

25.1. DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET DROITS HUMAINS : LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES OU ORDRE PUBLIC ?*

Hans VAN LOON

I. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, LA LIBERTÉ DE CIRCULATION ET LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE

L'affaire *Wagner* a été et demeure un signal d'alarme pour le droit international privé (ci-après « DIP ») en matière de statut personnel et de relations familiales. A l'instar de la prise de conscience qu'occasionna l'arrêt *Marckx* en droit interne de la famille¹, l'affaire *Wagner* est venue rappeler au DIP que les tribunaux et les administrations publiques opèrent, dans leur pratique quotidienne, non pas en autarcie, mais bien au sein d'un contexte plus global, constitué notamment par le droit des droits de l'homme, reposant, en Europe, sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « CESDH »).

Avant *Wagner*, la Cour de justice de l'Union Européenne (ci-après « CJUE ») avait déjà jugé que les normes du DIP interne en matière de nom de famille sont soumises au principe de la liberté de circulation des personnes (article 21(1) du TFUE²). Toutefois, la jurisprudence de la CJUE en la matière connaît une limite importante : la liberté de circulation ne s'applique qu'aux personnes dotées de la citoyenneté européenne, dont l'acquisition, le rejet ou la perte relèvent de la compétence exclusive des états membres de l'UE. Or, nombreux sont les griefs formulés par des citoyens non-européens, sur le fondement de principes relatifs aux droits de l'homme, qui, précisément, ont trait à l'exercice de la liberté de circulation. En effet, dans *Wagner*, il était, entre autres, reproché au refus de prononcer l'exequatur de priver l'enfant péruvien des droits et libertés associés à la citoyenneté luxembourgeoise, et donc européenne, parmi lesquelles figure la liberté de circulation (paragraphe 156). Le fait d'accorder le bénéfice exclusif de la liberté de circulation aux citoyens européens limite considérablement les chances de voir la jurisprudence de la CJUE relative à l'article 21 du TFUE³ libéraliser le DIP.

* Traduit de l'original en anglais par Louis Hill. L'auteur n'a pas révisé l'édition française de cet article.

¹ CEDH, 1979, *Marckx v. Belgium*, n°6833/74.

² CJUE, 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello* ; suivi de CJUE, 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin Paul* et CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*. Voir aussi en matière de liberté d'établissement des sociétés, CJUE, 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering*.

³ Quant à la possible extension de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE à d'autres aspects du statut personnel et à des éléments du statut personnel constitué dans des pays tiers, voir Paul Lagarde,

Contrairement à ce rendez-vous manqué entre le DIP et le droit de l'UE, la rencontre entre le DIP et le droit des droits de l'homme s'est faite à un niveau plus substantiel. La CESDH est, selon son préambule, une première mesure vers « la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle » des droits de l'homme (ci-après « DUDH »)⁴ qui, repose, selon son propre préambule, sur la « reconnaissance [du fait que] la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». En vertu de l'article 28 de la DUDH, « toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet ». A l'évidence, cette disposition n'institue pas un droit subjectif opposable⁵. Cependant, lorsqu'elle est appliquée à un monde contemporain dans lequel un grand nombre d'individus font face à une multiplicité de problèmes juridiques complexes, relatifs, entre autres, à leur vie privée et familiale, cela implique l'obligation pour les Etats d'œuvrer pour une architecture juridique globale grâce à laquelle les individus pourraient naviguer à travers la diversité des ordres et des systèmes juridiques sans être excessivement frustrés dans l'exercice de leurs droits fondamentaux – évitant ainsi l'avènement d'une situation comme celle qui faisait l'objet de l'affaire *Wagner*. Le DIP et les droits de l'homme – conjointement avec des branches du droit adjacentes et notamment le droit de la nationalité, le droit des étrangers et le droit des réfugiés – ont un rôle à joué dans l'exécution de cette obligation de moyen.

L'utilisation de certains nouveaux instruments globaux témoignent d'un début de prise de conscience à l'égard de la nécessaire interaction entre droits de l'homme, le DIP et, plus généralement, droit des étrangers et des réfugiés. Tandis que les rédacteurs de la DUDH et de la CESDH n'ont pas prêté attention à la question de l'intégrité des droits de l'homme dans des contextes transfrontaliers, la Convention internationale des droits de l'enfance de 1989 (ci-après « CIDE »), mentionnée dans l'arrêt *Wagner* au paragraphe 120, identifie explicitement plusieurs situations transnationales exposant les enfants à des risques accrus de violation de leurs droits. La CIDE en appelle, dans certaines de

« La reconnaissance mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon* (Daloz 2008) 488-490. Pour l'instant, toutefois, de telles extensions n'ont pas encore eu lieu dans le cadre de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 21(1) du TFUE. Dans un arrêt *Coman*, en date du 5 juin 2018 (aff. C-673/16, *Coman*), la grande chambre de la CJUE a jugé que cette disposition empêchait un état membre de reconnaître « aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un Etat tiers » (paragraphe 36) le mariage de celui-ci avec un citoyen de l'Union de même sexe dans un autre Etat membre. Cet arrêt pourrait bien être un premier pas vers la reconnaissance d'autres effets juridiques du mariage comme en matière de sécurité sociale et plus généralement en droit civil.

⁴ Voir par exemple CEDH, 1989, *Soering v. UK*, n°14038/88, paragraphe 87, dans lequel la Cour a insisté sur « le caractère spécifique [de la CESDH] de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales » afin d'appuyer son jugement élargissant la portée de la responsabilité des Etats parties à la Convention en cas de violation de celle-ci dans leurs relations avec un Etat tiers.

⁵ Voir Asbjørn Eide et al., *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary* (Aschehoug 1992) 433.

ses dispositions, à la coopération des états pour résoudre les problèmes juridiques afférents à ces situations, notamment par l'adhésion à certains instruments internationaux existants ou par l'institution de nouveaux instruments⁶. Plusieurs conventions multilatérales de la Conférence de La Haye de droit international privé répondent à cet appel (la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ; la 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 ; la Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille).

Au moment des faits à l'origine de l'affaire *Wagner*, la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, avait été ratifiée par le Pérou mais pas encore par le Luxembourg. Les garanties et procédures instituées par celle-ci n'étaient donc pas applicables en l'espèce⁷. Les autorités compétentes de l'Etat d'accueil n'avaient, de plus, pas « constaté que l'enfant est ou sera autorisé à entrer et à séjourner de façon permanente dans cet Etat », ce qui est essentiel s'agissant de l'applicabilité des garanties instituées par la Convention⁸. Les autorités centrales des deux états n'avaient pas non plus « accepté que la procédure en vue de l'adoption se poursuive »⁹. En ne respectant pas ces exigences, imposées par la Convention, l'obligation pour les deux états directement impliqués, et pour tous les autres états parties à la Convention, de reconnaître juridiquement l'adoption, n'était pas applicable en l'espèce.

Comme certains ont pu le constater dans le contexte du « renouveau de la théorie des droits acquis »¹⁰, malgré le champ d'application limité de la Convention de 1993, celle-ci établit néanmoins un cadre solide pour la protection de la permanence des statuts personnels et des relations familiales dans des situations transfrontalières¹¹. Ce cadre n'ayant toutefois été d'aucune aide dans *Wagner*, la CESDH dût voler au secours des demandeurs. La Cour EDH avait déjà reconnu le principe de sécurité juridique et de respect des attentes légitimes

⁶ Voir par exemple les articles 11(2), 21(e), et 27(4).

⁷ Voir les paragraphes 38 et 39 de *Wagner* ainsi que les références citées dans les paragraphes 65 et 134, qui concernent toutefois, semble-t-il, une affaire postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention de 1993 pour le Pérou et le Luxembourg.

⁸ Article 5 c) et article 17 d).

⁹ Article 17 c).

¹⁰ Voir Etienne Pataut, 'Le renouveau de la théorie des droits acquis', in *Trav. com. fr. DIP, Années 2006-2008*, Pedone, Paris, 2009, 88.

¹¹ Dans sa forme simplifiée, la Convention sur la protection de l'enfance de 1996 (article 33), et dans sa continuité la Règlement CE n°2201/2003 (Bruxelles II a) (article 56), établit également une procédure de consultation pour s'assurer que le placement transfrontalier d'enfants dans des établissements ou des familles d'accueils ou une prise en charge par kafala se fasse sans difficultés et de telle manière que le droit d'entrée et de séjour de l'enfant dans le pays d'accueil soit garanti, du moins pendant la durée du placement.

des parties dans des situations internes¹². S'agissant de situations transfrontalières, la Cour avait déjà appliqué l'article 8 de la CESDH et appliquait occasionnellement son article 6, afin de soutenir l'action effective de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants¹³. Dès lors que l'article 8 de la CESDH, protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale, comprend la notion de famille comme une cellule de vivre ensemble, cette notion est naturellement pertinente dans des situations transfrontalières¹⁴. Enfin, aux yeux de la Cour EDH, l'article 8 « [doit] s'interpréter à la lumière de la [CIDE] » (paragraphe 120), ce qui, du moins en ce qui concerne les droits des enfants, en fait ainsi une disposition juridique à portée globale.

II. WAGNER ET LA MISE EN CAUSE DES PROCÉDURES CONTENTIEUSES ET DES DÉCISIONS NATIONALES

Le respect de l'article 8 dans un contexte transnational incombe en premier lieu aux autorités nationales. En effet, les demandeurs reprochaient à la Cour luxembourgeoise d'avoir ignoré le moyen selon lequel, en vertu d'une lecture conjointe de l'article 8 et de l'article 14 de la CESDH, l'adoption plénière de l'enfant péruvien aurait dû être reconnue. En rejetant ce moyen de droit fondé sur la Convention elle-même, les autorités nationales auraient, toujours selon les requérants, méconnu le droit, garanti par la Convention, en son article 6, au procès équitable. La Cour EDH accepta ce moyen et jugea qu'il avait effectivement été porté atteinte à l'article 6 de la CESDH.

Qu'auraient donc dû faire les tribunaux luxembourgeois ? Deux ans après l'arrêt *Wagner*, la Cour d'appel luxembourgeoise, dans une autre affaire, a estimé que la règle de fond prohibant l'adoption plénière par une personne célibataire, portait atteinte aux articles 8 et 14 de la CESDH, et que son application devait par conséquent être écartée¹⁵. L'affaire *Wagner*, toutefois, n'était pas allée aussi loin. Certes, la Cour EDH avait relevé que, dans une perspective comparative, la prohibition de l'adoption plénière par une personne célibataire faisait plutôt figure d'exception au sein des états parties à la CESDH. Mais, dans son arrêt, la Cour n'avait ni condamné la règle en elle-même, ni

¹² Voir Patrick Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 318 (2007) 252.

¹³ Dans une série de jugements amorcée par CEDH, 2000, *Ignaccolo-Zenide v. Roumanie*, n°31679/96, la Cour EDH a jugé que l'article 8 institue une obligation positive pour les états parties à la Convention en matière de rétention et de droits de visite. Plus récemment, la jurisprudence de la Cour relative à la relation entre la CESDH et la Convention de La Haye sur l'enlèvement des enfants a perdu en cohérence, voir par exemple CEDH, 2010, *Neulinger and Shuruk v. Suisse*, n°41615/07 et CEDH, 2013, *X v. Lettonie* n°27853/09.

¹⁴ Ainsi la protection s'étend aux situations familiales existantes dans des contextes non-européens, sauf si cela entre en conflit avec les valeurs fondamentales des états parties à la CESDH. « L'effet atténué de l'ordre public international » est donc inhérent au respect de la vie privée et familiale ; cf Kinsch, (n 12) 247 *et seq.*

¹⁵ Cour d'appel, 16 décembre 2009, *Journal des Tribunaux Luxembourg (J.T.L.)*, 2010, 73.

révisé sa jurisprudence selon laquelle l'article 8 de la Convention n'accorde pas en lui-même un droit à l'adoption (paragraphe 121 et 122). De surcroît, la Cour a estimé qu'il n'était « pas déraisonnable » (paragraphe 126 et 142) de soumettre, par précaution, la reconnaissance de l'adoption, prononcée par une autorité étrangère, d'un enfant, à un ensemble de critères propres aux conflits de lois, afin de protéger l'enfant contre toutes formes de maltraitance. Ce que la Cour, attentive à l'intérêt supérieur de l'enfant (paragraphe 133), avait, en revanche, jugé inacceptable – et pas non plus nécessaire au sens de l'article 8(2) de la Convention – c'était l'application stricte de ces critères et donc, par la même occasion, de la règle de fond luxembourgeoise, sans « tenir compte de la réalité sociale de la situation » (paragraphe 132).

Le refus de l'exequatur aurait donc pu être évité si les tribunaux avaient décidé de ne pas faire application de la règle luxembourgeoise en l'espèce. Pour ce faire, ils auraient pu appliquer les articles 8 et 14 de la CESDH à l'encontre de la règle qui les méconnaissait, ou écarter tout simplement son application, par le recours à l'exception d'ordre public international, en jugeant que les valeurs et normes protégées par cette exception transcendaient les frontières nationales et comprenaient les droits garantis par la CESDH¹⁶. C'est précisément ce qui se produisit dans un autre litige relatif à la reconnaissance d'une adoption plénière, tranché par la Cour EDH en 2011 (*Negrepontis-Giannis v. Greece*¹⁷). Dans cette affaire, la Cour a jugé que portait atteinte aux droits garantis par la CESDH, et notamment à ses articles 8 et 14, la décision de la Cour Suprême grecque qui refusait de reconnaître une adoption plénière prononcée aux Etats-Unis sur le fondement de l'ordre public international grec. Si l'on applique cela aux faits litigieux dans *Wagner*, on constate que les tribunaux luxembourgeois auraient pu reconnaître l'adoption péruvienne en surmontant l'obstacle résultant de l'application mécanique du DIP luxembourgeois par le recours à l'exception d'ordre public international.

Il est tentant de voir plus dans *Wagner* que ce qu'il n'y a, en s'attardant par exemple sur la notion de « réalité sociale de la situation ». Mais il convient de ne pas ignorer l'analyse détaillée du contexte effectuée par la Cour EDH : l'importance accordée au statut juridique légalement prononcé par un tribunal péruvien ; à la pratique préexistante en vertu de laquelle les jugements péruviens prononçant l'adoption plénière d'un enfant par une femme célibataire étaient systématiquement reconnus légalement par le Luxembourg sans avoir besoin de recourir à l'exequatur ; aux attentes formées, en toute bonne foi, par Madame Wagner, sur le fondement de cette pratique bien établie, et subitement

¹⁶ Voir paragraphe 131 *in fine*. Traditionnellement, l'exception d'ordre public international est appliquée pour écarter l'application d'une règle de fond ou d'un jugement étranger dans le but de protéger une norme ou valeur fondamentale du for ; mais si l'on admet que ces valeurs incluent des normes transnationales, il n'y aurait aucune raison pour laquelle l'exception ne devrait pas également être utilisée pour écarter l'application d'une norme relevant du droit du for, qui, dans ce cas particulier, méconnaîtrait une telle valeur ou norme transnationale.

¹⁷ CEDH, 2011, n°56759/08. Voir Patrick Kinsch, 'La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme', *Rev. crit. DIP*, 817-823.

contrariées par l'imprévisible altération de celle-ci, ayant pour conséquence la constitution du vide juridique dans lequel se trouvait l'enfant après la mise en œuvre de l'adoption (adoption plénière d'un enfant abandonné), et ce en dépit de l'existence effective d'une vie de famille d'une certaine durée.

Compte tenu de ce contexte esquissé par la Cour, l'idée selon laquelle l'arrêt *Wagner* aurait un « potentiel immense s'agissant de l'autonomie des parties », qui reposait sur le constat suivant lequel « le fait que le statut juridique fût de facto établi résultait de la volonté d'adopter du demandeur »¹⁸, est dépourvue de fondement. Comme le relève l'arrêt, seul le Pérou faisait l'objet de la pratique constante, consistant à autoriser l'adoption d'un enfant par des personnes célibataires, et sur la base de laquelle Madame Wagner avait formé les attentes légitimes susmentionnées. La fermeture si soudaine de ce canal routinier joua contre les autorités luxembourgeoises dans *Wagner*, et surtout en ce qu'elle se fit au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant.

III. LA JURISPRUDENCE ULTÉRIEURE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La conclusion générale que l'on peut tirer de la jurisprudence *Wagner* et de la jurisprudence postérieure de la Cour EDH, est que, si la Cour poursuit l'objectif d'assurer la permanence du statut personnel et des relations familiales acquises à l'étranger, celui-ci est contrebalancé par la nécessité de respecter les préoccupations légitimes des états parties à la CESDH. S'agissant de ces préoccupations légitimes, est jugée inadéquate l'application mécanique de règles de DIP ignorant tout simplement, comme dans *Wagner*, ou ne répondant pas suffisamment à, la demande du requérant¹⁹. La marge d'appréciation des Etats, « varie selon les circonstances, les domaines et le contexte »²⁰. Celle-ci sera plus large si les préoccupations des états sont partagées par d'autres Etats parties à la Convention, et plus étroite dans l'hypothèse où tel n'est, à l'instar de l'affaire *Wagner*, pas le cas. Enfin, rappelons une dernière fois, que, comme dans *Wagner*, lorsque les faits litigieux se rapportent à l'enfance, l'intérêt supérieur et les droits des enfants pèseront lourdement dans la balance.

Les arrêts *Menesson v. France* et *Labassee v. France*²¹ – même s'ils laissent beaucoup de questions en suspens – illustrent cette opération délicate de mise en balance. D'un côté, la Cour a jugé que le respect de la vie privée des enfants impliquait l'obligation pour la France de reconnaître la relation parent-enfant instituée par les tribunaux américains. De l'autre, la Cour EDH a toutefois décidé

¹⁸ Michael Wells-Greco, *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements, the past, the present, the future* (Eleven International Publishing 2016) 376. L'autonomie illimitée des parties dans ce domaine exposerait à l'évidence les enfants à des risques ; une telle interprétation contredirait l'une des préoccupations principales du jugement, à savoir la protection des droits des enfants adoptés.

¹⁹ Comme par exemple dans CEDH, 2013, *Henry Kismoun v. France*, n°32265/10, paras 35 et 36.

²⁰ CEDH, 2014, *Menesson v. France*, n°65192/11, para 77.

²¹ CEDH, 2014, n°65941/11.

de ne pas entraver « la volonté [de la France] de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire »²². Dès lors, la France n'était pas, aux yeux de la Cour EDH, tenue de respecter la vie familiale des parents et des enfants au titre de l'article 8 de la Convention.

Une mise en balance similaire est effectuée par la Cour EDH s'agissant de la reconnaissance des mariages homosexuels étrangers. Dans son récent arrêt *Orlandi and others v. Italy*²³, la Cour a estimé que, dans la mesure où l'Italie, faisant suite au jugement de la Cour dans *Oliari and others v. Italy*²⁴, avait rendu possible l'union des couples de même sexe dans le cadre d'un partenariat juridiquement institué et ayant des effets juridiques quasi-identiques au mariage, l'obligation de reconnaître les mariages étrangers comme des mariages en tant que tels n'incombait plus à l'Italie, dès lors que ceux-ci pouvaient avoir des effets légaux dans l'ordre juridique italien sans devoir prendre la forme d'un mariage.

La jurisprudence de la Cour EDH montre également que les interactions entre le DIP et les droits de l'homme vont dans les deux sens. Dans *Harroudj v. France*²⁵, les tribunaux français avaient rejeté la demande d'adoption plénière d'un enfant algérien abandonné, né en Algérie, par une femme française qui s'était vue accorder le droit de recueil légal, ou *Kafala*, de l'enfant ainsi que le droit de s'établir en France avec lui par la justice algérienne. Le droit algérien ne permet pas l'adoption. En vertu de celui-ci, l'institution de la *kafala* ne fait, de plus, pas naître une relation parent-enfant entre l'enfant et le *kafil*. Les tribunaux français fondèrent leur rejet de la demande d'adoption sur les règles françaises de conflit de lois, qui ne permettent pas la prononciation de l'adoption d'un enfant dont la « loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France²⁶ ».

Contrairement à sa position dans *Wagner*, la Cour EDH ne constata aucune violation de l'article 8 de la CESDH dans cette affaire. Elle releva que la distinction juridique entre *Kafala* et adoption était reconnue par la CIDE²⁷, la Convention de La Haye de 1993²⁸, et la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants²⁹. De plus, l'enfant pouvait malgré tout entrer dans la succession de la requérante par l'établissement d'un testament, et, après avoir vécu pendant cinq années en famille d'accueil, il pouvait également acquérir la

²² *Menesson*, paras. 62 et 99 ; *Labassee*, paras. 54 et 78.

²³ CEDH, 2017, n°26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12.

²⁴ CEDH, 2015, n°18766/11 et 36030/11 dans laquelle la Cour a jugé que, malgré la liberté dont bénéficient les états, le fait de limiter l'accès au mariage aux seuls couples hétérosexuels, en l'absence néanmoins d'un intérêt général au regard duquel il conviendrait de mettre en balance les intérêts des requérants, l'Italie avait, au titre des articles 8, 12 et 14 de la CESDH, une obligation positive de leur assurer un cadre légal spécifique pour la reconnaissance et la protection des unions entre personnes de même sexe.

²⁵ CEDH, 2012, n°43631/09.

²⁶ Article 370-3 (2) du Code civil.

²⁷ Article 20 (3).

²⁸ La Convention de 1993 ne « vise que les adoptions établissant un lien de filiation » selon son article 2 (2).

²⁹ La Convention de 1996 se réfère explicitement à la *Kafala* dans ses articles 3 et 33.

nationalité française et, ultérieurement, être légalement adopté par son *kafil*. La Cour conclut, qu'en vertu de ces éléments, la France « appliquant les conventions internationales régissant la matière, a institué une articulation flexible entre le droit de l'Etat d'origine de l'enfant et le droit national ».

« La Cour estime qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'Etat défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante.³⁰ »

Cet arrêt montre que le DIP peut venir *informer* les droits de l'homme et, en l'occurrence, l'article 8 de la CESDH, de telle sorte qu'il en sera fait application eu égard à l'identité culturelle d'une personne et de son évolution dans le temps³¹.

IV. QUELQUES ÉLÉMENTS DE CONCLUSION ET D'OUVERTURE

Lorsque la Cour EDH relève que l'application d'une règle de DIP entre en conflit avec un droit de l'homme garanti par la CESDH, elle ne prescrit pas une nouvelle règle ou méthode de DIP³². Toutefois, la Cour EDH, pilier régional de cet ordre « *social et international* » promis par la DUDH et comprenant aujourd'hui un nombre croissant de situations transfrontalières, favorise une réorientation du DIP.

Traditionnellement, le DIP se déploie de l'intérieur des systèmes nationaux, sa mission étant de trouver des solutions à des problèmes juridiques comportant un « *élément d'extranéité* ». Aujourd'hui, cet ancrage au sein des ordres juridiques nationaux doit aller de pair avec un ancrage dans cet ordre juridique global qui émerge. Le nombre et la complexité des problématiques juridiques relatives à des situations transfrontalières exigent à eux seuls un ancrage pluriel.

Le retour de la discussion sur les droits acquis et le débat portant sur les méthodes de reconnaissance, participant, à différents degrés, d'une volonté de mettre en place les conditions propices à une reconnaissance plus vaste, mais pas illimitée, des décisions étrangères, et surtout, des situations juridiques *ex lege*, ont le mérite de contribuer à l'ouverture des systèmes de droit international privé à cette perspective plus globale. Toutefois, la reconnaissance n'est qu'un « *mode d'emploi* »³³; elle nécessite d'être peaufinée en tant que technique et ne constitue aucunement une panacée. Il est nécessaire de définir ses conditions précises d'applicabilité afin d'éviter que des interventions correctives n'entrent par la

³⁰ Para 51. La Cour estime « qu'aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 14 de la Convention » (para 55).

³¹ L'identité culturelle comprend les identités individuelles, collectives et nationales, qui, en évoluant au cours de la vie d'une personne, sont susceptibles de se renforcer comme de se contredire les unes les autres. Voir Léna Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 357 (2007) n°12 *et seq.* Voir aussi Sylvain Bollée and Etienne Pataut, *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, LGDJ, 2016.

³² Pas plus que la CJUE lorsqu'elle relève qu'une règle de DIP particulière entre en conflit avec les quatre libertés de l'UE

³³ Voir n 3.

petite porte comme celle de l'ordre public³⁴. D'autres techniques, comme des règles alternatives de conflit de lois³⁵, conservent leur attractivité. En bref, ce ne sont pas seulement les différentes techniques qui comptent, mais avant tout le message : le DIP doit s'ancrer non seulement dans un for mais également dans un monde plus large.

De surcroît, *Wagner, Harroudj* et d'autres arrêts de la Cour EDH montrent que la rencontre du DIP et des droits de l'homme, de l'article 8 de la CESDH en particulier, après avoir produit des effets s'agissant des droits civiques d'une personne de droit privé, pourrait ultérieurement venir interagir avec son statut de droit public. L'une des conséquences les plus notables de *Wagner* réside dans le fait que l'enfant pouvait, à la suite de cette décision, acquérir la nationalité luxembourgeoise et donc la citoyenneté européenne. De même, dans *Harroudj* le statut de séjour de l'enfant serait garanti par l'obtention de la nationalité française dans un futur proche, ce qui rendrait également son adoption possible. L'accès à la citoyenneté française de l'enfant fût également une considération importante dans *Menesson et Labassee*. Si, contrairement à la DUDHC (article 15), la CESDH n'institue pas un droit à la citoyenneté, son acquisition, son refus ou sa perte sont toutefois susceptibles d'être examinés par la Cour EDH au titre du respect à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, dès lors que la nationalité est une partie intégrante de l'identité d'une personne³⁶. De la même manière, si la CESDH ne garantit ni un droit d'entrée ni un droit de séjour sur le territoire d'un état partie à la Convention, les politiques d'immigration des états demeurent dans son champ d'action³⁷. L'une des questions décisives dans *Chbihi Loudoudi v. Belgium*³⁸ était la précarité du titre de séjour délivré à un enfant marocain confié à un couple belge dans le cadre d'une *Kafala*. La Cour EDH a estimé, à quatre contre trois, que le refus par les autorités belges d'accorder à l'enfant un titre de séjour permanent ne portait pas atteinte à l'article 8 de la Convention.

Ainsi, un aperçu complet, et empiriquement valide, du DIP en matière de statut personnel et de relations familiales, devrait, dans ce monde changeant,

³⁴ Sur les conditions de reconnaissance (proximité, ordre public, fraude, les attentes légitimes des parties) Voir Paul Lagarde, 'Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés' in *Droit international et reconnaissance*, Emmanuelle Tourme-Jouannet et al., LGDJ, 2016, 293-299.

³⁵ Un exemple Classique est la Convention de La Haye de 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, qui, en offrant une grande variété de lois potentiellement applicables, supprime effectivement le risque d'une invalidité formelle d'un testament dans une situation internationale. Voir Hans van Loon, 'La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international privé de La Haye' in *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, Paul Lagarde, Pedone, Paris, 2013, 121-129.

³⁶ Pour une discussion plus longue sur le droit de la nationalité dans le contexte du droit des droits de l'homme, Voir l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque dans CEDH, 2016, *Ramadan v. Malta*, n°76136/12, estimant que « la nationalité occupe une place centrale dans l'identité d'une personne, laquelle est protégée par l'article 8 de la Convention » (para 24).

³⁷ Voir CEDH, 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, n°9214/80, n°9473/81 (s'agissant de la violation conjointe des articles 8 et 14).

³⁸ CEDH, 2015, n°52265/10..

rendre pleinement compte des interactions entre droits de l'homme, droit de la citoyenneté, droit de la nationalité, droit des étrangers et droit des réfugiés. Le besoin de coopération entre ces différentes branches du droit ainsi qu'entre les autorités correspondantes, se fait considérablement ressentir aujourd'hui³⁹. Dans le cadre plus général du programme de développement durable à l'horizon 2030 des Nations Unies, des efforts à une échelle globale sont déployés, et tout particulièrement s'agissant du droit des étrangers et des réfugiés, pour garantir des « migrations sûres, ordonnées et régulières » ainsi que renforcer la protection des réfugiés⁴⁰. Ce contexte invite le DIP à envisager la contribution qu'il peut apporter à ces efforts ainsi qu'à réaliser son plein potentiel pour la sauvegarde de la permanence du statut personnel et des relations familiales dans des situations transfrontalières, et ce sur le plan régional comme global⁴¹.

³⁹ Pour une étude de ces problèmes du point de vue de l'UE, voir Sabine Corneloup, 'Private International Law in a Context of increasing international Mobility: Challenges and Potential', European Parliament, Study for the Juri Committee (June 2017), et Sabine Corneloup et al., 'Children On the move: A Private International Law Perspective', European Parliament, Study for the Juri Committee (June 2017).

⁴⁰ Assemblée Générale des nations unies, déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants, Résolution 71/1, 19 septembre 2016, qui met en place des mesures en vue de l'élaboration, d'ici 2018, d'un « cadre global pour les réfugiés » et un « pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières ».

⁴¹ Voir Sabine Corneloup, 'Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance' in *Private International Law and Global Governance*, Horatia Muir Watt and Diego Fernández Arroyo (Oxford University Press 2014) 3012-3317 ; Hans van Loon, 'The Global Horizon of Private International Law', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 380 (2016) 77-82.