

A COMMITMENT TO PRIVATE
INTERNATIONAL LAW

Essays in honour of Hans van Loon

UN ENGAGEMENT AU SERVICE DU
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Mélanges en l'honneur de Hans van Loon

The Permanent Bureau of the Hague Conference
on Private International Law

Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye
de droit international privé



intersentia

Cambridge – Antwerp – Portland

Intersentia Publishing Ltd.

Trinity House | Cambridge Business Park | Cowley Road
Cambridge | CB4 0WZ | United Kingdom
Tel.: +44 1223 393 753 | email: mail@intersentia.co.uk

Distribution for the UK:

NBN International
Airport Business Centre, 10 Thornbury Road
Plymouth, PL6 7PP
United Kingdom
Tel.: +44 1752 202 301
Email: orders@nbninternational.com

Distribution for the USA and Canada:

International Specialized Book Services
920 NE 58th Ave Suite 300
Portland, OR 97213
USA
Tel.: +1 800 944 6190 (toll free)
Email: info@isbs.com

Distribution for Austria:

Neuer Wissenschaftlicher Verlag
Argentinierstraße 42/6
1040 Wien
Austria
Tel.: +43 1 535 61 03 24
Email: office@nwv.at

Distribution for other countries:

Intersentia Publishing nv
Groenstraat 31
2640 Mortsel
Belgium
Tel.: +32 3 680 15 50
Email: mail@intersentia.be

A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon.
Un engagement au service du droit international privé – Mélanges en l'honneur de
Hans van Loon.

The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law
Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé

© 2013 Intersentia
Cambridge – Antwerp – Portland
www.intersentia.com | www.intersentia.co.uk

ISBN 978-1-78068-150-4
D/2013/7849/49
NUR 822

British Library Cataloguing in Publication Data. A catalogue record for this book is available
from the British Library.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any
other means, without written permission from the publisher.

LA MIGRATION DE L'ÉTAT CIVIL

Andreas BUCHER

Professeur honoraire de l'Université de Genève

Membre de l'Institut de droit international

L'apport du droit international privé à la maîtrise de la migration internationale des personnes a toujours été une préoccupation majeure du Secrétaire général de la Conférence de La Haye.¹ L'ambition avec laquelle Hans van Loon a animé ce projet est à la mesure de sa générosité. Sa vision a porté loin. Comment le droit international privé pouvait-il être absent de la « gouvernance » de la migration des populations et des personnes, le phénomène social international le plus important de notre époque ? Et comment pouvait-on ne pas proposer aux Etats de s'inspirer des procédures de coopération entre Etats et Autorités centrales, qui sont au cœur de la plupart des conventions des récentes années ? Faute de vision, les Membres de la Conférence n'ont pas voulu s'engager dans un champ d'activité dont les dimensions leur paraissaient imprévisibles. Il n'en demeure pas moins que le monde attend du progrès et des solutions. Celles-ci peuvent être divisées en deux thèmes : la coopération entre les autorités et la protection des personnes en migration. Ce second aspect mérite aujourd'hui une attention prioritaire, car la Conférence dispose déjà de l'expérience dans la gestion des relations entre autorités à travers les frontières.

La protection de la personne migrante peut être divisée à son tour en un volet personnel et un volet économique. Le premier est commenté ici, car il nous semble toucher les populations à plus grande échelle. Sans pour autant ignorer le second. En effet, si la Conférence s'est occupée de la migration des enfants à des fins d'adoption ou de placement à l'étranger, n'existe-t-il pas des raisons pour qu'elle s'intéresse également au transfert temporaire ou circulaire de travailleurs, ainsi qu'à la régulation de l'intervention des intermédiaires dans un processus au

¹ Cf., en dernier lieu, le document préliminaire n° 7 à l'attention du Conseil sur les affaires générales et la politique (février 2010) ; Hans van Loon, « Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale », in *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris 2008, p. 419-434.

sein duquel l'individu se trouve souvent démuné ? Le regard ne devra donc pas s'arrêter au statut personnel et familial, mais s'élargir au statut économique des personnes vulnérables dans un contexte migratoire.

I. MISE EN PERSPECTIVE

Ledit volet personnel de la migration ne vise pas au premier abord la protection des personnes vulnérables dans un contexte familial, telle qu'on la trouve au centre des Conventions sur la protection des enfants et des adultes. Il s'agira de protéger toute personne dans son aspiration légitime au respect de ses droits fondamentaux lorsqu'elle est l'objet d'une migration transfrontalière. Ces droits doivent préserver l'identité et l'état civil des personnes ; ils doivent garantir également un seuil minimum de conditions de vie.

Arrêtons-nous un instant pour bien assimiler le changement de perspective. On parle de « migration » et non plus de la paire « immigration » et « émigration ». Ces termes ont été associés, dans le droit international privé depuis plus d'un siècle, aux principes de la nationalité et du domicile. Comme l'a été le sort de ces termes, ces deux principes ont été recalés dans la hiérarchie des valeurs des relations privées internationales. De nos jours, l'intérêt porte prioritairement sur la reconnaissance, à travers les frontières, de l'état des personnes créé dans un Etat. Alors que l'harmonie des décisions était un sujet de première importance pour des méthodes de droit international privé centrées sur la détermination de la loi applicable, ce thème a passé à l'arrière-plan du fait de son manque de pertinence au regard des facilités créées et se développant pour favoriser le respect des décisions étrangères sans que soit vérifié, après coup, quelle loi était initialement applicable.

Dans un contexte de migration des personnes, ce changement dans la perception du rôle du droit international privé se manifeste. Le respect des personnes passe devant l'intérêt des Etats au respect de leurs propres lois. L'harmonie des décisions est importante, certes, mais elle n'a pas pour but de parvenir à l'application d'une loi unique. Elle commande dorénavant le respect, par les Etats, de l'identité d'une personne telle que déterminée dans un Etat. L'harmonie se transforme en droit individuel, alors qu'elle était auparavant un objectif de politique législative poursuivi par chaque Etat indépendamment. Cette politique étant d'emblée placée en position d'échec, le thème des « rapports juridiques boiteux » était apprécié des auteurs de l'époque comme une fatalité, alors qu'aujourd'hui, on ne voit plus pourquoi un tel état des choses devrait faire partie, en quelque sorte « par nature », du droit international privé.

Il est tout aussi certain, cependant, que cette nouvelle perspective ne peut offrir d'elle-même les solutions à venir ; elle ne fait que mieux en percevoir

la nature. La migration des personnes à travers les frontières est, et restera toujours, une migration à travers des ordres juridiques différents. S'il convient de protéger la personne face à cette diversité, on n'y parviendra pas en postulant le rapprochement des législations, ni même en exigeant une harmonisation des lois nationales au niveau d'un seuil minimal, encore qu'il n'est pas inutile de rappeler qu'un tel objectif paraisse déjà plus réaliste. En revanche, on doit pouvoir soutenir une vision qui consiste à amener les Etats à respecter des droits relevant d'un seuil minimal tels qu'ils ont été acquis par la personne dans un autre Etat avant d'avoir été exposée au processus de migration.

II. UN SEUIL MINIMAL DE RESPECT DES PERSONNES

Le plancher minimal devant intéresser tout ordre juridique par rapport aux personnes est la protection de leur identité et la garantie de leur survie, économique et sociale. Ces principes n'ont pas à être créés ; même formulés un peu différemment, ce sont des fondements largement reconnus. Il leur manque cependant une élaboration plus précise de leur contenu et de leurs effets juridiques. Ce défaut est davantage apparent dans le contexte migratoire qu'il ne l'est dans un contexte purement interne, moins accessible aux regards extérieurs. Or, sans substance, ces principes restent vides et ne peuvent remplir leur but. La Conférence pourrait donc y trouver un terrain d'activité dans les matières étant de son ressort. Celles-ci portent surtout sur le domaine personnel et familial, tandis que la mise en place de garanties de survie, respectivement de lutte contre l'exploitation, en particulier des personnes les plus vulnérables tels les femmes et les enfants, est une préoccupation majeure d'autres organisations ; cela semble inspirer à la Conférence plutôt une position de retrait ou de réserve.

D'aucuns diront que le haut niveau de travail et d'expérience de la Conférence de La Haye en matière de droit international privé n'est ainsi pas suffisamment sollicité. Même si l'argument était vrai, il n'a guère de sens, le programme de la Conférence étant loin d'être surchargé par des projets de ce niveau. En réalité, le fait qu'un projet s'attache à rendre concrète une protection relevant des droits fondamentaux ne veut nullement dire que l'excellence du savoir-faire de la Conférence ne soit pas mise à contribution. La perfection à laquelle on pense en évoquant le tableau de toutes les Conventions de La Haye est de type européen. Les conventions sur la loi applicable, par exemple, n'ont pas rayonné dans le monde si l'on observe le faible nombre des Etats parties, la plupart européens. Les conventions qui remplissent largement le palmarès de la Conférence sont des conventions de procédure et de coopération, dans des matières dans lesquelles le droit international privé remplit essentiellement une fonction opérationnelle,

impliquant un engagement important d'autorités administratives. Leur rôle tend à croître d'autant plus que les conventions sur la loi applicable manquent progressivement de soutien du fait de l'appropriation de leur matière par l'Union européenne. La Conférence doit à nouveau rayonner au plan mondial. Or, pour ce faire, ce sont les droits fondamentaux et leur mise en œuvre qui doivent attirer l'intérêt de la Conférence, avant de songer à gravir des échelons vers des règles juridiques plus perfectionnées. On comparera dès lors la Conférence d'aujourd'hui à celle de ses débuts à la fin du XIX^e siècle. Les conventions de l'époque portaient sur des questions plutôt ponctuelles de procédure, sur le mariage et la tutelle ; des sujets bien circonscrits, actuels sans être particulièrement attractifs, et appelant des solutions simples, qui ne nécessitaient aucun travail de « suivi ». Aujourd'hui, il ne s'agit pas de refaire le passé, mais de s'en inspirer afin de réagir avec sagesse et modération aux défis auxquels la Conférence est confrontée.

Une migration s'effectuant dans des conditions humaines acceptables requiert le respect des personnes. Celle-ci se compose de signes d'identité et d'un noyau familial. Leur reconnaissance est un gage de protection à un niveau très élémentaire, certes, mais qui est loin de constituer une évidence à l'échelle universelle. A cet effet, l'enregistrement de l'état civil est fondamental. Sans état civil constaté officiellement, la personne risque de ne pas être reconnue, voire ne pas exister d'un point de vue juridique. L'impossibilité de retrouver l'acte de mariage a donné lieu à des drames du temps de Napoléon I^{er} déjà.² De nos jours, l'expérience se tourne vers des illustrations révélant l'exploitation et le dénuement des personnes. La Conférence a déjà été confrontée à de telles situations dans le contexte particulier des enfants dont l'évacuation d'une zone de conflit armé ou de catastrophe doit être envisagée.³ Dans un tel cas de trouble, si les forces d'évacuation peuvent arriver rapidement sur le terrain, il faut savoir que les trafiquants d'enfants ne sont pas loin non plus, se servant faussement d'une banderole de service humanitaire. Il est donc de toute première importance de veiller à ne pas séparer les enfants de leurs parents sans avoir pris toutes les précautions permettant de préserver les détails de leur identité, des pièces d'état civil du pays étant pour cela primordiaux. Car sans identité, l'enfant risque de se faire mener rapidement sur le chemin de l'adoption ou d'autres formes de trafic, dont il ne sortira qu'après des recherches laborieuses, si tant est qu'il y parvienne. La migration à travers les frontières devient alors forcée, faute pour l'enfant et sa famille d'avoir pu disposer de moyens d'identification.

² On conseillera la lecture de la narration passionnante de Michel Verwilghen, *D'amours fous en querelles d'héritage : Trois surprenantes affaires judiciaires au temps de Napoléon Ier*, Bruxelles 2011.

³ Cf. la Recommandation de 1994 concernant l'application de la Convention sur l'adoption aux enfants réfugiés, Annexe A au Rapport de la Commission spéciale de 1994 ; Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de 2012, n° 38–40.

Or, cet exemple n'est pas unique. On connaît de nos jours l'extrême difficulté de connaître l'âge et l'origine de certains demandeurs d'asile. Sur un autre plan, l'absence d'enregistrement des enfants à leur naissance peut être une cause facilitant des mariages forcés, du fait que l'acte de naissance n'est établi qu'après la « cérémonie », la mariée étant faussement rendue majeure afin d'échapper à la vigilance des autorités du pays ou lors de la migration vers des pays étrangers dits civilisés⁴. On songera également, en sus de l'exemple cité du risque d'être livré en adoption, aux cas très nombreux de familles déchirées par des événements de guerre ou de catastrophe, qui éprouvent tant de peine à retrouver leurs proches car ils ne peuvent pas accéder à un registre permettant de connaître et de tracer leur identité. Les familles réunies ne représentent qu'une partie du monde. Une autre est composée de familles dispersées à travers les frontières et les continents, qui ne parviennent pas à se retrouver faute de pouvoir emprunter le bon chemin. Or, pour ce faire, l'enregistrement de l'état civil constitue une aide précieuse. Il peut exister d'autres obstacles difficiles à franchir, certes, mais ce n'est pas une raison pour ne pas tenter d'éliminer celui résultant de l'impossibilité d'effectuer un « family tracing » au moyen de pièces d'état civil reconnues internationalement.

La Conférence pourrait fonder ses travaux sur un principe déjà bien ancré en droit international : obliger les Etats à procéder à l'enregistrement de mariages et de filiations. D'après la Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989, « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance » (art. 7). De son côté, la Convention de New York du 10 décembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages prévoit que « tous les mariages devront être inscrits par l'autorité compétente sur un registre officiel » (art. 3).⁵

Cependant, faute d'être complétés par des modalités pratiques appropriées, ces principes n'ont guère été transcrits par les Etats aussi largement qu'il le faudrait. Il conviendrait donc de convier les Membres et les Etats non membres afin de les inviter à consacrer plus concrètement dans un instrument de droit international l'obligation des Etats de mettre à disposition un service d'enregistrement de l'état civil. Un tel service doit pouvoir délivrer des documents constatant ceux des éléments de l'état civil dont on estimera la mention nécessaire en prévision de leur utilisation à travers les frontières. Parmi ces éléments, on devra trouver la date et le lieu de naissance, le nom de la personne ainsi que, eu égard aux Conventions mentionnées, le lien de filiation maternelle et paternelle et le mariage. Cet état civil sera celui établi dans l'Etat qui délivre la pièce. Il sera très important d'envisager un document plurilingue et électronique, mais ne comportant pas

⁴ Cf. Filiz Sütçü, *Zwangsheirat und Zwangsehe*, Frankfurt a.M. 2009, p.161.

⁵ Cette obligation est rappelée dans la Résolution 1468 (2005) du Conseil de l'Europe sur les mariages forcés et les mariages d'enfants (n° 14.2.2).

plus d'informations que celles jugées indispensables. Par ailleurs, face à leurs obligations de droit international, les Etats doivent traiter leurs éventuelles réticences liées à la protection des données sous la forme de modalités assortissant l'enregistrement, sans mettre en cause le principe lui-même.

III. L'ÉTAT CIVIL INTERNATIONALISÉ

1. LES BESOINS DE BASE

Sous l'angle international, il se posera la question des effets d'un tel document à l'étranger. Dans un premier temps, il conviendra de ne pas donner à la question une portée trop ambitieuse. Car le seul fait de constater que dans un Etat, celui de la confection de la pièce, un certain nombre de faits d'état civil soient déterminés au regard de l'ordre juridique de cet Etat, constitue déjà un soutien utile lorsque, même à l'étranger, la personne voudra faire état de son identité. Même si, dans un autre Etat, cette identité, ou certains de ses éléments, ne sont pas reconnus, tels un mariage ou un lien d'adoption, il n'en demeure pas moins que la pièce est apte à démontrer que dans l'Etat d'origine, cette identité existe bel et bien.

Dans un cadre de négociation entre Etats, il faudra faire un pas de plus et obtenir, à l'instar de la pratique de nombreux pays, que la force probante des pièces d'état civil confectionnées selon un modèle consacré soit reconnue, sous réserve de contestations judiciaires visant les droits individuels constatés dans l'acte. Cependant, même si l'on n'y parvient pas, dans un premier stade peut-être, la simple adoption d'un document uniforme d'état civil dont toute personne peut requérir la délivrance de la part des autorités de son pays sera déjà un grand succès. Car l'usage d'une pièce au format uniforme nourrit la confiance dans le fonctionnement des autorités des pays impliqués au point qu'un jour ils accepteront plus facilement d'en reconnaître également la force probante devant leurs juridictions et sur leur territoire.

L'enregistrement internationalement généralisé de l'état civil permettrait d'ailleurs de servir de fondement à un système assurant à toute personne une possibilité de rétablir le contact avec la famille. Certes, cela sera autrement plus compliqué que le seul enregistrement des naissances et des mariages, mais à tout projet ambitieux, il faut un début.

On pourrait alors intégrer un complément économique : la protection de base des personnes s'articule au moyen du respect de son état civil, mais elle rend également nécessaire la garantie de conditions de vie décentes. La migration économique ne doit pas laisser l'individu isolé et sans ressources dans un pays étranger n'offrant aucun accueil, le seul encadrement étant « fourni » par des employeurs et des intermédiaires sans scrupules. Le traçage des familles connaît

aussi son volet économique : une condition de vie élémentaire du travailleur à l'étranger consiste à lui permettre l'accès à des moyens de transfert simple et économique des fonds à sa famille restée dans son pays d'origine. Or, en l'état, notre monde pousse à la globalisation des économies, et on s'en félicite, mais lorsqu'il s'agit d'offrir aux travailleurs le renvoi de leurs gains, on en reste aux multiples déclarations d'intention de tous les organismes qui croient avoir un mot à dire à ce sujet, sans aucun suivi dans l'exécution. On constate ainsi qu'au plan économique les besoins sont aussi basiques qu'au niveau de l'état civil.

Certes, à ce stade, le droit international privé n'est guère visible. Peu importe. L'ambition du résultat vaut mieux que l'ambition du texte parfait. Celui-ci, perfectionné et compliqué, manquera sa cible car il ne pourra pas attirer des ratifications en nombre respectable. De toute manière, l'effectivité des actes à travers les frontières, aussi faible soit-elle, apporte un progrès du point de vue du droit international privé, pour lequel le respect des personnes constitue un objectif primordial.

On ajoutera que dans sa phase initiale de pénétration sur le territoire d'un pays étranger, la migration ne fait pas véritablement appel au droit international privé ; elle ne le fait qu'à un niveau subordonné, qui n'attire guère l'attention. En effet, les travailleurs, réfugiés ou voyageurs sont accueillis juridiquement par le nom et les liens de famille qu'ils portent avec eux, au moyen de leurs pièces d'identité.⁶ Leur état civil est celui de l'Etat national ayant délivré ces documents. Cela ne viendrait à l'esprit de personne, notamment dans la pratique administrative de l'immigration, de vérifier ces données personnelles au regard de la loi désignée par les règles ordinaires de conflits de lois de l'Etat d'accueil. Ces règles ne deviennent d'actualité qu'à partir du moment où la personne entend nouer des relations juridiques sur le territoire de cet Etat. Jusqu'à ce moment, la force probante des documents officiels de l'Etat de provenance offre à la personne une présence juridique suffisante.

2. LA RECONNAISSANCE

Il est vrai, cependant, qu'au-delà du respect de la force probante des actes de l'état civil, la suite naturelle consisterait à assurer également la reconnaissance des rapports de droit civil et familial consacrés dans de tels actes. Cet objectif sera plus difficile à atteindre. Il faudra s'y engager dans un deuxième temps, avec la patience et la persévérance qui conviennent. Si l'on fait abstraction du cadre européen, où l'on pense que tout est déjà parfait, il est loin d'être évident que l'on parvienne à satisfaire une telle ambition dans les autres régions du monde. Il

⁶ En Suisse, on a appelé cela le principe du « sac à dos ».

faudrait d'abord viser l'essentiel : la reconnaissance des rapports de famille nés à l'étranger que l'Etat requis connaît également dans son droit, ainsi que ceux dont il peut accepter l'accueil dans son système juridique. Cette position est en retrait par rapport à l'idéal d'un système ayant banni toute révision au fond. Mais elle est réaliste, malgré ce que des Européens au regard étriqué sur ce monde vont dire. On comparera la Convention adoption de 1993, qui implique l'acceptation au préalable de l'adoption ordonnée dans l'Etat d'origine (art. 17), et la Convention mariage de 1978, qui commande la reconnaissance des mariages sans égard à la loi appliquée (art. 9). On connaît le succès de la première et l'échec de la seconde. Cela montre la voie.

Au plan mondial, il est illusoire de vouloir placer tous les systèmes de droit sur pied d'égalité et de prôner l'acceptation généralisée de tout rapport de droit familial en provenance de n'importe quel système. La barrière de l'ordre public ne suffit pas : soit elle est trop élevée (avec le soutien du mot « manifestement »), soit elle peut être franchie trop facilement, auquel cas elle rend l'ensemble méconnaissable. Il faudra ainsi entourer les notions de relations familiales, profitant du système de reconnaissance, par des définitions permettant d'écarter les situations que certains Etats ne peuvent accepter, quitte à ce qu'ils puissent le faire plus tard. Ce sont des concessions à faire si l'on veut sauver l'essentiel. Mieux vaut un modeste succès qu'un échec. Et ce succès ne serait peut-être pas aussi modeste que l'on pourrait le croire : la Convention d'adoption est proche de l'introduction d'un système de codécision des Etats concernés dans le cas particulier, créant un rapprochement qui a rendu la clause de l'ordre public inutile dans la quasi-totalité des cas.

Une telle approche ne doit pas détourner l'attention portée à des institutions connues dans certains pays alors qu'elles rencontrent des réactions de rejet dans d'autres. Ainsi, la Conférence se heurte à l'objection d'une minorité d'Etats qui l'empêchent de s'intéresser à la protection des couples vivant en partenariat ou en union libre, en se servant de l'exigence, mal comprise, du consensus au détriment des Etats qui font valoir un intérêt légitime à faire progresser l'unification du droit en faveur de couples méritant le respect.

Lorsqu'il y a lieu de réagir face à des divergences trop sensibles entre législations en contact dans le cas particulier, le droit international privé réagit habituellement par un refus de la reconnaissance de rapports juridiques nés d'un système « étrange », auquel l'Etat requis est « hostile ». Et lorsqu'un tel Etat est placé en négociation et rencontre le même problème, il tentera d'inclure dans l'instrument des clauses de refus de reconnaissance, spécifiques de préférence, générales faute de mieux, telle que la réserve de l'ordre public.

Pourtant, cette approche va à contre-courant d'une tendance qui soutient le respect de situations de droit individuel valablement nées dans un autre pays, leur titulaire ayant un droit fondamental ou, tout au moins, un intérêt légitime à

vivre sous un statut juridique unique qui caractérise son identité en tant que sujet de droit. Il paraît inopportun de s'engager dans l'élaboration d'un instrument de reconnaissance en visant d'emblée à y inclure des situations de rejet générant des rapports juridiques boiteux à travers les frontières.

3. L'AUTOLIMITATION

Or, cette réaction de rejet se produit en aval du processus. Elle tend à empêcher le rapport de droit concerné de répandre ses effets à l'étranger. Une autre réaction pourrait être placée en amont, tendant à empêcher la situation « hostile » de naître dans l'Etat d'origine. Cela ne fait pas habituellement partie du droit international privé ; pourtant, cela existe. Il faut distinguer deux niveaux. Au plan de la gestion des relations individuelles, il peut être convenu qu'un Etat n'accepte de créer une relation de famille qu'à la condition qu'elle soit ensuite reçue dans un autre Etat, particulièrement lié aux personnes concernées. Cela revient à une codécision pour laquelle la Convention adoption de 1993 présente un modèle, auquel on ajoutera l'exemple du placement transfrontière et de la kafala selon l'article 33 de la Convention sur la protection des enfants de 1996.

Au plan général, la solution consiste à ce qu'un Etat « exportateur » de rapports de famille, qui rencontre l'hostilité d'Etats étrangers, accepte de ne pas les autoriser sur son territoire s'ils concernent des personnes ayant des liens étroits avec de tels Etats, du fait de leur domicile ou de leur nationalité, par exemple. L'Etat d'origine, sans renier une institution ancrée dans son droit, acceptera ainsi d'y associer une autolimitation de son champ d'application par rapport à certains cas d'extranéité qu'il conviendra de définir. De nos jours, on pourrait regretter, par exemple, que l'on aie décidé en 1993 d'exclure l'adoption d'enfants par des couples de même sexe du champ de la Convention. On aurait également pu prévoir, en rassurant autant les pays qui y sont hostiles, que l'Etat d'origine n'autorise une telle adoption qu'à la condition qu'elle soit acceptée par tous les pays concernés par le cas particulier. Une convention traitant du partenariat serait peut-être mieux perçue si elle prévoyait qu'un Etat accepte de ne pas procéder à l'enregistrement d'une telle union si celle-ci heurte les sensibilités d'Etats étrangers avec lesquels le couple est étroitement lié.

Il serait sans doute plus aisé d'aborder le sujet délicat des maternités de substitution par la négociation si celle-ci incluait une telle démarche de retenue de la part des Etats acceptant un tel procédé. Ces Etats ne vont pas adhérer à un traité les obligeant à cesser d'autoriser de telles pratiques, malgré les recommandations savantes qui leur seront prodiguées pour les y encourager, comme les Etats censés être les « receveurs » ne vont pas surmonter aisément leur hostilité et joindre un instrument les obligeant à devenir plus accueillants. En revanche,

les Etats « producteurs » pourraient se montrer sensibles au fait que le « conflit de lois » ainsi provoqué dans certains pays étrangers hostiles est extrêmement sérieux, notamment sous l'angle de l'intérêt de l'enfant. Au lieu d'un système fondé sur des décisions prises au cas par cas, comme pour l'adoption, on aurait ainsi une réglementation plus générale consacrant des hypothèses déterminées dans lesquelles l'Etat d'origine du processus y renoncera afin d'éviter à l'enfant l'hostilité, juridique et sociale, qu'il rencontrera dans d'autres Etats ayant déclaré qu'ils refuseront de l'accueillir.⁷

La migration venant de certains pays profondément ancrés dans des cultures religieuses confrontent les pays laïcs, ou autrement détachés de traditions anciennes, au phénomène des mariages forcés et des mariages d'enfants. Certes, du point de vue de ce second groupe de pays, on peut soit refuser la reconnaissance de tels mariages, soit les soumettre à une procédure d'annulation engagée d'office sitôt le couple entré sur le territoire de l'Etat requis.⁸ Il n'en demeure pas moins qu'une telle intervention ne permet pas d'effacer le mariage comme il le faudrait, car il continuera d'exister dans le pays étranger de sa célébration et il laissera des traces même dans l'Etat qui y est « hostile », ne serait-ce que par le fait, par exemple, que l'annulation du mariage produit ses effets uniquement *ex nunc* ou que l'existence d'un mariage antérieur puisse encore être reconnue dans les registres de l'état civil. Le conflit de lois et de civilisations ne peut être résolu par le seul Etat d'accueil et d'immigration. L'Etat d'origine, pour sa part, estimera que c'est trop lui demander d'effacer des traditions ancrées profondément dans la population. En revanche, un tel Etat pourrait être prêt à renoncer à l'exercice de pratiques dont il sait qu'elles vont heurter de front les sensibilités de pays étrangers vers lesquels le couple projette de se rendre pour s'y établir. Il ne s'agit pas, pour l'instant, de dessiner des solutions. On reconnaîtra cependant qu'une telle approche peut mettre les Etats plus à l'aise pour entamer un dialogue, suivi d'une négociation.

4. LE MORCELLEMENT

La migration ne sera pas pour autant débarrassée de ses conflits de lois. Car des rapports de famille créés dans un Etat malgré l'hostilité d'autres Etats vont rester un sujet d'actualité aussi longtemps que les personnes et les familles traversent les

⁷ A la lecture du Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international à l'attention du Conseil (document préliminaire n° 10, mars 2012), la Convention adoption de 1993 apparaît comme modèle prédominant (cf. n° 46, 50, 58–63). Il est prématuré de diriger le débat vers ce seul type d'instrument.

⁸ Cf. la Résolution 1468 (2005) du Conseil de l'Europe sur les mariages forcés et les mariages d'enfants (n° 14.2.4 à 6).

frontières. Pour atténuer les conflits qui en résultent et les inconvénients frappant les familles, il conviendrait de se détacher des concepts de type institutionnel et de s'attacher à les morceler afin de trouver des solutions pour chacun de leurs effets, pris isolément. En effet, suivant une tradition juridique remontant au XIX^e siècle, on attribue une valeur intrinsèque à des concepts tels que le « mariage » et la « filiation », l'idée étant que ces relations portent en elles-mêmes la force de générer un ensemble d'effets juridiques particuliers directement rattachés au concept de base. Or, si cela peut s'expliquer dans le contexte d'une structure de droit fermée et se suffisant à elle-même, il ne doit pas en être ainsi nécessairement. On pourrait également, au lieu de reconnaître ou de refuser de reconnaître un rapport de famille en tant que tel, régler uniquement le sort de certains de ses effets, sans prendre position sur l'accueil ou le refus de l'institution qui leur sert de support. La Conférence en a l'expérience en matière d'obligations alimentaires, lorsqu'elle a tiré, en 1956 déjà puis à nouveau en 1973 (art. 2), une ligne de séparation entre le droit aux aliments, d'une part, et le rapport de filiation, d'autre part, l'obligation alimentaire étant régie par la Convention de manière autonome, tandis que la filiation suit un régime de droit national. On citera également l'exemple de l'adoption, dont la Convention de 1993 admet, certes, qu'elle entraîne la reconnaissance d'un nouveau lien de filiation, mais en n'adressant qu'un seul de ses effets, la responsabilité parentale des parents adoptifs (art. 26 al. 1 lit. a et b). On peut donc morceler le statut familial et n'en assurer la reconnaissance à l'étranger que pour les parties moins offensives, laissant les autres livrées au clivage entre législations si tant est que le noyau est sauvegardé.

Il apparaît en effet que des institutions familiales qui rencontrent une hostilité certaine dans certains pays parviennent néanmoins à y pénétrer avec certains de leurs effets. Le thème est classique s'agissant de la polygamie, dont certains effets, tels le droit aux aliments ou les droits successoraux peuvent passer le filet de l'ordre public, tandis que le concept de la pluralité de femmes mariées est rejeté, fermement même. Une approche similaire pourrait inspirer une réflexion sur le sort des unions se situant hors du mariage traditionnel. Il n'y a pas lieu, en effet, de viser directement la reconnaissance de telles unions en tant qu'institution juridique. Un progrès serait déjà acquis si l'on acceptait le respect de leurs effets sur une échelle internationale, en évitant des controverses qui deviennent politiques et délicates dès que l'on entend promouvoir l'institution en tant que partie de l'état civil.⁹ Le débat sur les maternités de substitution pourrait également profiter d'un tel apport de réalisme. En effet, on ne parviendra pas à unir les Etats sur un

⁹ La réflexion pourrait être animée par l'arrêt de la Cour de cassation française du 8 juillet 2010 (*Rev. crit.* 2010 p. 747), acceptant l'exequatur d'une décision américaine qui partage l'autorité parentale entre la mère biologique et l'adoptante de l'enfant, sans dire que la création d'une double parenté de même sexe soit ainsi validée. On tiendra compte, également, de la kafala qui ne crée pas de lien de filiation, tout en permettant à la famille d'accueil de prendre toute

modèle d'effets internationaux en termes de filiation, qu'il s'agisse de celle de la mère porteuse ou de celle des parents receveurs.¹⁰ En revanche, si l'accent est mis sur l'intérêt d'un enfant qui ne doit pas subir de sanction du fait de son mode de naissance, on pourrait peut-être parvenir à ce que les parents d'accueil puissent exercer la responsabilité parentale et l'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant et que celui-ci puisse porter leur nom, sans que le rapport de filiation fasse l'objet d'une reconnaissance de plein droit, avec effet d'état civil reporté sur le registre.

Ce qui compte en définitive, c'est de soutenir la migration des personnes grâce à des solutions marquées par leur humanité plutôt que par leur rigueur conceptuelle. La Conférence y parviendra et Hans van Loon lui aura ainsi légué ce qui caractérise au mieux sa riche personnalité.

décision dans l'intérêt de l'enfant (cf. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, n° 43631/09, § 51).

¹⁰ C'est pourtant l'axe de raisonnement du document préliminaire n° 10 de mars 2012, cité (cf. n° 33–37, 39, 48, 53–55). Il conviendrait également de ne pas associer de trop près le sort de l'enfant à la sanction d'une convention de maternité de substitution dans un Etat d'accueil qui interdit celle-ci et la frappe de nullité. Si les parents ont passé outre cette prohibition, ce n'est pas à l'enfant d'en subir les conséquences.