ancel, *supra*, p. 16): Tito Ballarino racontait volontiers que le pape Boniface VIII avait demandé un conseil pour la prise de Palestrina au Seigneur Guido da Montefeltro, qui était devenu franciscain après une vie de militaire. Devant son refus, dû à la crainte de pécher, le pape insista en lui disant qu'il lui octroyait une «absolution préalable» pour tout éventuel péché qu'il aurait commis. Guido lui dit alors de beaucoup promettre aux ennemis et de peu tenir. À sa mort, le conseil frauduleux lui fut fatal et l'absolution inefficace: *ch'assolver non si può chi non si pente / né pentere e volere insieme puossi / per la contradizion che nol consente*. [Nul ne peut être absous à moins de repentance; Or le péché va mal avec la pénitence: on ne peut dans son cœur les unir les deux]. Le diable prit ainsi son âme en lui disant: «*Forse tu non pensavi ch'io löico fossi!*» [Que t'en semble? Tu ne me savais pas si bon logicien!]. Traductions par Louis Ratisbonne, Paris, 1870, p. 371, en ligne: <https://maxencecaron.fr/wp-content/uploads/2010/08/Dante-enfer.pdf> (1.9. 2017).

⁵³ Cassazione civile, sez. un., 22/12/2015, (ud. 22/09/2015, dep.22/12/2015), No. 25767 qui cite, dans le même sens, la jurisprudence allemande BVerfGE 88, 203 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html> 18.12.2016). Cf. Gianluca MONTANARI VERGALLO, Francesco P. BUSARDÒ, Fabrizio SIGNORE, Simona NAPOLETANO & Enrico MARINELLI, «The Italian Supreme Court has dismissed wrongful life claims»: *«In their analysis, the Joint Sections underline the risk of valuing human life only when it is physically and psychologically integral. This could lead to the making of different assessments between healthy and sick children, unequal treatments and placing in a state of legal inferiority those who have disabilities. In other words, the judges make*

L'actualité dudit risque de réification de l'enfant semble être moins perçue dans la réglementation des contrats de gestation pour autrui, où l'hendiadys «*successful birth*» peut être employé pour indiquer à la fois la naissance d'un enfant vivant et celle d'un enfant non handicapé⁵⁴.

En cas de diagnostic d'handicap, il peut être prévu que l'avortement soit obligatoire pour la mère porteuse. Ainsi, ce fut le refus d'avorter l'enfant handicapé pour des raisons religieuses qui donna lieu à la célèbre affaire australo-thaïlandaise du Baby Gammy⁵⁵.

4. L'enfant en tant qu'objet d'un contrat

4.1. Les éléments d'extranéité des contrats de subrogation de maternité transfrontaliers

L'évènement de «*successful birth*» est l'objet typique du contrat de gestation pour autrui.⁵⁶ À cette unité de fonction des contrats de gestation pour autrui, correspond une réglementation de plus en plus fragmentée de ces contrats dans les Etats qui ne les considèrent pas contraires à leurs valeurs constitutionnelles⁵⁷.

the consideration that people are not like objects, which are worth less if they are damaged».

⁵⁴ Le concept de «naissance réussie» dans le contexte de la législation sur la technologie de la procréation assistée et son emploi fréquent dans les contrats de subrogation de maternité suscite de graves préoccupations, sur lesquelles v. Isabelle FABER, *Autonomie des femmes et responsabilités en matière de reproduction au cours de la technologie de reproduction assistée*, Thèse, Sydney, 2016, p.23 *et suiv.* Au-delà de l'atteinte à la dignité de l'enfant, le langage conduit assez inévitablement à s'éloigner de la considération des femmes en tant que personnes humaines et à leur objectivation en tant qu'instruments nécessaires pour parvenir à une «*successful birth*». Quelques-unes de mes réflexions sont aussi en «Language as a Bridge Between Legal Cultures and Universal Justice: *Linguae Alienae Novit Curia?*», p. 607 s., note 14.

⁵⁵ Le bébé Gammy est un enfant souffrant d'un syndrome de down et des problèmes cardiaques qui est élevé par sa mère thaïlandaise. Les parents d'intention, un couple australien, ont refusé à la naissance de le prendre avec eux et se sont contentés de prendre sa sœur jumelle. Les jumeaux vivent donc l'un en Thaïlande et l'autre en Australie respectivement avec les parents génétiques et d'intention. Le père génétique des jumeaux est par ailleurs accusé d'avoir commis des abus sexuels sur des enfants. Sur ce et d'autres cas: cf. Andrea BUCHLER & Luca MARANTA, «Surrogacy and International Private Law in Switzerland», p. 329.

⁵⁶ Pour une revue de cas célèbres des problèmes qui ont fait suite à ceux que la terminologie courante qualifierait de «*unsuccessful births*»: Raywat DEONANDAN, «Recent trends in reproductive tourism and international surrogacy: ethical considerations and challenges for policy», pp. 111 *et suiv.*

⁵⁷ *Infra*, par. 4.2.

Tout d'abord, il est utile d'observer que, dans la majorité de cas transnationaux, les seules éléments d'extranéité des contrats de subrogation de maternité sont la résidence habituelle et/ou la nationalité des parents d'intention. En effet, la conclusion du contrat et son exécution se réalisent normalement et intégralement dans l'Etat où est localisée la clinique qui organise l'opération de procréation.

L'influence de ces facteurs dans l'économie de la négociation du projet de procréation a été explicitement reconnue par certaines ordres juridiques, notamment en vue de limiter le phénomène du «tourisme procréatif» auquel ils se sont trouvés confrontés⁵⁸.

La résidence habituelle des parents est un facteur de rattachement important du contrat en raison de la volonté de contractants de faire produire «les effets indirects» du contrat de location d'utérus dans le pays de leur résidence habituelle⁵⁹.

Ainsi, si les parents d'intention transfèrent leur résidence habituelle dans le pays de la clinique et de la mère porteuse, aucun problème de conflit de lois ou de reconnaissance des *status* acquis à l'étranger n'est susceptible de se produire dans l'immédiat⁶⁰. Quand les effets recherchés dans la loi étrangère peuvent se produire intégralement à l'étranger, le conflit des lois s'estompe, en restant purement hypothétique.

Ce genre des problèmes apparait quand l'enfant, à la suite d'une naissance «réussie» arrive, avec les documents de l'état civil du pays de sa naissance, dans l'état de la résidence habituelle des parents d'intention.

Le statut de cet enfant, sa généalogie, sa nationalité, la valeur probatoire des documents qui attestent de sa naissance, entre autres, sont appréhendés à l'aune du droit international privé du pays où il se trouve, après y avoir été emmené par les parents d'intention.

⁵⁸ C'est le cas du droit britannique, du droit thaïlandais et du droit grec jusqu'à la réforme de 2014 qui a aboli cette condition. Cf. Chris THOMALE, *Mietmuttertschaft*; Kostantinos ROKAS, «National Regulation and Cross-Border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations», p. 292 *et suiv.*; 296 *et suiv.* et, du même auteur, voir également *L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé*.

⁵⁹ La nécessité de tracer une distinction nette entre «contrat de naissance» et reconnaissance de la filiation obtenue via ce contrat est mise en avant par Ana Quiñones Escámez, *El contrato de gestación por substitución no dermina la filia sino la interven de una autoridad pública conforme a la ley*, InDret, 2/2017, p. 205.

⁶⁰ Il est vrai que, dans tout moment ultérieure, le *status* de l'enfant pourra toujours être débattu en question préalable de la succession, par exemple, ou même directement après que l'un ou l'autre ou les deux parents d'intention, par hypothèse déçus par le produit de l'opération, souhaiteraient s'en débarrasser.

De même, le droit des contractants d'être reconnus en tant que parents de l'enfant, droit acquis à l'étranger et attesté par les documents étrangers, est évalué à l'aune du système de droit international privé du pays d'accueil.

4.2. Parents génétiques, biologiques et d'intention: les ascendants possibles de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée

Les relations adultes-enfant qui sont susceptibles de se présenter en conséquence des développements de la technologie médicale sont multiples et ne font pas toutes l'objet d'une réglementation juridique.

Avant qu'un lien de filiation existe dans la réalité et que l'on puisse parler de «mère sociale» et de «père social», les relations, purement hypothétiques, entre des adultes et un projet d'enfant (contractuel ou *in fieri in utero*) sont des relations «d'intention» (*infra* par. 5).

Il est possible de distinguer plusieurs situations en fonction du degré de participation des parents d'intention à la procréation.

Dans plusieurs hypothèses, les parents d'intention associent une seule autre personne à leur projet de procréation. L'enfant aura ainsi trois ascendants qui seront liés, directement ou indirectement, par des relations contractuelles ayant pour but sa naissance. En effet, dans la plupart de cas, il semble que la procréation, y compris ses aspects juridiques, soit organisée par des cliniques spécialisés dans la reproduction médicalement assistée⁶¹.

Une première situation est celle de l'enfant génétiquement lié aux deux parents d'intention qui naît à la suite d'un contrat de location d'utérus (subrogation de maternité par implantation d'un embryon conçu avec les gamètes des parents d'intention : en anglais *gestational surrogacy*)⁶². Le contrat prévoit que l'enfant sera séparé à sa naissance de la mère qui l'a mis au monde pour être confié aux parents génétiques. Cette césure prévue par le contrat, si elle a lieu⁶³, implique que la mère

⁶¹ Selon DEONANDAN, «Recent trends in reproductive tourism and international surrogacy: ethical considerations and challenges for policy», p. 111 (et les références citées): «*The global industry of commercial surrogacy – the phenomenon of women renting their wombs to clients for the purposes of creating babies – is estimated to be worth approximately \$US6 billion annually. [...] In India, which is fast becoming the global champion in providing commercial ART, surrogacy may be worth approximately \$400 million annually, generated from the country's approximately 3,000 specialty clinics*».

⁶² Cette situation tombe dans l'interdiction de la subrogation de maternité en Italie [art. 12, 6^{ème} al. l. 19 février 2004, No. 40] autrement dite «*utero in affitto*» (location d'utérus, *Mietmuttertschaft*).

⁶³ À l'instar du cas du *baby Gammy* (note 55), les cas où le lien émotionnel développé par la mère pendant la grossesse conduit à «l'inexécution du contrat» sont pris en compte

biologique et l'enfant-né n'auront aucune relation juridique et sociale (sauf, mais dans une autre perspective, dans les cas de subrogation de maternité intrafamiliale: c'est-à-dire quand la mère porteuse est la sœur ou la mère de la mère d'intention).

Une deuxième situation est celle de l'enfant né grâce à un don de gamètes par la personne associée au projet de procréation.

Cette situation se produit dans trois hypothèses. Premièrement, quand un embryon conçu avec les gamètes du père d'intention et l'ovocyte d'une donatrice (FIV avec don d'ovocyte, sans subrogation de maternité) est implanté dans l'utérus de la mère d'intention. Ici, l'enfant a un seul père (le père génétique et d'intention) et deux mères: une mère biologique et une mère génétique qui reste en principe anonyme⁶⁴.

Une deuxième situation se produit en cas de FIV avec don des gamètes (sans subrogation de maternité). L'enfant a une seule mère (génétique, biologique et d'intention) et un père génétique qui reste anonyme. Le père d'intention pourra devenir le troisième ascendant de l'enfant en fonction de la réalité sociale et juridique qui apparaîtra après la naissance.

Troisièmement, la situation la plus délicate d'un point de vue juridique et psychologique est celle de la gestation d'un embryon conçu avec les gamètes du père d'intention et l'ovocyte de la mère porteuse (en anglais *traditional surrogacy*). Dans ce cas, comme dans le premier, la mère s'oblige, par contrat, à n'avoir aucune relation juridique et sociale avec l'enfant. Ici, la mère d'intention, qui ne participe pas à la procréation sinon d'un point de vue juridique, souhaite devenir la «mère sociale» de l'enfant.

Dans d'autres hypothèses, les parents d'intention associent deux personnes au projet de procréation. L'enfant aura ainsi quatre ascendants.

Cette situation se produit, en premier lieu, quand le parent génétique est la mère ou le père d'intention et on recourt à un donateur anonyme des gamètes et à une location d'utérus (FIV avec don d'ovocyte et subrogation de maternité; FIV avec don de sperme et subrogation de maternité).

Dans d'autres hypothèses, comme cela semble avoir été le cas dans l'affaire *Paradiso* et *Campanelli* précitée, l'enfant a cinq ascendants: trois autres personnes participent à la procréation. Ainsi, les parents d'intention sont les instigateurs de l'opération, qui ne se réalise qu'à la suite de leur impulsion, mais ces derniers n'ont aucun lien ni génétique ni biologique avec l'enfant (FIV avec don des gamètes et subrogation de maternité). L'enfant n'aura des relations ni avec ses parents

par plusieurs législations. Voir la perspective féministe juive orthodoxe – *ipse dixit* – de Carmel SHALEV, *Birth Power. The Case for Surrogacy*, spéc. p. 102.

⁶⁴ Cette situation est susceptible de se produire en Italie après la décision de la Cour constitutionnelle No.162 du 2014.

génétiques ni avec sa mère biologique mais sera élevé, de la même manière qu'un enfant adopté à la naissance, par ses parents d'intention qui vont devenir ses parents «sociaux».

La première des situations présentées ici ne se produit que si les parents d'intention sont de sexe complémentaire, mais toutes les autres situations, *mutatis mutandis*, peuvent se vérifier en présence d'un seul parent d'intention (monoparentalité) ou en présence de les parents d'intention formant un couple de même sexe (homoparentalité)⁶⁵. En cas de monoparentalité il y aura évidemment une réduction dans le nombre des contractants en conséquence.

Une situation particulière se produit quand un couple formé par deux femmes réalise un «croisement» : l'une «donnant» l'ovocyte à l'autre qui deviendra la mère biologique, avec recours à un donateur des gamètes anonyme⁶⁶.

Il reste à mentionner le cas des personnes transsexuelles ou intersexuelles, qui s'inscrivent dans des situations semblables à celles déjà mentionnées, encore une fois *mutatis mutandis*. On peut citer le cas de Thomas Beatie, né Tracy Lehuanani La Gondino, une femme ayant changé de sexe et qui s'est marié, en tant qu'homme, à une femme. Lors de l'opération de changement de sexe, Tracy devenue Thomas Trace avait conservé son utérus et, grâce à cette transition incomplète, à une pause du traitement hormonal, au recours à l'assistance médicale et à une fécondation évidemment hétérologue, a donné naissance à trois enfants qui ont été enregistrés en tant qu'enfants issus du mariage susmentionné⁶⁷.

⁶⁵ Parmi les cas les plus *glamour* de monoparentalité et homoparentalité des «*people*» on évoquera celui de Miguel Bosé, «monoparent» de quatre enfants et ceux d'Elton Jhon et David Furnish tous nés en Californie. Ce dernier, comme les *tabloids* anglais n'ont pas manqué de relever à tambour battant, est indiqué en tant que «mère» des enfants que le couple élève. En effet, certains certificats du *Department of Health Services* de l'Etat de Californie sont rédigés à l'aide de formulaires qui contiennent d'abord une ligne pour y inscrire les généralités du père de l'enfant, et ensuite une ligne pour celles de la mère (y compris son nom de jeune fille), à témoignage du fait que l'évolution législative, si elle ne se maintient pas à la page de l'évolution sociale, avance néanmoins bien plus rapidement de la bureaucratie.

⁶⁶ Cf. le cas décidé par la *Cassazione civile* d'Italie, sez. I, 30 septembre 2016, No. 19599, concernant la transcription d'un certificat de naissance espagnol naît d'un couple de deux femmes, les deux mères de l'enfant, une biologique, l'autre génétique.

⁶⁷ Selon les médias, qui font beaucoup de publicité à l'affaire du *pregnant man* et ses suites, après le divorce du couple et plusieurs vicissitudes la garde est partagée entre les deux parents.

5. Pour une gouvernance de la santé reproductive

5.1. Vices du forum *shopping* et vertus de l'autonomie des parties

La diversité des règles protégeant la vie avant la naissance suscite une forme de *ius shopping* qui, dans la plupart de cas, échappe aux mécanismes de droit international privé. L'égalité des personnes devant la loi nationale est brisée par la facilité avec laquelle il est possible de contourner cette dernière moyennant un déplacement à l'étranger. Le résultat ainsi obtenu est cependant contraire aux principes de base du droit international privé, discipline ayant justement pour but d'empêcher que le simple passage d'une frontière conduise à un changement de la loi applicable à une situation juridique.

Les pratiques de *forum shopping* constatées dans l'espace européen sont la raison d'être du droit international privé commun aux Etats européens et expliquent l'avènement de règlements «triples»⁶⁸, qui traitent, dans un même *corpus* de règles, la reconnaissance des décisions étrangères, le conflit de juridictions et le conflits de lois.

La construction d'un système de répartition territoriale unique pour l'espace européen – assorti d'un système de règles de conflit unique pour les juges qui se trouvent dans cette espace – aurait pour but d'assurer aux droits matériels nationaux une application sûre, prévisible et uniforme. Ainsi conçu, le système fixe la portée territoriale respective des règles matérielles de chaque Etat membre selon une logique unique, afin de prévenir tout éventuel conflit des lois positif ou négatif en garantissant ainsi un traitement égal de situations égales.

Au fur et à mesure que ce système unifié est complété avec de nouvelles règles, englobe des nouveaux domaines – obligations, famille, successions, insolvabilité – et efface les système nationaux de droit international privé, il devient de moins en moins possible pour les parties de profiter des incertitudes générés par les conflits positifs et négatifs. Ainsi, il devrait devenir de moins en moins intéressant pour les parties d'organiser des *paces to court* afin de s'acheter un *forum* et, par cette voie, un *ius*.

⁶⁸ Historiquement, le caractère «double» de la Convention de Bruxelles, qui a introduit des règles communes pour la solution du conflit de juridictions, a représenté *tempore illo* une innovation dans la pratique des conventions sur la reconnaissance des décisions. Ce modèle s'est par la suite enrichi par l'introduction de règles communes pour la solution du conflit de lois, notamment dans les matières de succession et d'insolvabilité, ou l'enchevêtrement entre règles procédurales et règles substantielles justifiait la création d'un instrument exhaustif.

Le *forum shopping* – et le *ius shopping* qui est le but finalement recherché – devrait être progressivement réduit aux possibilités offertes par les règles qui reconnaissent le principe de l'autonomie de la volonté des parties concernées.

Il y a lieu de se demander, dans les circonstances évoquées et compte tenu de l'importance des questions éthiques en cause, où se situe la frontière entre *forum* et *ius shopping*, d'une part, et garantie de l'autonomie de la volonté, de l'autre.

Au niveau européen, des mesures capables de limiter le *shopping* juridique semblent indispensables pour éviter que le pouvoir juridictionnel et le droit national se rapprochent de produits de consommation à la disposition de ceux qui disposent des ressources économiques nécessaires (et s'en prévalent) pour éluder les règles impératives d'un ordre juridique donné.

5.2. Les situations boiteuses des nouveau-nés: prévention et traitement

L'encadrement juridique de liens de filiation issues des fécondations exogènes et des subrogations de maternité est déjà problématique sur le plan interne même si, dans la dernière décennie, l'activité législative des gouvernements nationaux en matière de santé reproductive a connu des développements considérables. Les droits et devoirs de chacun des «participants» à la procréation (droit à l'anonymat, droit de garder l'enfant, etc.) et, inversement, ceux de l'enfant vis-à-vis de ces personnes, ne sont pas encore définis de manière uniforme dans tous les pays. Le bien-être tant psychique que physique des enfants «nés par contrat»⁶⁹ ainsi que l'évaluation des conséquences microéconomiques et macroéconomiques du «tourisme procréatif» sont à l'étude et devraient avoir une influence sur les futures règles substantielles encadrant le phénomène⁷⁰. Au fur et à mesure que la pratique montre les conséquences du désordre juridique actuel⁷¹, les législateurs nationaux interviennent par l'adoption des mesures estimées nécessaires⁷².

⁶⁹ SHALEV, *Nascere per contratto*, trad. it. de l'anglais *Birth Power. The Case for Surrogacy*.

⁷⁰ Pour une première analyse, qui souligne l'exigence primordiale d'une «collection of high quality data» sur le phénomène, dans sa dimension globale et dans la gestion des risques qui y sont associés cf. DEONANDAN «Recent trends in reproductive tourism and international surrogacy: ethical considerations and challenges for policy», p. 113 *et suiv.* Cf. Virginie ROZÉE & Sayeed UNISA (eds.) *Assisted Reproductive Technologies in the Global South and North: Issues, Challenges and the Future*, Routledge Studies in the Sociology of Health and Illness, 2016.

⁷¹ Gian Paolo ROMANO, Pluralisme, monisme, ordre, désordre juridique et relations privées internationales (propos de surface), p. 59.

⁷² À la suite de la naissance du *Baby Gammy* (note 63) la Thaïlande a modifié sa législation et introduit une interdiction de subrogation de maternité à des fins commerciales, par une loi entrée en vigueur en 2015, dont seule la proposition semble disponible en langue anglaise ici: <http://www.thailawforum.com/thailand-draft-surrogacy-law/>. À

Pour ce qui concerne le droit international privé en vigueur, le problème qui a été identifié consiste à évaluer la transcriptibilité des certificats de naissance établis à l'étranger dans le cadre des procréations médicalement assistées interdites au for où leur reconnaissance est demandée. Le deuxième problème concerne la nationalité des enfants nés à l'étranger à la suite d'une telle procédure, et en particulier, dans les pays qui n'attribuent pas la nationalité *iure soli*. Les deux questions sont à évaluer à la lumière du droit de l'enfant à avoir une identité personnelle, qui découle de plusieurs éléments : en premier lieu de ses origines, du nom qui lui est attribué, de la nationalité qui lui est attribuée, etc. Aucun problème ne se pose en l'absence de doutes quant à l'identification de ses parents, actuels ou potentiels⁷³.

Les cas problématiques sont ceux pour lesquels une intervention discrétionnaire de l'autorité administrative est nécessaire à l'établissement de la filiation, puisque les présomptions légales ne conduisent pas à l'établissement de la filiation. C'était la situation dans laquelle se trouvait l'enfant emmené en Italie par les époux Paradiso et Campanelli, ce dernier étant aussi apatride.

L'arrêt de la CEDH sur cette affaire ne porte qu'indirectement sur les questions de transcription du certificat de naissance étranger, de reconnaissance du lien de filiation et de nationalité de l'enfant issu du contrat russe de subrogation de maternité. La Cour le précise :

«Contrairement aux affaires Mennesson et Labassee ci-dessus, la présente affaire ne porte pas sur la transcription du certificat de naissance étranger et sur la reconnaissance de la filiation d'un enfant issu d'une gestation pour autrui (...). La question qui se pose en l'espèce porte sur les mesures adoptées par les autorités italiennes ayant entraîné la séparation définitive de l'enfant et des requérants. Les juridictions internes ont d'ailleurs affirmé qu'il ne s'agissait pas d'une gestation pour autrui «traditionnelle», dès lors que le matériel biologique des requérants n'avait pas été utilisé. Elles ont mis l'accent sur le non-respect de la procédure prévue par les dispositions sur l'adoption internationale et sur la violation de l'interdiction d'utiliser des

l'opposée, le droit hellénique a réformé sa législation pour l'ouvrir au «tourisme» étranger, cf. ROKAS, «National Regulation and Cross-Border Surrogacy», p. 296.

⁷³ L'identification des parents ne se réduit pas à un examen des données génétiques, mais doit prendre en compte l'ensemble des circonstances de la naissance. Ainsi, avant les réformes législatives sur la PMA et sur la filiation, la Cour constitutionnelle d'Italie du 22 septembre 1998, No. 347, a indiqué [par une décision interprétative de rejet sur laquelle nous renvoyons à Elisabetta LAMARQUE, «La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», pp. 2637 *et suiv.*], qui a exclu l'application de l'art. 253 du code civil italien à des cas de PMA. L'art. 253 du code civil permet l'exercice de l'action en désaveu de paternité au mari, en cas de découverte de l'adultère de la femme et ne peut pas être appliqué à des cas de fécondation exogène à laquelle le mari a donné son consentement pendant le mariage.

*gamètes provenant de donneurs au sens de l'article 4 de la loi sur la procréation médicalement assistée*⁷⁴.

Néanmoins, il est évident que la non-reconnaissance du lien de filiation représente, même de manière seulement implicite et indirecte, un paramètre essentiel dans l'évaluation de la conformité à l'art. 8 CEDH des mesures prises par l'Italie.

Il en va de même pour la question de la nationalité de l'enfant considéré comme apatride par les autorités italiennes. L'absence d'une nationalité a comporté l'indisponibilité du rattachement prévu par l'art. 33 de la loi italienne de droit international privé, récemment réformé⁷⁵.

Le fait que la Russie n'avait pas attribué à l'enfant la nationalité russe d'une part empêchait l'application du droit russe à la filiation et, d'autre part, a servi de base pour sa qualification en tant que mineur étranger présent en Italie. L'adoption des mesures d'éloignement du foyer des époux commanditaires s'est en effet fondée sur cette qualification précise. D'ailleurs, la Cour confirme la décision précédente de la première Chambre, qui avait déjà jugé que les requérants étaient dépourvus de qualité pour agir au nom de l'enfant⁷⁶.

Sa qualification d'enfant apatride a représenté de ce fait, un deuxième argument plaidant dans le sens de la conformité des mesures adoptées par l'Italie à l'art. 8 CEDH⁷⁷.

La Cour a jugé que la vie familiale que les requérants ont partagé *de facto* avec l'enfant pendant huit mois – une période inférieure à celle de la gestation et ayant

⁷⁴ Cf. pt. 133 de la décision préc.(note 2).

⁷⁵ Si souhaité, voir mon commentaire «Le nouveau droit international privé italien de la filiation», p. 565 *et suiv.*

⁷⁶ Cf. l'arrêt de la Chambre: *Paradiso et Campanelli c. Italie* [note 2], pts. 49 et 50: «la Cour observe tout d'abord que les requérants n'ont aucun lien biologique avec l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si le certificat de naissance établi en Russie a déployé des effets en Italie et lesquels, l'enfant a été placé sous tutelle depuis le 20 octobre 2011 et a été représenté par le tuteur dans les procédures internes. La procédure visant la reconnaissance du lien de filiation en Italie n'a pas abouti et l'enfant a une nouvelle identité et un nouveau certificat de naissance. Les requérants ont été déboutés de la procédure visant l'adoption de l'enfant. La procédure visant à donner en adoption l'enfant à une autre famille est en cours, et l'enfant est déjà placé dans une famille d'accueil. Aucune procuration n'a été signée en faveur des requérants pour que les intérêts de l'enfant soient représentés par eux devant la Cour. Ceci implique que les requérants ne possèdent pas, d'un point de vue juridique, la qualité nécessaire pour représenter les intérêts du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire».

⁷⁷ Cf. pt. 172 de la décision préc. [pour les références: note 2].

sans doute autant de valeur que la gestation⁷⁸ – ne pouvait pas fonder leur droit à obtenir une compensation pour la prétendue violation :

«Les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (E.B. c. France [GC], no 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). Le droit au respect d'une «vie familiale» ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille (Marckx, précité, § 31), voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (Nylund c. Finlande (déc.), no 27110/95, CEDH 1999-VI), d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, § 62, série A no 94), d'une relation entre un père et son enfant légitime, même s'il s'est avéré des années après que celle-ci n'était pas fondée sur un lien biologique (Nazarenko c. Russie, no 39438/13, § 58, CEDH 2015 (extraits)) ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive (Pini et autres c. Roumanie, nos 78028/01 et 78030/01, § 148, CEDH 2004 V (extraits))».

Nous avons ici un exemple de ce *Gestaltungscharackter* de la jurisprudence de droit international privé: l'abondance des références citées et la subtilité des distinctions tirées des celles-ci, qui n'est certainement pas susceptible d'épuiser la casuistique existante, confirme l'actuelle incertitude juridique sur laquelle l'industrie de la procréation bâtit ses profits, sans égard aux droits et expectatives des parents d'intention.

Depuis plusieurs années, la Conférence de La Haye se propose de remédier aux inévitables injustices qui découlent de la disparité entre les lois existantes en matière de maternité de substitution par l'élaboration d'une convention multilatérale⁷⁹. La finalité de la convention devrait être celle de réduire le risque de situations boiteuses comme celle qui s'est produite dans l'affaire *Paradiso et Campanelli* durant la période entre la naissance et l'adoption de l'enfant.

Cependant il semble difficile qu'un tel projet puisse aboutir en l'absence d'une réglementation supranationale des cliniques et agences qui organisent ces naissances et qui sont à l'origine des contradictions juridiques évoquées. Les cliniques et agences revêtent un rôle primordial dans la création des enfants dont l'identité dépend de la loi appliquée à l'établissement de la filiation. Ainsi, une

⁷⁸ Plusieurs études documentent l'intensité du lien créé par la grossesse entre mère et *fœtus*, y compris l'influence des expériences de vie de la mère porteuse sur la vie future de l'individu procréé depuis les études de Vivette GLOVER, «The Effects of Prenatal Stress on Child Behavioral and Cognitive Outcomes Start at the Beginning»; Nicole M. TALGE, Charles NEAL, Vivette GLOVER and the Early Stress, Translational Research and Prevention Science Network: «Fetal and Neonatal Experience on Child and Adolescent Mental Health Antenatal maternal stress and long-term effects on child neurodevelopment: how and why?», pp 245-261.

⁷⁹ Pour les documents et l'état d'avancement des travaux cf. le site de la Conférence de La Haye: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

convention multilatérale ne devrait pas uniquement traiter de reconnaissance des filiations établies à l'étranger mais offrir également une réglementation supranationale qui puisse encadrer les cliniques de fertilité, notamment par l'établissement de règles uniformes en matière d'accès aux soins, aux informations juridiques et surtout des droits des parties concernées, premièrement le droit de l'enfant à connaître ses origines.

L'expérience montre que l'inexistence d'une réglementation-cadre des cliniques de fertilité au niveau supranational, est directement liée à la survenance des situations boiteuses. Il arrive que les cliniques évitent de présenter ou présentent de manière erronée aux parties les problèmes juridiques que comportent les cas transnationaux et tirent des profits manifestement injustes des aspirations, voire de l'état émotionnel et psychologique des personnes en mal d'enfant⁸⁰.

En même temps, et pour rester dans la psychologie, la prévision législative d'une série de standards correctifs - qui limiteraient l'empire des lois du marché dans le domaine de la santé reproductive - ne pourrait que contribuer à trouver ce *consensus* global qui manque à la reconnaissance des liens de filiation créés en contournant la loi de la résidence habituelle des toutes les parties concernées - en premier lieu desquels se trouve l'enfant-produit du contrat commercial international.

En revanche, jusqu'au moment où le niveau géographiquement supérieur fera référence au «critère de l'intérêt supérieur de l'enfant» limitant le regard à l'enfant-produit, le degré de certitude du droit de ce niveau restera faible, avec les conséquences dramatiques vécues par les époux *Paradiso et Campanelli*, qui avaient espéré que l'intérêt de l'enfant dont ils avaient organisé la naissance aurait guidé les autorités à le laisser grandir dans leur foyer.

⁸⁰ Il ressort de l'enquête qui a accompagné l'un de rares cas de condamnation pénale pour «altération d'état» à la suite d'une GPA, que la construction de «fausses preuves sur la filiation» avait fait l'objet d'analyse et de discussions avec la clinique ukrainienne ayant organisé une GPA pour le compte d'un couple italien. Cf. les arrêts du *Tribunale di Brescia*, 14 août 2012, No. 142/12, CA Brescia, 17 janv. 2013, No. 82/13 et Cour de cassation d'Italie (1^{re} sect. civ.), 26 sept. 2014, No. 24001/14.

Bibliographie

- AGHA, P., *Human rights between law and politics: the margin of appreciation in post-national contexts*, Hart Publishing, 2017.
- ANCEL Bertrand, «Les empreintes de l'Histoire», *supra* dans le présent volume, p. 15.
- ANCEL, M.-E., DEUMIER, P. & LAZOUZI, M., *Droits des contrats internationaux*, Paris, Sirey, 2016.
- BALLARINO, T., *Costituzione e diritto internazionale privato*, Padova, 1974.
- BALLARINO, T., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Padova, CEDAM, 2010.
- BARBERA, A., «Costituzione della Repubblica italiana», *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, 2015, pp. 263 *et suiv.*
- BARBERA, A., «Ordinamento costituzionale e carte costituzionali», *Quaderni costituzionali*, a. XXX, No. 2, 2010, pp. 311 *et suiv.*
- BARBIERO, A. P., «What to Expect before You're Expecting: Clarifying Florida's Statute Governing Pre-Embryo Disposition Agreements and Divorce», *Nova Law Review*, 2016, pp. 258 *et suiv.*
- BARON, I. S. & REY-CASSERLY, C., «Extremely Preterm Birth Outcome: A Review of Four Decades of Cognitive Research», *Neuropsychol Rev*, 2010, 20, pp. 430 *et suiv.*
- BLANC FILY, C., *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- BOGNETTI, G., «Costantino Mortati e la Scienza del diritto», *Quaderni costituzionali*, a.a. XXXI, No. 4, 2011, pp. 803 *et suiv.*
- BRANCA, M., «Il punto sui "controlimiti"», *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, pp. 3899 *et suiv.*
- BUCHLER, A. & MARANTA, L., «Surrogacy and International Private Law in Switzerland», Bill Atkin (ed), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing, 2015, p. 329 *et suiv.*
- CALVO CARAVACA, A. L. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *CDT Vol. 7*, no 2, 2015, pp. 45 *et suiv.*
- CAMPIGLIO, C., «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 589 *et suiv.*
- CAPONI, R., «Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti», *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, pp. 3908 *et suiv.*

- CATALDI, G., «Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita? », *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 321 et suiv.
- CONFORTI, B., «La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale», *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, pp. 3885 et suiv.
- DEONANDAN, R., «Recent trends in reproductive tourism and international surrogacy: ethical considerations and challenges for policy», *Risk Management and Healthcare Policy* 2015, 8, pp. 111 et suiv.
- FABER, I., *Autonomie des femmes et responsabilités en matière de reproduction au cours de la technologie de reproduction assistée*, Thèse, Sydney, 2016.
- FURKEL, F., «Le droit à la connaissance de ses origines en République fédérale d'Allemagne», *Revue internationale de droit comparé*, 49, 1997, pp. 931 et suiv.
- GLOVER, V., «The Effects of Prenatal Stress on Child Behavioral and Cognitive Outcomes Start at the Beginning», *Encyclopedia on Early Childhood Development*, en ligne: <http://www.child-encyclopedia.com/stress-and-pregnancy-prenatal-and-perinatal/according-experts/effects-prenatal-stress-child> (15.3.2017).
- KASTANAS, E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- KOUTEEVA-VATHELOT, T., Commentaire de l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *Revue Critique de droit international privé*, 2017, en cours de publication.
- LAMARQUE, E., «La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, pp. 2637 et suiv.
- MAYER, P., *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Paris, 2005, pp. 547 et suiv.
- MONTANARI VERGALLO, G., BUSARDÒ, F. P., SIGNORE F., NAPOLETANO S. & MARINELLI E., «The Italian Supreme Court has dismissed wrongful life claims», *The Journal of Maternal-Fetal & Neonatal Medicine*, mis en ligne le 29.03.2016 (15.3.2017) <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.3109/14767058.2016.1161749>.
- MORTATI, C., «Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)», *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, 1962.
- MORTATI, C., *La Costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998.
- MOURA RAMOS R. M., «Regards sur les sources et les méthodes du droit international privé de la famille dans l'espace Européen», *supra* dans le présent volume, p. 85-113.

- NEFRAMI, E., *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- PELLEGRINI, C., «Rapport du colloque : marge d'appréciation du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel, dialogue des juges et balance des intérêts», *Revue européenne de droit privé*, 22, 2014, pp. 559 et suiv.
- PICONE, P., «Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato», *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1981, pp. 309 et suiv.
- PINELLI, C., «Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità», *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, pp. 3891 et suiv.
- POLI, M. D., «Der justizielle Pluralismus der europäischen Verfassungsgemeinschaft: „Babylonische Gerichte“ oder „Gerichte für Babylon“?», *Der Staat*, 55, 2016, pp. 373 et suiv.
- PRETELLI, I., «Language as a Bridge Between Legal Cultures and Universal Justice: *Linguae Alienae Novit Curia?*», *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Martin Schauer & Bea Verschraegen (Eds), Springer, 2017, pp. 607 et suiv.
- PRETELLI, I., «Le nouveau droit international privé italien de la filiation», *Revue critique de droit international privé*, 2014, 3, pp. 559 et suiv.
- PRETELLI, I., «Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée», *Revue critique de droit international privé*, 2015, 3, pp. 559 et suiv.
- PRETELLI, I., «The Principle *Iura Aliena Novit Curia* and the Role of Foreign Law Advisory Services in Swiss Judicial Practice», (avec Shaheez LALANI) in Yuko Nishitani (éd.), *Treatment of Foreign Law - Dynamics towards Convergence?*, Springer, 2017, en cours d'impression.
- RIMOLI, F., «La Corte e la Shoah: osservazioni brevi su una sentenza coraggiosa», *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, pp. 3915 et suiv.
- RODOTÀ, S., «Tra diritto e società: informazioni genetiche e tecniche di tutela», *Rivista critica del diritto privato*, Napoli, dicembre 2000, p. 571 et suiv.
- ROKAS, K., «National Regulation and Cross-Border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations », *Yearbook of Private International Law*, 16, 2014/2015, pp. 292 et suiv.
- ROKAS, K., *L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé*, Thèse, Paris I, 2016.

- ROMANO, G. «Pluralisme, monisme, ordre, désordre juridique et relations privées internationales (propos de surface)», *supra* dans le présent volume, pp. 59-70.
- ROZÉE, V. & UNISA, S. (Eds.), *Assisted Reproductive Technologies in the Global South and North: Issues, Challenges and the Future*, Routledge Studies in the Sociology of Health and Illness, 2016.
- SALAZAR, C. & SPADARO, A., *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- SCALISI, A., «Lo statuto giuridico dell’embrione umano alla luce della legge No. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita», *Famiglia e Diritto*, 2005, p. 204 ss.
- SHALEV, C., *Birth Power. The Case for Surrogacy*, Yale University Press, 1991.
- SHALEV, C., *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè, 1992.
- SIMMAT-DURAND, L., «Grossesse et drogues illicites», *Déviance et Société*, 26, 2002, pp. 105 *et suiv.*
- TALGE, N. M., NEAL, C., GLOVER, V. & the EARLY STRESS, TRANSLATIONAL RESEARCH AND PREVENTION SCIENCE NETWORK, «Fetal and Neonatal Experience on Child and Adolescent Mental Health Antenatal maternal stress and long-term effects on child neurodevelopment: how and why?», *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 48, 2007, pp. 245 *et suiv.*
- THOMALE, C., *Mietmuttertschaft*, Mohr Siebeck, 2015.
- WALKER, D. B. & CAULLEY, S. L., «The Pre-Embryo Quandary: How to Eliminate Disputes That Commonly Arise After Couples Commence Ivf», *University of Illinois Law Review*, 2016, pp. 1361 *et suiv.*
- WENGLER, W., «Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse», *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1951, pp. 1 *et suiv.*
- ZAGREBELSKI, G., *Le droit en douceur «Il diritto mite»*, trad. de l’italien par Michel Leroy, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, Paris, Economica, 2000.

La Collection Tito Ballarino

Gian Paolo Romano*

«Un disciple de la vie» qui est «ce qu'il a donné»

Hommage à Tito Ballarino lors de l'inauguration de sa collection à l'ISDC**

Mesdames et Messieurs, Chers collaborateurs et amis de l'Institut, Chers amis de Tito Ballarino, *Cari familiari*,

Je tiens d'abord à remercier Ilaria et Lukas de m'avoir joué le plaisant mauvais tour de me confier une tâche qui m'embarrasse tout autant qu'elle m'honore: dire quelques mots sur Tito Ballarino en marge de l'inauguration de la salle qui accueille une partie de ses *livres*, c'est-à-dire une partie de sa *vie* – et sa *vie* achevée il y a bientôt une année – une partie de l'*héritage* qu'il nous a laissé.

Les livres étaient en effet l'un des univers de Tito Ballarino, qui aurait sans doute souscrit à la phrase attribuée à Borges: «*J'ai toujours imaginé le Paradis comme une immense bibliothèque*».

Mais avant de parler de ce lecteur – et auteur – de livres, je voudrais vous dire brièvement ce que le disciple que je suis doit au Maître qu'il était, et qui se proclamait lui-même «disciple de la vie».

C'est Tito Ballarino qui, voici quinze ans, à l'époque où j'hésitais quant à la voie professionnelle à suivre, m'a remis, comme on dit, sur le *droit chemin*, qui était pour moi le *chemin du droit*, du *doctorat en droit*. Et il alla jusqu'à suggérer le thème de ma recherche, *L'unilatéralisme en droit international privé*.

C'est le «Professeur» qui a organisé, pour moi et pour Ilaria, la co-tutelle entre Padoue et Paris 2, en nous faisant accéder à l'entourage de Bertrand Ancel, qui alla devenir pour nous l'autre Maître d'exception.

C'est encore lui qui, au début de mon aventure doctorale, m'a contraint – le mot n'est pas trop fort – pour bien l'entreprendre, de m'isoler entre les murs de cet Institut pour lequel il avait une estime profonde: «*E' il posto ideale. Ti troverai bene*» [c'est l'endroit idéal; tu t'y plairas]. Il savait que trop de distractions à Milan me détourneraient de la recherche.

C'est ainsi que le 18 mars 2002 vers 15 heures j'ai débarqué au Jeunôtel de Vidy. Et peu après, en entrant ici, j'ai fait la connaissance, dans l'ordre, de Martine Do, de

* Professeur à l'Université de Genève.

** Le 17 décembre 2015 a été inauguré à l'ISDC la salle Tito Ballarino qui contient sa collection privée.

Christiane Serkis, qui m'ont accueilli avec la chaleur qui leur est coutumière, d'Andrea Bonomi qui m'y attendait, d'Alfredo Santos – qui portait une élégante chemise rose – et de Karen Druckmann, qui, baissant la voix pour plus de discrétion, a demandé à Andrea: «On sait qui sera le nouveau Directeur?». C'était l'époque où l'Institut cherchait un successeur à M. Widmer.

Inutile de dire combien la rencontre avec vous, et avec Andrea, le grand excusé d'aujourd'hui – rencontre que Tito Ballarino avait tant favorisée – allait se révéler féconde. Un mois plus tard, Andrea, qui venait d'être nommé à l'Université de Lausanne, proposa au visiteur que j'étais de reprendre sa place de collaborateur pour le droit italien. Je dois avouer que j'ai hésité. J'ai donc écrit au Professeur Ballarino pour recevoir ses lumières. Il m'a répondu avec une étonnante rapidité (en général il était plutôt lent à réagir aux emails): «*Devi assolutamente candidarti. Sarebbe un posto molto importante per il tuo futuro*».

Il avait vu juste. Et il avait vu loin.

Autre souvenir. Noël 2003. En visite dans son élégante étude milanaise en face du *Castello*, je lui demande de me recommander quelques lectures. Il me fait signe de le suivre et s'engage dans le couloir bordé de livres qui reliait son bureau à celui de son fils Ciccio – couloir interminable, à l'image de sa culture – la cigarette à la bouche, à la manière des intellectuels de race d'antan (Sartre, Camus, l'italien Sciascia), qui pouvaient faire croire que la nicotine est un stimulant intellectuel... Eh bien, le Professeur, l'air nonchalant, sort de son étagère un volume, pris m'avait-il semblé un peu au hasard, et le plaça entre mes mains: «*Tieni, leggi il rinvio di Francescakis*»

C'était le grand ouvrage du siècle sur le renvoi. Or ce livre m'a tant passionné que, quelques années plus tard, le doctorat achevé, je me suis mis à écrire sur le sujet. Le Maître avait donc une fois de plus pensé la pensée de son élève avant qu'il ne l'ait pensé lui-même, quelle que soit bien sûr la qualité de cette pensée.

Encore un souvenir, si vous le permettez.

Fin novembre 2009. Jour de mon *Probenvortrag* à Saint-Gall. Grâce à sa parfaite maîtrise de l'allemand, le Professeur m'avait beaucoup aidé à mettre au point le texte de cette leçon probatoire. Et il avait voulu y assister, en faisant le trajet en voiture, depuis Milan, en partie sous une pluie torrentielle, âgé de 75 ans, accompagné de son inséparable fils Ciccio. La veille, ils s'étaient partis à la découverte des saucisses à l'ail, les «Schübli», dans un bistrot renommé de la ville. Car ils pouvaient avoir l'un et l'autre un appétit insatiable.

Or, avant d'entrer dans la salle où l'on m'attendait, en ouvrant la mallette pour en sortir la cravatte, je réalise que je l'ai oubliée. Le Professeur dénoua promptement la sienne, de E. Marinella, élégance oblige, et il me l'a mise autour du cou en me

disant: «Je te l'offrirai si ce n'est que tu me l'as offerte toi-même» («*me l'hai regalata tu!*»). Il est vrai que c'était l'un de mes cadeaux. Nous avions à Noël notre petit rite.

Ses encouragements ont toujours été décisifs. A la parution de l'*Unilateralismo* il a donné une impulsion fondamentale. C'est lui qui m'a imposé de publier un manuscrit vieux de dix ans en assumant la responsabilité de sa non-mise à jour. A l'automne 2013, il consacre deux semaines à la relecture de la totalité du texte en faisant une longue série de corrections manuscrites. Nous les passons en revue ensemble, chez lui, le 26 décembre, du matin au soir. Il avait, pour midi, préparé «*i saccottini al Salmone*», des petits fours au saumon dont il avait le secret. Car il prenait plaisir de temps à autre à enfiler son tablier.

Peut-être plus important encore le soutien que le Maître a apporté au livre sur le renvoi, qu'il avait relu tant de fois, et qu'il m'avait tant de fois «renvoyé», depuis 2007.

Et c'est une satisfaction mêlée de tristesse que j'ai éprouvée en lui montrant le livre vert, fraîchement sorti de presse, alors qu'il était sur le lit d'hôpital, le 23 décembre 2014. Satisfaction car la dette envers le Maître était enfin honorée. Tristesse car j'ai pressenti que c'était là notre dernière rencontre.

Tito Ballarino était né à Milan quatre-vingt-ans auparavant, en 1934. De père piémontais, il avait, par sa mère, du sang de Sardaigne. Son enfance fut heureuse et mouvementée, en raison des fréquents déménagements de sa famille (sa mère, son frère adoré, Marco, et lui), au gré des garnisons du père, expert-comptable appelé sous les drapeaux au début des sombres années de la guerre: les voilà à Messine, puis à la Spezia, Gêne, et enfin Asti.

Il avait fait ses études de droit à Pavie, ville universitaire chargée d'histoire – reçu pensionnaire au prestigieux «Collegio Ghislieri» auquel depuis quatre siècles n'accèdent que les élèves les plus méritants.

Puis vinrent les séjours à l'étranger: d'abord à Münster, théâtre des négociations de la Paix de Westphalie, d'où prennent naissance les Etats modernes et se dessinent les premières relations entre eux; ensuite le voilà à La Haye, capitale mondiale de la concertation inter-étatique. Deux villes emblématiques, deux séjours qui alimentèrent chez le jeune Tito le goût des relations internationales.

Il commença sa carrière professorale à Urbino: université pour laquelle il a toujours manifesté un vif attachement, sans doute aussi parce que c'est l'ancrage, le fief si j'ose le dire, de l'ainé de ses élèves, et le plus fidèle de ses amis italiens, le Professeur Luigi Mari. C'est à Urbino que Tito Ballarino et son équipe ont pendant de longues décennies animé un séminaire franco-italien d'été qui compte parmi les plus anciens programmes de droit d'Europe et où sont intervenus les prestigieux collègues et

amis qu'il a su réunir. C'était un peu le rituel du mois d'août, y compris les soirées chez «Ciacci», *locanda* à la cuisine simple et irréprochable.

A la fin des années 70, le Professeur Ballarino obtint la chaire de droit international à Padoue. Il l'occupera jusqu'à sa retraite, en 2009, tout en dispensant pendant vingt ans, à l'Université Catholique de Milan, un enseignement remarqué de droit européen et s'adonnant, dans la métropole lombarde, à une pratique variée et gratifiante du barreau.

Cette espèce de «triangle» – Milan, Padoue, Urbino – qui délimitait le «centre de gravité» de sa vie active et affective devint un «quadrilatère», un «carré», en englobant Lausanne, lorsqu'Andrea Bonomi s'y fixa en pionnier au début des années 90, en propageant le rayonnement du Maître au-delà des Alpes. Ilaria reprendra, je crois, cette partie de l'histoire.

Il serait fastidieux de dresser le catalogue des institutions savantes dont le Professeur Ballarino a été membre, souvent très actif.

Le Professeur Ancel, auquel l'unissait une amitié merveilleuse et exemplaire, en lui faisant ses adieux, a fait aussi l'éloge de l'apport aux institutions françaises du Professeur Ballarino, qu'il qualifia pour la circonstance d'«ami de la culture juridique française». Encore plus nourrie est la liste des cours et conférences qu'il dispensa à travers l'Europe et le monde, y compris en Afrique, en Somalie notamment.

Disons tout de même un mot de ses intérêts scientifiques. Ils ont été multiples.

Au centre de son attention et de son œuvre se placent – je l'ai déjà évoqué – les relations internationales: d'abord entre les *humains*, les personnes privées, ensuite entre ces personnes *morales* que forment les humains et que l'on appelle «Etats», et au-delà, les *organisations* que forment les Etats, dont deux d'entre elles n'ont jamais cessé de le fasciner – il s'arcbutera jusqu'à la fin sur leur genèse, leur évolution, leur fonctionnement: les Nations Unies et l'Union européenne.

Droit international privé, droit international public et droit européen donc. Mais aussi droit constitutionnel, droit de l'espace, droit aéronautique, et... fait surprenant – c'est le *stupore* évoqué par Ilaria dans la messe d'enterrement – on trouve aussi dans sa bibliographie un livre de 1998 sur «*Internet dans le monde du droit*» («*Internet nel mondo della legge*»). Esprit clairvoyant, Tito Ballarino fut parmi les premiers en Europe à s'intéresser au côté juridique du phénomène.

Adeptes de Wikipedia – il conservait chez lui des piles de feuilles que son fils lui téléchargeait, en lui imposant parfois la lecture –, il avait même créé un master «*in diritto della rete*» («droit du réseau»).

Nous sommes réunis ce soir pour célébrer les livres qu'il a lus et conservés, les volumes dont sa famille, à qui va notre affectueuse reconnaissance, permet

dorénavant aux chercheurs de l'Institut de se nourrir. Mais évoquons aussi les livres qu'il a lui-même écrits, auxquels se sont alimentées des générations d'étudiants et de praticiens en Italie. Car le talent qu'il avait pour la vulgarisation s'alliait chez lui à une perception aigüe des préférences du public.

Ses ouvrages d'introduction aux matières qu'il enseignait ont connu de nombreuses éditions, constamment revues, souvent réduites en taille pour s'aligner aux réformes que subissait l'académie, parfois consignés à des formats «de poche». Au total, plus de 30.000 exemplaires se sont écoulés...

Comment expliquer cette fortune éditoriale? Non seulement car, du moins en droit international privé, il n'avait pas beaucoup de concurrents. Mais aussi et surtout car les lecteurs aimaient ses livres parce qu'ils se sentaient aimés par l'auteur: qui les prenait par la main, leur transmettait sa passion, s'efforçait de leur en faciliter l'accès.

Dans le compte rendu qu'il a fait de la première édition de *Diritto internazionale privato* de 1982, Phocion Francescakis s'était déjà arrêté sur les «digressions ou citations, historiques, biographiques, anecdotiques..., qui sont les bienvenues pour atténuer la sécheresse du discours juridique conventionnel». «Autant de témoignages – avait conclu le recenseur – de la vaste culture de l'auteur. Ajoutons qu'elle n'est pas seulement juridique».

C'est dans son *Diritto internazionale pubblico*, sorte de testament spirituel paru à l'automne 2014, quelques semaines avant la maladie, que cette technique pédagogique atteint pour ainsi dire l'apogée: d'un style «ouvert», qui emprunte souvent à l'oralité, l'exposé s'enrichit de nombreuses références littéraires, artistiques, filmographiques même, portant à l'excellence le don du Maître conteur d'histoires, et conteur de l'histoire.

Lecteur omnivore, liseur professionnel et polyglotte, Tito Ballarino était admirateur de toutes les grandes cultures occidentales, française, allemande, anglaise, américaine, hispanophone, sans négliger la culture slave, russe notamment.

Mais il était resté si «spécifiquement italien», pour citer encore Francescakis, si «furieusement» italien pourrait-on dire avec Rousseau. D'abord car son érudition s'alliait chez lui à un *estro*, à une imagination non moins prodigieuse: on ne le trouvait jamais sans références, ni sans productions vives d'échanges entre les innombrables parties de son savoir, échanges qui sécrétaient avec brio les images et les métaphores les plus stupéfiantes, les plus inattendues, les plus drôles.

Furieusement italien Tito l'était dans sa verve, dans sa façon de plaisanter, de ne pas se prendre trop au sérieux, de se moquer de lui-même et d'autrui, d'alimenter parfois le *pettegolezso*, le ragot; et puis encore dans sa manière de fumer (y compris là où c'était interdit), sa manière nonchalante de conduire, sa tendance à transgresser les règles qu'il estimait dénuées de sens.

Italien il l'était, enfin, par le goût qu'il avait du «*stare insieme*», de chercher des occasions – ou des prétextes – pour *brindare*, «trinquer» (au «Prosecco» de préférence), en un mot, par sa façon d'aimer les hommes, d'aimer la vie, avec toutes les joies qu'elle offre et les douleurs qu'elle inflige.

«*Io sono un discepolo della vita*», nous a-t-il confié ici même, à l'occasion de son dernier anniversaire. Exceptionnellement généreux, de son temps, de ses connaissances, de ses conseils, de ses choses, de ses livres bien sûr, de son argent... «*Je suis ce que j'ai donné*» nous dira-t-il aussi, citant D'Annunzio. L'homme qui se définit par ce qu'il a pu donner, la quantité d'être est à la mesure de la quantité de ce dont il a fait profiter autrui, le don de soi comme manière spécifique d'exister.

Il n'est de grand homme qui n'ait pas souffert.

Or de cette souffrance dont la manière de la «gérer» (pour parler en psychologue) révèle la grandeur humaine, Tito Ballarino en a porté une part considérable.

Rappelons d'abord le décès trop prématuré de son épouse, Gabriella Cervato, qu'il a perdu à quarante-cinq ans, et à qui il a toujours voué une fidélité sans faille: chose d'autant plus admirable à une époque où la fidélité envers les vivants déjà devient de plus en plus rare.

De sa femme il avait eu quatre enfants, deux filles, Anna Maria et Eleonora, et deux garçons, Gabriele et Ciccio, déjà évoqué, le benjamin, «*bimbo imperfetto, figlio tanto amato*»: imparfait, comme nous tous, en raison, lui, d'un handicap – davantage moteur que mental: il obtiendra une maîtrise en philosophie – handicap qui avait déterminé le père à être constamment, ou presque, près de son fils.

Et c'est avec tendresse que l'on assistait à la symbiose que le père et le fils avaient développée, à ce duo étrange et saisissant, à leurs dialogues qui rappelaient deux personnages de la *Commedia dell'Arte*, d'un Goldoni par exemple: le père qui se moquait du fils, et le fils qui se moquait du père; Ciccio, berlusconien convaincu, (et aussi parce qu'il était employé par Mediaset), et Tito, pour qui Berlusconi incarnait la décadence de la classe politique italienne.

Un singulier destin a voulu que j'assiste incrédule au décès de Ciccio, âgé de 40 ans. Foudroyé par un arrêt cardiaque, il s'est éteint pendant sa sieste sous nos yeux, dans cette inoubliable et terrible après-midi caniculaire du 12 juillet 2012. Et à peine une heure plus tard, assis sur une chaise au chevet de son fils sans vie, voilà le père qui a retrouvé sa plume et compose pour le fils l'annonce mortuaire: «*Si è spento serenamente, come è vissuto*». «*Il s'est éteint aussi sereinement qu'il a vécu*».

C'est aussi la sérénité du père, une résilience qui n'est pas résignation, cette capacité d'auto-régulation émotionnelle qui est propre des esprits les plus évolués.

Deux ans plus tard, c'est son destin à lui qui se scelle.

«*Mehr Licht*». C'est la phrase que Goethe, par deux fois semble-t-il, prononça à la fin de sa vie. C'est aussi celle que Tito Ballarino désira pour épitaphe. Et que sa famille, en exauçant de la manière la plus élégante les vœux du père et grand-père, a choisi pour titre d'un beau recueil posthume de ses textes. Comment interpréter ces deux paroles?

La question et le questionnement de la mort ont dû occuper l'intellectuel qu'il était de manière de plus en plus insistante à mesure que sa vie progressait. L'homme d'esprit pourtant si ancré dans le réel, et si amant de la vie – qu'il tient pour Maîtresse – se dit, en quittant cette vie, qu'il bénéficiera «de plus de lumière».

Est-ce la lumière que la mort projette sur la vie, en lui donnant sa signification? Est-ce le savant qui rappelle que, pour percer le plus grand mystère de l'humanité, qui engage le sens même d'être homme, et donc le sens de la vie, il faut l'avoir accomplie? Ou bien est-ce le croyant qui nous incite à la confiance, car, selon le mot de Saint Augustin, «les défunts ne sont pas morts mais regardent nos yeux remplis de larmes avec leurs yeux remplis de lumière»?

Il est certain en tout cas qu'en disant «*Mehr Licht*», Tito Ballarino est pour nous, encore une fois, Maître. C'est en Guide éclairé que ce «disciple de la vie», qui dit «être ce qu'il a donné», indique à ses disciples et à ses proches auxquels il a tant donné qu'au-delà du passage que nous appelons «mort», il y aura «davantage de lumière» et qu'il faut donc y faire face avec courage, avec espoir, et peut-être même avec curiosité.

Mesdames et Messieurs, chers amis de Tito Ballarino, je vous remercie de m'avoir permis de lui rendre hommage.

La Bibliothèque de Tito

« En effet, s'il existe une contrepartie au dérèglement de la bibliothèque, c'est bien la régularité de son catalogue ».

(Walter Benjamin, *Je déballe ma bibliothèque*)

Le fonds d'une bibliothèque se constitue laborieusement au fil des années au moyen d'achats ponctuels qui correspondent, plus ou moins, à sa politique d'acquisition établie en amont. En revanche, dans le cas d'un don de fonds – en particulier s'il provient d'une seule et même personne – la bibliothèque reçoit plus que des livres en héritage. Chaque ouvrage est bien plus qu'un simple objet, il acquiert une dimension spirituelle et historique, témoigne d'une rencontre, d'un parcours professionnel ou d'une passion de jeunesse. La collection généreusement léguée par les héritiers de Tito Ballarino à l'institut suisse de droit comparé révèle en effet beaucoup de choses sur cet éminent professeur, non seulement par rapport aux thématiques abordées, mais également à l'intérieur même des ouvrages à travers les dédicaces personnelles, les notes manuscrites de lecture, l'état de conservation de certains visiblement lus et relus à maintes reprises et l'odeur persistante de tabac froid parfois troublante.

C'est seulement par amour des livres qu'il a été possible d'en accumuler un tel nombre, pas moins de 2 500 volumes ont été offerts à l'ISDC. Une analyse poussée du fonds témoigne également des intérêts très divers de Tito Ballarino et retrace fidèlement son parcours académique et professionnel. Près de la moitié des titres sont des ouvrages de droit continental et, sans surprise, les livres de droit italien sont les plus nombreux. Curieux des développements juridiques dans les pays limitrophes, les droits français, allemand, suisse ou espagnol, sont également représentés dans le fonds, ainsi que de nombreux ouvrages de droit comparé. La documentation juridique, généralement peu abondante, sur la République de Saint-Marin est remarquable et constitue une grande richesse. Pour celui qui a été directeur du Séminaire de droit européen de l'Université d'Urbino et professeur de droit international, le droit européen et le droit international public occupent une place de choix dans cette collection.

* Collaboratrice scientifique à Vitrocentre Romont et collaboratrice formation continue Bibliothèque Information Suisse (BIS), ancienne collaboratrice de la bibliothèque de l'Institut suisse de droit comparé.

** Directeur de la bibliothèque de l'Institut suisse de droit comparé.

Une telle œuvre ne s'est pas formée en un jour, mais résulte d'une longue et patiente récolte de documents, faite d'achats spontanés mais aussi de nombreux dons. Amis, concurrents, collègues et étudiants mettaient un point d'honneur à offrir un exemplaire de leur travail au regard de leur condisciple ou maître. Cette bibliothèque contient bien évidemment toutes les publications réalisées par le maître car, comme l'écrivait un autre grand humaniste et amoureux des livres, Walter Benjamin, « *parmi toutes les façons de se procurer des livres, la plus glorieuse, considère-t-on est de les écrire soi-même* » ...

La passion que portait Tito le bibliophile pour les beaux livres et la tradition juridique se vérifie aussi à travers les ouvrages rares qu'il possédait et dont les plus anciens datent du milieu du XVIII^e siècle. Tous ces précieux ouvrages ont été entièrement mis à la disposition du public et plus de 250 ans après leur publication, afin de servir en tant que source pour de nouvelles recherches juridiques et bibliographiques.

C'est donc avec enthousiasme que l'Institut suisse de droit comparé a intégré cette collection unique dans sa bibliothèque qui complète et accroît son fonds de plus de 1500 nouveaux titres, essentiellement en droit italien, saint-marinais et de droit international public. Mais, pour la première fois, plutôt que de diluer cette œuvre dans un océan de références bibliographiques, la direction de l'Institut a souhaité conserver l'ensemble de ces ouvrages au sein d'une salle de travail dédiée exclusivement au professeur et avocat, afin de conserver au mieux la cohérence du fonds et de rappeler l'atmosphère conviviale et studieuse qui régnait dans son étude au cœur de Milan. Ses « enfants » sont désormais rassemblés dans un nouvel espace créé dans le but de faire perdurer ses travaux et de lui rendre hommage pour tout ce qu'il a amené au développement du droit. Que de nouveaux jeunes chercheurs travaillent et vivent au cœur de cette œuvre et s'en inspirent, pour, un jour peut-être, embrasser une carrière aussi riche que celle de Tito !

Ilaria Pretelli (a cura di)*

L'œuvre scientifique de Tito Ballarino entre tradition et innovation

Inizialmente compilata in occasione della giornata in Suo onore, la bibliografia che segue contiene le pubblicazioni che Tito Ballarino considerava le principali, quelle che usava inserire nel suo *curriculum vitae*. A queste, lasciate nell'ordine originale di presentazione, è stata aggiunta la sua ultima fatica: il manuale di Diritto internazionale pubblico. Originalissimo e di ampio respiro culturale - vi trovano spazio anche citazioni tratte da scenografie cinematografiche - il testo era stato pensato dal dedicatario di questo volume per "cambiare lo studio del diritto internazionale".

Libri

- *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Padova (CEDAM) 1970, p. 534.
- *Costituzione e diritto internazionale privato*, Padova (CEDAM) 1974, p. 186.
- *Diritto internazionale privato*, Padova (Manuali CEDAM) 1982, III ed. 1999, p. 774.
- *Diritto aeronautico e spaziale* (con S. BUSTI), Giuffré, Milano 1998, p. 879 (Seconda ed. di Ballarino, *Diritto Aeronautico*, Milano, Giuffré, 1983, p. 308).
- *La società per azioni nella disciplina internazionale privatistica*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Vol. IX, Torino (UTET), 1994, pp. 1-212.
- *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario* (con L. Bellodi), Napoli (Editoriale Scientifica) 1997, p. 456.
- *Organizzazione Internazionale (Aspetti giuridici)*, V ed., Milano (Celuc), 1998, p. 306.
- *Internet nel mondo della legge*, Padova (CEDAM), 1998, p. 233 (+ Appendici).
- *Diritto dell'Unione europea*, IX ed., Padova (CEDAM) 2010, p. 447.
- *Diritto internazionale privato italiano*, VII ed., Padova (Cedam) 2011, p. 332.
- *Diritto internazionale pubblico*, Padova (CEDAM) 2014, p. 453.

* Responsabile scientifica per il diritto internazionale privato e il diritto italiano presso l'Istituto Svizzero di Diritto Comparato.

Saggi recenti

Collaborazione permanente con la “Revue critique de Droit international privé” e lo “Yearbook of Private International Law”, ultimi titoli:

- “The Italian Statute on Private International Law of 1995”, (con A. Bonomi), vol. II, 2000, pp. 99-131.
- “From *Centros* to *Überseering* EC Rights of Establishment and Conflict of Laws”, vol. IV, 2002.
- “On *Avello* and other judgments: a new point of departure in the conflict of laws?” (con B. Ubertazzi) vol. VI, 2004, pp. 85-128.
- “Is a conflict rule for living wills and euthanasia needed?”, vol. VII, pp. 5-26, pubblicato in italiano in *Riv.dir.civ.* 2007 e in *Studi in onore di V. Starace*, Ed. scient. Napoli, 2008, pp. 1323-1339).
- “Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l’épreuve de droit communautaire d’établissement”, *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 373-402.

Altre pubblicazioni recenti sono :

- “Contraintes étatiques on matière de concurrence”, *Revue du droit de l’Union européenne*, Editions Clément Juglar, 2003, pp. 555-588, con L. Bellodi.
- “Introduzione“, P.S. Mancini, *Direito internacional*, Editora Unijul, 2003, pp. 11-20 .
- “La *Golden Share* nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria”, *Rivista delle società*, 2004, pp. 2-42, con L. Bellodi.
- “I contratti conclusi in Internet”, *Zaštita Potrošača i Ulagatelja u Europskom i Hrvatskom Pravu*, Vesna Tomljenović – Edita Čulinović-Herc, Rejka, 2005, Capitolo II, pp. 91-122.
- “Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea”, con Luigi Mari, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, pp. 7-46.
- “Le principe de proximité chez Paul Lagarde. Quelques précisions et développements récents”, con G.P. Romano, *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, pp. 37-54.
- “L’art. 6 del regolamento Roma II e il diritto *antitrust* comunitario: conflitti di legge e principio territorialistico”, *Riv. dir. internazionale*, 2008, pp. 65-78 (testo spagnolo in *An. Español de derecho internacional*, 2007, pp. 407-420).
- “Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I”, *Riv. dir. internazionale*, 2009, pp. 40-64.

- “Verso un diritto comune europeo del foro delle obbligazioni”, *Annales de droit privé (Académie des privatistes européens)*, 2010-2011, pp. 553-563.
- “La nuova disciplina delle successioni internazionali”, *ibidem*, 2012-2013, II, p. 5-45.
- “Il nuovo regolamento europeo delle successioni”, *Riv. di diritto internazionale*, 2013, p. 1116-1145.
- “Una disciplina ultracentenaria delle successioni”, con I. Pretelli, *Rivista ticinese di diritto*, 2014, pp. 889-921.

Principali Pubblicazioni

- “La doctrine italienne de droit international privé: années 1958-1960”, Comunicazioni e studi Ist. Dir. int. Univ. Milano, XI, pp. 507-619; “...années 1961-63”, *ibidem* XII, pp. 713-772.
- “L’arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato”, *Diritto internazionale*, 1963, pp. 341-394.
- “Considerazioni sull’art. 99 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea”, *Diritto internazionale*, 1965, pp. 115-134.
- “Repubblica sociale italiana”, *Novissimo Digesto italiano*, vol. XII.
- “Le norme costituzionali di eguaglianza ed il diritto internazionale privato”, *Studi in onore di M. Udina*, Milano, 1975, II pp. 923-949.
- “La nazionalità delle società e la condizione delle società straniera”, in *Rotondi: Inchieste di diritto comparato*, Padova (Cedam) 1976, pp. 1561-1601.
- “Il passaggio inoffensivo attraverso il mare territoriale”, *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, Milano (Vita e Pensiero) 1978, I, pp. 26-42.
- “La réforme du droit de la famille en Italie et le droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 1979, pp. 281-306.
- “La CEE e il diritto internazionale privato”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1982, pp. 1-13.
- “Metodo e insegnamento del diritto internazionale privato”, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1983, pp. 26-49.
- “Commento alla legge 21 aprile 1983, n. 123. Disposizioni in materia di cittadinanza” (edit.), *Le nuove leggi civili commentate*, 1984, pp. 969-1012.
- Nota a Cour Constitutionnelle d’Italie - 6 mai 1985, *Revue critique de droit international privé*, 1986, pp. 482-498.
- “Italie. Droit international privé”, *Collection Jupiter* 1986.

- “L’adesione dell’Italia alla convenzione dell’Aja sul divorzio del 1970”, *Rivista di diritto internazionale*, 1986, pp. 307-314.
- “L’evoluzione della personalità internazionale di San Marino”, *Studi sammarinesi*, (San Marino) 1987, pp. 7-63.
- “La responsabilità del vettore aereo internazionale dal punto di vista italiano”, in collaborazione con S. BUSTI, *Diritto dei trasporti*, II, 1989, pp. 7-28.
- “State Aid and the Direct Applicability of EEC Rules”, dans SARCEVIC-VAN HOUTTE, *Legal Issues in International Trade*, London-Dordrecht-Boston, 1989, pp. 187-206.
- “Successione ereditaria. Diritto internazionale privato”, *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, 1990, pp. 1268-1296.
- “Le codificazioni recenti del diritto internazionale privato in Europa”, *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano (Giuffrè) 1990, pp. 361-441.
- “Sul progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale*, 1990, pp. 525-555.
- “Azioni di diritto privato per il risarcimento di danni da inquinamento transfrontaliero”, *Rivista di diritto internazionale*, 1990, pp. 849-873.
- “Questions de droit international privé et dommages catastrophiques”, *Académie de Droit international, Recueil des Cours*, t. 220 (1990-I), pp. 293-387.
- “La responsabilité des constructeurs dans les relations internationales. Rapport général”, *Travaux de l’Association Henri Capitant*, XLII, 1991, pp. 215-232.
- “Il matrimonio concordatario nel diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale*, 1991, pp. 821-837.
- “L’influence du droit communautaire sur la théorie du droit civil”, in *Perméabilité des ordres juridiques. Publications de l’Institut Suisse de droit Comparé*, 20, Zürich 1992, pp. 335-342.
- “La limitazione del debito del vettore marittimo e aereo”, in *Il cinquantenario del codice della navigazione*, Cagliari (ISDIT), 1993, pp. 254-277.
- “Commento alla legge 5 febbraio 1992, n. 91. Nuove norme sulla cittadinanza” (edit.), *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, pp. 1-145.
- “Soggetti di diritto internazionale”, nell’*Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XXIX, 1993.
- “La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica”, in *Trattato delle società per azioni diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE*, Vol. IX, Torino (UTET), 1994, pp. 1-212.

- “Una duplice tutela per il cittadino comunitario”, in *Il corriere giuridico*, 1994, n. 11, p. 1407-1414.
- “Das Transitabkommen nach dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 36, 1995 pp. 138-141.
- “I contratti di utilizzazione dei satelliti”, in G. SILINGARDI, A. ANTONINI e F. MORANDI, *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo. Atti del Convegno di Modena 31 marzo e 1° aprile 1995*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 385-391.
- “Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien”, *Revue critique de droit international privé*, 1996, pp. 21-40.
- “Le droit international privé de l’environnement. Questions de procédure civile et de loi applicable dans les Etats de l’Europe occidentale”, in Ch. von BAR, *Internationales Umwelthaftungsrecht I*, Köln etc, Heymanns Verlag, 1996.
- “Sulla mobilità delle società nella Comunità europea. Da Daily Mail a Überseering. Norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie”, *Rivista delle società*, 2003, pp. 669-698.
- “Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma”, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino (UTET) 2006, vol. I, pp. 147-174.
- *Diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. Cassese), Milano (Giuffrè), vol. III, 2006, pp. 1892-1903.
- *La mort annoncée de la réglementation allemande des fusions internationales*, nota a sentenza CGCE 13.12.2005, causa C-411/03, SEVIC Systems AG, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, pp. 717-726.

Volume 62

Le nouveau règlement européen
«Rome I» relatif à la loi applicable aux
obligations contractuelles

Volume 63

La loi fédérale de droit international privé:
vingt ans après

Volume 64

Legal Engineering and Comparative Law
L'ingénierie juridique et le droit comparé
Tome 2

Volume 65

Business Law in Transition
A Comparative Perspective on
Eastern Europe

Volume 66

Rapports suisses présentés au XVIII^e
Congrès international de droit compare
Swiss Reports Presented at the XVIIIth
International Congress of Comparative Law

Volume 67

Comparative Law and
Hybrid Legal Traditions

Volume 68

Successions internationales
Réflexions autour du futur règlement
européen et de son impact pour la Suisse

Volume 69

La révision du Règlement 44/2001
(Bruxelles I)
Revision der Verordnung 44/2001
(Brüssel I)

Volume 70

Comparative Law and International
Organisations

Volume 71

Droit international privé de la famille
Les développements récents en Suisse
et en Europe

Volume 72

L'unilateralismo nel
diritto internazionale
privato moderno
Gian Paolo Romano

Volume 73

Rapport suisses présentés au XIX^e
Congrès international de droit comparé
Swiss Reports Presented at the XIXth
International Congress of Comparative Law

Volume 74

Die Rechtsvergleichung in der
Rechtsprechung

Volume 75

L'influence du droit européen en Turquie et
en Suisse / Der Einfluss des Europarechts in
der Türkei und der Schweiz

Volume 76

Comparisons in Legal Development
The Impact of Foreign and International
Law on National Legal Systems

Volume 77

Das Recht der Volksrepublik China vor den
Herausforderungen des 21. Jahrhunderts
The Law of the People's Republic of China
Facing the Challenges of the 21st Century

Volume 78

Die Herausforderungen des Europäischen
Zivilverfahrensrechts für Lugano- und
Drittstaaten
The Challenges of European Civil
Procedural Law for Lugano and Third
States

Volume 79

Regulating Human Rights Due Diligence for
Corporations
A Comparative View

Volume 80

Les nouveautés en matière de faillite
internationale et Les banques et les
assurances face aux tiers

Volume 81

Implementing the U.N. Guiding Principles
on Business and Human Rights
Private International Law Perspectives

Volume 82

Comparing
Comparative Law

