



**Marcos Vinicius Torres Pereira**

## **Les couples de personnes du même sexe en droit international privé**

---

TORRES PEREIRA Marcos Vinicius. *Les couples de personnes du même sexe en droit international privé*, sous la direction d'Hugues Fulchiron, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2020.

**Disponible** sur : <http://www.theses.fr/2020LYSE3013>

---



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »  
Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2020LYSE3013

**THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON**  
opérée au sein de  
**L'Université Jean Moulin Lyon 3**

**École Doctorale N° 492**

**Discipline de doctorat** : Droit  
**Mention** : Droit de la famille

Soutenue publiquement le 06/02/2020, par:

**Marcos Vinícius TORRES PEREIRA**

---

**Les couples de personnes du même sexe  
en droit international privé**

---

Devant le jury composé de :

KESSLER, Guillaume	Maître de conférences, HDR, Université de Savoie Mont Blanc, Rapporteur
ROMANO, Gian Paolo	Professeur des universités, Université de Genève, Rapporteur
BIDAUD-GARON, Christine	Maître de conférences, HDR, Université Jean Moulin Lyon 3
MONACO, Gustavo	Professeur des universités, Université de São Paulo
FULCHIRON, Hugues	Agrégé des Facultés de Droit, Conseiller à la Cour de Cassation Université Jean Moulin Lyon 3, Directeur de thèse





*À ma mère, Neide, et à mon père, Caio (in memoriam),  
pour tout le soutien toujours.*

## Remerciements

Je remercie, d'abord, à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Hugues FULCHIRON, pour ses sages conseils pendant cette précieuse période d'élaboration de la thèse. J'exprime ma gratitude envers lui pour avoir cru à mon projet d'une thèse si ambitieuse, sur un thème très polémique comme les couples de personnes du même sexe et leurs rapports homoparentaux. Je lui admire pour sa sérénité rassurante, son ouverture d'esprit et son travail au Centre de droit de la famille, qu'il dirige avec joie et où j'ai été chaleureusement accueilli pour ma thèse. J'ai eu l'opportunité de riches et inoubliables débats avec lui sur divers aspects juridiques de la vie en famille de nos jours.

Je suis très remerciant aussi à l'égard de l'Université Jean Moulin Lyon 3, qui m'a permis de mener à but ce projet académique. Sans l'aide de plusieurs secteurs administratifs de l'université, je n'aurais pas pu maîtriser mon projet de doctorat avec les nécessaires allers et retours entre Rio de Janeiro et Lyon. Ma sincère gratitude en spécial à Mesdames Lise BARAT-STRANIERI, Florence BESOIN-BRUNEL, Maria-Paula EDO, Frédérique FONTAINE, Françoise GOROKHOVSKI et Chantal ORTILLETZ, et à Monsieur BUCUR, Dorel ; pour leur disponibilité et gentillesse à plusieurs reprises.

Sans vouloir être ennuyant, mais soucieux de ne pas commettre la faute de l'ingratitude par omission ; je n'oublie pas d'institutions et de personnes qui m'ont soutenu dans ce complexe parcours. J'ai eu le privilège de recevoir de l'aide financière et logistique de plusieurs institutions. Dans l'esprit cosmopolite de ce travail, j'ai profité toute opportunité pour bouger à l'encontre des sources qui pourraient m'aider à développer ma recherche. En automne 2015, j'ai reçu une bourse pour un séjour de recherche au CESL (China-Europe School of Law Centre of Research) dans la Chinese University of Politics and Law à Pékin. Cet exotique séjour m'a permis de comprendre la mise en œuvre des systèmes légaux de l'Extrême Orient, où la vague de reconnaissance des couples homosexuels est déjà arrivée. De février à juin 2017, j'ai profité d'une bourse de mobilité du Programme PALSE (Région Rhône-Alpes), pour un séjour de recherche à l'Université de Genève. J'ai été gentiment accueilli par Monsieur le Professeur Gian-Paolo ROMANO, qui m'a invité à suivre son cours sur le droit international de la famille et m'a beaucoup stimulé pour ma recherche doctorale. Au printemps 2019, lors de l'achèvement de ma recherche, j'ai été accueilli par le CeBIL (Centre for Biommedical Innovation in Law) à l'Université de Copenhague, sous l'invitation de Madame la Professeure Janne ROTHMAR HERMANN. A Copenhague, j'ai eu l'opportunité de visiter et d'avoir d'entretiens avec le personnel médical, à la Storkklinik, une clinique spécialisée en

médecine reproductive. Madame le docteur Katrine HAAHR m'a guidé sur les labos et d'autres ambiances de la clinique, en me permettant de découvrir des aspects médicaux et bureaucratiques de la reproduction assistée, dont les démarches j'ignorais en tant que juriste. Last but not least, je ne pourrais pas oublier mon institution d'origine, la Faculté nationale de droit de l'Université Fédérale de Rio de Janeiro (UFRJ), où j'enseigne le droit civil et le Droit International privé, depuis quelques ans. Pendant tout le parcours de la thèse, j'ai concilié mes activités professionnelles à l'UFRJ avec le doctorat en France, en bénéficiant des congés sabbatiques à certains moments et en faisant de grands efforts pour gérer les calendriers académiques brésilien et français, qui, heureusement, s'alternaient dans la plupart du temps. Ma reconnaissance à tous pour leur grand soutien.

Possiblement comme une conséquence de ma double formation en Droit et Lettres au Brésil, j'ai cherché le « foyer intellectuel » des bibliothèques francophones pour nourrir ma soif des renseignements et m'isoler du monde de façon à me dédier à la thèse. J'ai passé des longues et productives heures non seulement aux bibliothèques de l'UJML3, mais aussi à la Bibliothèque Cujas, à Paris ; à l'Institut suisse de droit comparé, à Lausanne, lors de mon séjour en Suisse ; et à la Bibliomaison (Bibliothèque de l'Institut Français du Brésil), à Rio de Janeiro. Merci pour leur accueil.

Je félicite toute l'équipe de l'ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), dont la siège j'ai eu la chance de visiter à Genève, pour leur travail, depuis plus de 40 ans. Leur engagement pour la promotion et la diffusion de l'état de l'art des droits de personnes LGBTI au monde est une source de motivation. Leur contribution est irremplaçable pour tous ceux qui se dédient à travailler pour l'avancement des droits de personnes LGBTI et pour ceux qui recherchent académiquement sur le sujet. Leur publications, largement diffusées, sont toujours mises à jour et touchent des renseignements introuvables, même celles à propos des systèmes légaux où l'amour qui n'ose pas dire son nom reste secret, interdit et parfois criminalisé.

Il y a deux collègues que j'admire beaucoup professionnellement et avec qui j'ai eu la félicité d'échanger des idées sur le thème de temps en temps. Madame Ana Elizabeth VILLALTA-VIZCARRA, professeure à l'Université de El Salvador, renommée juriste dans la région de l'Amérique Latine et qui a fait partie pendant plusieurs années de la Commission Juridique Interaméricaine, au sein de laquelle elle a contribué comme rapporteur d'importants documents sur les droits de personnes LGBTI dans la région. Monsieur Robert WINTEMUTE, professeur au King's College à Londres, militant engagé depuis des années dans la lutte pour la promotion des

droits des personnes LGBTI et qui est l'auteur de l'une des plus importantes et vastes productions académiques sur cette thématique. A eux, ma dévouée admiration pour leur travail.

Du côté méthodologique, je remercie à Madame Rachel RUFINO, pour l'aide avec la relecture du texte et des suggestions pour le perfectionnement du texte, écrit en français par un étranger lusophone.

*In fine*, je voudrais faire deux remerciements personnels.

A ma mère, pour m'avoir toujours encouragé à la vie intellectuelle, qui m'a emmené à cette thèse et pour son amour inconditionnel, une vocation maternelle.

A la France, ce pays complexe, mais passionnant, pour m'avoir accueilli comme chercheur étranger.



## Liste des abréviations

AMP	Aide médicale à la procréation
CADH	Convention Américaine des Droits de l'Homme
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CHDIP	Conférence de La Haye de Droit International privé
CIDH	Cour interaméricaine des Droits de l'Homme
CoEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
DDHH	droits de l'Homme
DIP	Droit International privé
GPA	gestation pour autrui
IDI	Institut de Droit International
LGBTI	Lesbiennes, gays, bisexuels, transsexuels et intersex
Mercosur	Marché Commun du Sud
OEA	Organisation des États Américains
ONU	Organisation des Nations Unies
UE	Union Européenne

# Sommaire

<b>Introduction.....</b>	<b>15</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE : Les rapports entre les conjoints et partenaires du même sexe en Droit International privé.....</b>	<b>41</b>
<b>TITRE PREMIER : La construction des catégories pour et l'établissement de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe en Droit International privé.....</b>	<b>44</b>
Chapitre premier : Les catégories disponibles aux couples de personnes du même sexe pour l'organisation de leur vie en couple et leur qualification en Droit International privé.....	45
Chapitre deuxième : La formation du lien légal et sa reconnaissance à l'étranger.....	111
Conclusion du Chapitre deuxième.....	168
<b>CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....</b>	<b>168</b>
<b>TITRE DEUXIÈME : Les effets de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe et leur dissolution en Droit International privé.....</b>	<b>170</b>
Chapitre premier : les effets de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe .....	171
Conclusion du Chapitre premier.....	232
Chapitre deuxième : La dissolution des couples de personnes du même sexe au Droit International privé.....	233
Conclusion du Chapitre deuxième.....	356
<b>CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME.....</b>	<b>356</b>
<b>Conclusion de la Première partie.....</b>	<b>358</b>
<b>SECONDE PARTIE : Les rapports entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants en Droit International privé.....</b>	<b>359</b>
<b>Titre Premier : L'établissement et le régime juridique des rapports de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants en Droit International privé.....</b>	<b>362</b>
Chapitre premier : La filiation adoptive.....	366
Conclusion du Chapitre premier.....	402
Chapitre deuxième : La filiation à travers l'aide médicale à la procréation et les couples de personnes du même sexe en Droit International privé.....	403
Conclusion du Chapitre deuxième.....	443
<b>CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....</b>	<b>444</b>
<b>TITRE DEUXIÈME : Les effets des rapports de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants en Droit International privé.....</b>	<b>445</b>
Chapitre premier : Les effets patrimoniaux.....	446

Conclusion du Chapitre premier.....	484
Chapitre deuxième : Les effets personnels.....	485
Conclusion du Chapitre deuxième.....	539
<b>CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME.....</b>	<b>540</b>
<b>Conclusion de la Seconde partie.....</b>	<b>541</b>
<b>Table des tableaux.....</b>	<b>555</b>

# Introduction

1. Les études juridiques sur les couples de personnes du même sexe sont assez récentes. Même s'ils étaient moins nombreux ou invisibles par rapport aux couples de personnes de sexe différent, les couples de personnes du même sexe ont certainement toujours existé. Ils étaient censés vivre dans la clandestinité ou à renoncer à la vie en couple, en raison des préjugés et des prohibitions existantes pendant presque toute l'histoire de l'Humanité et dans la plupart des civilisations qui se sont établies et répandues au monde. Dès l'Antiquité, les sociétés se sont organisées autour des familles basées sur l'union d'un homme et d'une femme, envisageant la procréation. Pour des raisons sociologiques – dont l'analyse ne convient pas à cette étude –, ces unions se sont forgées sur la dualité patriarcale : l'homme comme père, agent reproducteur, mari, chef de la famille et responsable pour la subsistance matérielle de la famille ; la femme comme mère, matrice reproductrice, épouse soumise à l'autorité maritale et restreinte au foyer, où elle devait s'occuper des tâches domestiques et de l'éducation des enfants. Il n'y avait pas d'espace pour des couples qui refusaient de jouer les rôles de genre établis : il n'y avait pas de place pour les hommes qui choisissaient de vivre comme le compagnon d'un autre homme ou dans « le rôle d'épouse d'un homme », ni pour les femmes qui préféraient vivre comme l'épouse d'une autre femme ou selon « le rôle de mari d'une femme » ; ni pour deux hommes ou deux femmes qui essayaient de vivre en couple sans s'encadrer dans les traditionnels rôles de genre opposés, où l'un correspondait au yang masculin et l'autre au yin féminin. Même chez les civilisations anciennes qui ont démontré de la tolérance à l'égard des rapports entre les personnes du même sexe, comme la pédérastie chez les Grecs Anciens<sup>1</sup>, ces comportements étaient plus associés à la bisexualité des individus qu'à une vie

---

<sup>1</sup> Nicholas Cartelet souligne les codes sociaux imposés pour la pédérastie grecque : « La relation pédérastique unissait deux hommes d'âge et de statut inégaux. Le plus jeune, pas encore ou tout juste citoyen (ce qui lui donnait entre 12 et 20 ans), était appelé l'éromène, 'celui qui est aimé'. Le plus âgé, homme et citoyen accompli, était l'éraсте, 'celui qui aime'. L'on pouvait devenir éraсте dès qu'on était adulte, soit aux alentours de 20 ans, une fois le rituel de l'éphébie achevé. Existait-il un âge limite au delà duquel il n'était plus convenable de

ensemble, comme un couple. Ces rapports non-hétérosexuels – pas rarement socialement institutionnalisés – n’ont pas forgé d’institutions juridiques qui permettaient de reconnaître les couples de personnes du même sexe autant que couples, ni de rattacher «le mariage pour tous» de nos jours aux récits de rapports entre personnes du même sexe de l’Antiquité<sup>2</sup>.

2. Pour analyser les aspects juridiques de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, il faut comprendre le parcours historique qui a abouti à ce phénomène récent. Il faut examiner les obstacles et les restrictions de droits qui leur sont imposés - même dans certains systèmes qui leur octroient certains droits -, si que les discours utilisés depuis des siècles pour justifier cette exclusion. Il est important de considérer que l’on n’est pas avancé de la persécution à la reconnaissance des couples de personnes du même sexe d’un jour à l’autre : un long chemin avec des détournements et plusieurs barrières a du être parcouru. Le Droit a longtemps soumis les non-hétérosexuels à un statut juridique qui leur empêchait ou leur limitait la jouissance des droits, à travers la discrimination institutionnalisée, où le statut attribué aux homosexuels alternait trois profils : comme des pécheurs, des criminels ou des malades<sup>3</sup>. Ces visions péjoratives convergeaient pour l’exclusion des individus qui étaient au-delà du modèle hétérosexuel, jusqu’à aujourd’hui. Ces trois catégories ne s’excluent pas. Au contraire, elles se cumulent souvent : Le Droit s’est fait longtemps imprégné par la religion et cela se passe encore dans certains États. Pas seulement dans

---

courir les garçons ? Les textes grecs semblent montrer que oui, sans pour autant le fixer strictement : l’homme jugé trop âgé et dont la passion pédérastique ne se tarissait pas était sévèrement moqué par ses concitoyens . Plus strict encore était le basculement du statut d’*éromène* à celui d’*érase* en puissance . Sur ce point, toutes les sources sont claires : le jeune homme cessait d’être un *éromène* dès lors que sa barbe avait poussé. ‘L’apparition de la barbe chez l’*éromène* libère l’*érase* de la tyrannie de l’*Éros*’, écrit Plutarque à ce sujet. Une fois barbu, l’adolescent devenu homme ne pouvait plus continuer à fréquenter son amant (du moins pas amoureusement) : il ne lui restait plus qu’à trouver son propre *éromène*. Le citoyen continuant à jouer le rôle d’*éromène* au-delà de cette limite pileuse s’exposait au mépris de la communauté (chez Aristophane, une telle attitude est jugée purement scandaleuse). » (CARTELET, Nicholas. *Aux origines de la pédérastie : petites et grandes histoires homosexuelles de l’antiquité grecque*, Paris, La Musardine, 2017, p. 15-16).

2 Eric Berkowitz revient sur la référence à la Grèce Antique pour préciser les différences entre les rapports sexuels entre personnes du même sexe dans l’Antiquité et les couples de personnes du même sexe de nos jours :

“Sex was more of a contest for Athenians than an expression of affection . The partner in the active role prevailed to this masculine glory, while the penetrated one played the woman and was thereby defeated . Somewhere in this harsh exchange was what Plato saw as the highest form of love.

Much of the Greek world was dazzlingly permissive in its attitudes towards homoeroticism and sex between men. From a modern perspective, Greece was an Eden of homosexuality, where male-male affection was prized. (...)

By contrast, the same-gender conduct decriminalized in the twentieth century by Western courts – that of two adults engaging in ‘sexual practices common to a homosexual lifestyle’ – would have been revolting to most ancient Greeks. ‘Homosexual lifestyles’ as such did not exist, nor did the concept.

Again, the key distinction for the Greeks (as well as for other ancient societies) was in the taking and giving. To be the active partner was to embody *male* qualities - powerful, principled, in charge. The partner in the passive role was simply *female*, even if he had a penis . Thus there were no explicit prohibition against same-sex relations, but, depending on one’s age, class, and position in bed, homosexual sex could be risky indeed . To make the wrong male into a female was a potentially life-threatening gamble, made even more treacherous by the city’s confusing web of laws and customs.” (BERKOWITZ, Eric, *Sex and punishment : four thousand years of judging desire*, London, The Westbourne Press, 2013, p. 78-79).

3 Voir FONE, Byrne, *Homophobia : a History*. New York, Metropolitan Books, 2000, p. 39.

des États dit théocratiques, mais aussi dans des États en thèse laïcs où certains partis politiques et mouvements sociaux qui détiennent parfois le pouvoir utilisent des arguments religieux pour motiver certaines politiques publiques et mesures législatives homophobes. Les accusés du crime de sodomie – encore punissable dans plusieurs États – sont considérés comme des pervers aux comportements déviants ; c'est à dire, des malades – au sens médical –, ou des pécheurs – sous une vision religieuse. Certaines religions considèrent ceux qui ont des rapports homosexuels comme des malades spirituels, qui ont, par conséquent, des maladies physiques, en quête de traitement médical. Les dites thérapies ou traitements de guérison ou « conversion d'homosexuel en hétérosexuel » sont encore pratiqués dans certains pays, et même recommandés et administrés par certaines congrégations religieuses.

3. La discrimination à l'égard des personnes non-hétérosexuels a des racines profondes et anciennes. En Occident, le Christianisme a transmis la notion d'interdiction de l'homosexualité à partir d'une interprétation – parfois contestée<sup>4 5</sup> – de deux textes du livre biblique du Lévitique. Le premier passage classe la sodomie comme déviante : « Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme ; ce serait une abomination »<sup>6</sup>. Ensuite, le texte sacré utilise l'exemple de Sodome et Gomorre pour indiquer le châtement auquel ces pécheurs seraient soumis : « Quand un homme couche avec un homme comme on couche avec une femme, ce qu'ils ont fait tous les deux est une abomination : ils seront mis à mort, leur sang retombe sur eux »<sup>7</sup>. Cette interdiction religieuse a été transposée au Droit, à travers la criminalisation des rapports sexuels entre personnes du même sexe. Théoriquement, le crime de sodomie était à l'origine un crime qui pourrait être commis par deux hommes ou par homme et une femme, mais dont les accusés étaient

---

4 Certaines études théologiques soutiennent que l'innommable péché de Sodome fut le manque au devoir d'hospitalité aux étrangers, pas les rapports homosexuels. Ils se basent sur les erreurs de traduction de l'Hébreu ancienne, au Moyen Age, qui auraient causé cette croyance. « The Hebrew Bible almost univocally understands the sin the Sodomites committed in terms of ethics and hospitality, not sexual morality. But even before turning to those texts, if we were to read the story of Sodom with fresh eyes, it is obvious that homosexual rape is the means, not the ends, of Sodom's wickedness. Genesis 19 clearly contrasts Lot, who goes above and beyond the requirements of hospitality, with the Sodomites, who do the reverse. Lot insists that strangers dine and rest with him ; the Sodomites seek to humiliate them. This emphasis on hospitality is entirely of a piece with what we know of the Ancient Near East, where hospitality was a core value. » (MICHAELSON, Jay. *God vs. Gay ? the religious case for equality*. Boston, Beacon Press, 2011. p. 68).

5 Voir « In Leviticus 18:22, the prohibition against homosexuality immediately follows a prohibition (18:21) against « let(ting) any of thy seed pass through the fire to Molech » - that is, surrendering children for use (possibly sexual) or sacrifice in rituals devoted to Canaanite gods. Through textual proximity is not a definitive argument that since verse 21 prohibits participation in heathen rituals, verse 22 does not prohibit homosexuality generally but ritual homosexual prostitution in particular. There is evidence of such prostitution in the religious practices of various peoples of the ancient Near East, and a number of Old Testament texts describe attempts by various Judaeans and Israelite Kings to evict homosexual male prostitutes from the temple in Jerusalem. The proscription in Leviticus, then, may be aimed at the particular rituals of a heathen religion. Significantly, the word used to describe the forbidden act in Leviticus – *toevah*, abomination » – is used throughout the Old Testament to describe idolatrous practices. Like the Sodom story, the Leviticus text may well condemn something other than what later readers have imagined. » FONE, Byrne, *Homophobia : a History*. New York, Metropolitan Books, 2000, p. 83-84.

6 Lévitique XVIII, 22 de l'ancien testament.

7 Lévitique XX, 13 de l'ancien testament .

majoritairement les hommes ayant des rapports sexuels avec d'autres hommes<sup>8</sup>, parce que la criminalisation des rapports hétérosexuels ne contribuerait pas à renforcer le modèle dominant patriarcal. De même, la criminalisation des rapports entre femmes n'attirait pas l'attention des certaines juridictions ou se faisait de manière moins sévère - possiblement comme un symptôme de sexisme et comme une mesure d'infériorisation des femmes, sous les effets du même système patriarcal<sup>9</sup>. La criminalisation des rapports entre personnes du même sexe sous l'influence de la religion n'est pas un phénomène récent ni a été inaugurée sous la ferveur religieuse du Bas Moyen Âge<sup>10</sup>. Les lois les plus anciennes de ce genre en Occident datent de la phase de la christianisation de l'Empire Romain<sup>11</sup>, surtout sous l'autorité de Constantin<sup>12</sup>.

---

8 Forne observe que « the period between the fall of Rome and the beginning of the Renaissance. During this period, « sodomy » was defined in the canon law of the Roman Catholic church as any nonprocreative act between persons of either sex, though it came to be understood primarily as a forbidden sexual act between males. In the thirteenth century Pope Gregory IX called sodomites « abominable persons – despised by the world (and) dreaded by the council of heaven. » It remained only for the avenging flames of Sodom actually to be kindled beneath a sodomite, which was done in 1292 when the first recorded victim of state-sponsored homophobia was burned at the stake. » FONE, Byrne, *Homophobia : a History*. New York, Metropolitan Books, 2000, p. 8.

9 Cela contribue aussi pour l'absence de criminalisation des rapports sexuels entre femmes dans plusieurs législations. D'après le « Rapport Criminalisation des LGBTI par l'État », publié par ILGA, parmi environ 70 États qui criminalisent les rapports entre personnes du même sexe, plusieurs pays ne le font que pour les rapports entre hommes.

10 Jean Verdon souligne le renforcement à la répression de l'homosexualité dans le Bas Moyen Âge : «Un changement se manifeste surtout à partir du XIIIe Siècle. Le concile Latran III profère déjà en 1179 une condamnation qui semble viser les homosexuels. 'Toute personne qui sera reconnue coupable d'avoir commis cet acte d'incontinence contre nature, s'il s'agit d'un clerc, sera réduite à l'état laïc ou enfermée dans un monastère pour y faire pénitence; s'il s'agit d'un laïc, elle sera excommuniée et mise à l'écart de la communauté des fidèles.' Et les homosexuels subissent le contrecoup de sentiments déclenchés par les croisades. Nombre de textes occidentaux attribuent, en effet, aux musulmans une sexualité effrénée. Selon Jacques de Vitry, Mahomet 'ennemi de la nature, a introduit le vice de sodomie parmi son peuple. Ils forcent à avoir des rapports sexuels avec eux non seulement les deux sexes, mais aussi les animaux'.

La plupart des législations occidentales du XIIIe siècle montrent le changement d'attitude qui s'opère alors. Ainsi, en France, l'école de droit d'Orléans publie un code qui ordonne la castration à la première faute – sans doute l'ablation des testicules -, l'ablation d'un membre à la deuxième – certainement celle du pénis -, la peine du bûcher pour la troisième. La même disposition concerne les femmes – la punition relative aux deux premières fautes se comprend alors moins aisément. La confiscation des biens au profit du souverain est prononcée, ce qui constitue une invitation aux rois toujours impécunieux à extirper l'homosexualité de leurs États.» (VERDON, Jean. *Le plaisir au moyen âge*. coll. Tempus. Paris, Perrin, 2010. p. 70-71).

11 Les plus anciennes lois de criminalisation des rapports entre personnes du même sexe de l'Occident Chrétien datent de la fin de l'Empire Romain et sont associées à la Christianisation de l'Empire. Les héritiers de l'Empereur Constantin – qui avait lui-même fait exécuter des sacerdotes pagans en Phénicie et des curés en Égypte pour les charges de sodomie -, les frères empereurs Constans et Constantius II ont issu un décret en 342 a. d., qui condamnait à la mort sous les coups vengeurs d'épée les hommes qui s'offraient à d'autres hommes comme la Vénus. Les cibles étaient les prostitués des bordels romains. En 390 a. d. un nouveau décret de l'Empereur Theodosius déterminait que les «feux vengeurs de Rome devraient consommer ceux qui condamnaient leurs corps virils aux pratiques consacrées au sexe différent». En 533 a. d., l'Empereur Justinian a issu une loi qui condamnait à la mort tous ceux qui pratiquaient «le sexe contre la nature sans repentissement». Cette loi innovait parce qu'elle ciblait non seulement les homosexuels passifs mais aussi les actifs. Justinian justifiait sa lutte contre les homosexuels sur l'interprétation biblique que Sodome avait été détruite par le feu en raison de la sodomie de ses habitants. Il chassait féroceement les homosexuels, qui socombaient surtout la mort à travers la castration. L'on raconte qu'il a fut emmené des curés sodomites à Constantinople, les a castrés et ensuite traînés en sanglant par les chevaux à travers les rues de Constantinople jusqu'à la mort. Voir BERKOWITZ, Eric, *Sex and punishment : four thousand years of judging desire*, Berkeley, Counterpoint, 2012, p. 200-202.

12 Voir « In 313 C. E. the emperor Constantine declared the empire Christian. In 342 C. E. an edict was promulgated by emperors Constantinus II and Constans I that mandated « exquisite punishment » for men who offered themselves « in a womanly fashion » to other men. The scope of the edict is unclear. It may have been intended to outlaw the kind of

4. La préservation du droit romain – au début du Haut Moyen Âge, grâce à la tolérance des barbares, avec leur pratique de la personnalité des lois –, contribua à long terme pour la persécution aux homosexuels par deux facteurs. D'une part, le surgissement du droit canonique emmena au successive fleurissement des droits nationaux modernes, qui conservèrent le droit romain. D'autre part, la propagation du droit canonique qui était à la fois imprégné de la doctrine chrétienne et du droit romain, qui donnèrent des subsides pour l'institutionnalisation de la persécution légale aux homosexuels, notamment dans le bas Moyen Âge. Les lois criminalisant la sodomie vont se propager surtout à partir du XI<sup>e</sup> siècle<sup>13</sup>. Le Concile de Latran donna un souffle décisif pour la persécution de ceux qui défiaient le modèle de mariage hétérosexuel, comme les homosexuels. Ce tournant poussa l'adoption des lois de criminalisation du sexe contre-nature – qui comprenait bien évidemment la sodomie, mais aussi l'inceste, le viol, la fornication, l'adultère et la bestialité – qui

legal union between same-sex couples that Juvenal had satirized, or it may have been directed at prostitute *cinaedi*. By this time, both Roman jurists and Christian theologians had begun earnest speculations about the legality and the place of homosexual sex in daily and spiritual life – speculations that would eventually culminate in the legal prohibition of homosexual acts in an edict of 390 C. E. and the subsequent declaration by the Church that such acts were sinful because they were unnatural. » FONE, Byrne, *Homophobia : a History*. New York, Metropolitan Books, 2000, p. 62.

« In 527 the emperor Justinian began his long reign at Constantinople. Continuing the policy of his predecessors, he set out to eradicate the last vestige of pagan intellectual freedom. In 529 he ordered the closing of the Athenian academy ; founded by Plato in 347 B. C. E., and began the work of codifying – and revising – Roman law. One of the laws he revised was the ancient Lex Julia, which punished adulterers with death ; in 533 Justinian decreed that the death penalty be extended to homosexual acts. The prohibition against homosexual behavior is spelled out in the Institutes, the part of Justinian's code that summarizes the essential provisions of the law : « The Lex Julia ... punishes with death not only those who violate the marriages of others, but those who dare to commit acts of vile lust with (other) men. » In 538 and 544 two additional *novellae*, or new laws, elaborated on this decree.

The first, Novella 77, was directed against both blasphemy and homosexual acts, which Justinian blamed for natural disasters.

(...)

Nevertheless other catastrophes, natural and military, followed : in 540 the Eastern Empire was invaded by the Persians ; for nearly a decade, starting in 541, bubonic plague spread across the empire ; and in 543 terrible earthquakes destroyed major cities. In 544, either to strengthen with even sterner warnings the existing proscription of homosexual acts, or to allay the fears of subjects panicked by catastrophe, Justinian issued Novella 141. This new law did not mention blasphemy but decreed that commission of homosexual acts alone was sufficient for extreme punishment.

(...)

Justinian's edicts were the first laws to declare all homosexual acts illegal and to punish them by death. Civil authority had only rarely focused attention upon homosexual acts in the centuries between the Church councils of Elvira and Ancyra in 305 and 314 and Justinian's time, but the *novella* of 544 introduced into civil law both the story of Sodom and Paul's abhorrence, thus translating Judeo-Christian condemnation of same-sex practice into Roman law. Homosexual practice was now defined in law as a threat to the common good, to the state as well as the soul, and those who engaged in it were the cause of social, civil, and natural disorder. That the state, prompted by the word of God and supported by legal precedent, was obliged to identify, punish, and even destroy such creatures for the good of the majority, was the harsh and unarguable basis of the law. » FONE, Byrne, *Homophobia : a History*. New York, Metropolitan Books, 2000. p.115-117.

13 « Quelques coutumes médiévales ont repris le principe de cette incrimination plus que millénaire. Ainsi la coutume de Touraine-Anjou (1246, paragraphe 78) réserve le bûcher à celui qui 'est soupçonné de bougrerie'.

La coutume d'Orléans y ajoute des supplices : 'celui qui est sodomite prouvé doit perdre les couilles, et s'il le fait une seconde fois, il doit perdre le membre et s'il le fait une troisième fois, il doit être brûlé'.

Les juges de l'Ancien Régime vont forger à partir des coutumes médiévales une véritable jurisprudence réprimant ce délit contre nature. Le bûcher représentait et anticipait l'enfer promis aux transgresseurs de l'ordre naturel et divin (on y brûlait même les pièces de procédure afférentes par crainte d'un châtement céleste comme en matière de sorcellerie). » (SAADALDIN, Saad Omar. *L'évolution de la répression des conduites sexuelles déviantes de la Révolution Française à nos jours*. ARCHAN, Christophe (dir.). Université Pqris-Ouest La défense. Paris. 372p . 2013. p. 29).



ont permis de brûler des milliers d'homosexuels à partir du XIIIe Siècle en Europe. Cette philosophie gagnera de la force avec la Contre-Réforme, qui favorisera le travail de persécution des sodomites par l'Inquisition au Portugal et en Espagne au XVIe Siècle, si que dans leurs colonies d'outremer<sup>14</sup>.

5. Parallèlement à la discrimination à l'égard des homosexuels, menée avec plus ou moins de rigueur, au gré des convictions personnelles et besoins politiques des dirigeants locaux, selon les différentes périodes au Moyen Âge ; l'on trouve des récits de célébrations des unions entre deux hommes dès le début du Moyen Âge. Une quantité considérable de documents témoignent la pratique d'unions entre hommes, mais pas d'unions entre femmes<sup>15</sup>. Ces cérémonies faites avec la bénédiction religieuse s'imprégnaient d'une idée de communion spirituelle, plus fluide que le concept de mariage. Même si l'on s'inspire de l'amitié entre deux hommes, l'idée va bien au-delà de la simple amitié, puisqu'elle s'adressait aux paires qui vivaient ensemble. Ces cérémonies qui sellaient la fidélité entre les paires s'inspiraient des « couples de saints martyrs »<sup>16</sup> et se faisaient majoritairement entre les paires dedans des ordres religieuses, mais aussi pour des laïcs. De manière similaire à ce que l'on faisait pour les unions hétérosexuelles, l'on avait recours aux cérémonies

---

14 Voir BLACKMORE, Josiah. HUTCHESON, Gregory S (ed.). *Queer Iberia : sexualities, cultures, and crossings from the Middle Ages to the Renaissance*. Durham, Duke University Press, 1999.

15 John Boswell raconte : « In addition to Barberini 336, there are at least seven other known versions of such a ceremony from before the twelfth century, from the monastery of St. Catherine on Mount Sinai, Paris, Petersburg, and the Greek Basilian monastery of Grottaferrata, south of Rome. During the twelfth century there was a virtual explosion of copies of the ceremony, with at least seventeen surviving (in Old Church Slavonic and Greek) from the monastery of St. Catherine on Mount Sinai, the Vatican, Paris, and Grottaferrata. A slightly smaller number is preserved from the thirteenth century, now housed at Grottaferrata, the Vatican, the monastery of St. Catherine on Mount Sinai, Mount Athos, and on the island of Patmos. Fewer still are known from the fourteenth century ; a dark and troubled period for Europe and the Mediterranean in general, but in the fifteenth century there was a resurgence, producing about nine manuscript exemplars. Eleven copies are known from the sixteenth century, the last gasp of manuscript production before printing became the standard mode of disseminating texts.

Most of these ceremonies were written in Greek, either in Italy (where the largest number survive) or in Greece or the Levant ; three are in Slavic liturgical languages. No reproduction assistées survive in Latin ; although the ceremony was performed in areas like Ireland, where neither Greek nor Slavic would have been familiar. If Latin versions were used, they must have been lost or destroyed (...). Some Sinai manuscripts give unmistakable evidence in marginal translations and commentary that the ceremony was familiar to Arabic-speaking Christians in Arabic , although no complete Arabic versions survive.

In other words, the ceremony occurs in manuscript collections from all over the Christian world – from Italy to the island of Patmos to the monastery of St. Catherine on Mount Siani – and is found in some of the oldest Greek liturgical manuscripts known ». (BOSWELL, John. *Same-sex unions in pre-modern Europe*. New York, Villard Books, 1994, pp. 182-184).

16 Josh Boswell décrit (BOSWELL, John. *Same-sex unions in pre-modern Europe*. New York, Villard Books, 1994, pp. 180-182): “Given what was already been adducted about the veneration of same-sex pairs (especially military saints) in the early church, and a corresponding ambivalence about heterosexual matrimony, it is hardly surprising that there should have been a Christian ceremony solemnizing same-sex unions. Even the Barberini heterosexual marriage ceremony somewhat defensively invokes God as the ‘architect of nature’ – a peculiarly nonscriptural phrase obviously intended to justify a Christian blessing on an ordinary biological aspect of human life : It is followed by the prayerful assertion that God is the ‘lawmaker for marriage’ and has deemed it ‘not prohibited to all’, a considerable demotion from the already lukewarm ‘honorable’ of the New Testament. By contrast, the same-sex union prayers specifically invoked much admired paired male saint couples, including saints Serge and Bacchus ; well known archetypes of Christian same-sex pairing.”

religieuses pour bénir les unions entre deux hommes. Il est important de dire que le sacrement du mariage aux débuts du Christianisme empruntait beaucoup du mariage romain et que la cérémonie d'union entre deux personnes du même sexe partageait beaucoup d'éléments avec le rite du mariage hétérosexuel. Raison pour laquelle, l'on identifie beaucoup d'éléments communs qui rapprochent ces deux genres de cérémonies<sup>17</sup>.

6. Pour les couples de personnes du même sexe, la reconnaissance comme couple est forcément précédée par la pleine reconnaissance légale des époux ou partenaires comme citoyens, c'est à dire, il faut ne pas les discriminer ou ne pas leur dénier des droits en raison de leur condition, leur orientation sexuelle. L'on ne peut pas vivre ouverte et socialement comme couple, quand l'on risque d'être assujéti à des traitements médicaux, des châtiménts ou de l'emprisonnement, en raison de la discrimination légale à l'égard de rapports sexuels entre personnes du même sexe. Le premier événement qui représenta un changement de paradigme de la condition juridique de ceux qui aiment ses égaux c'est la décriminalisation des rapports privés et consensuels entre personnes du même sexe à partir du XVIIIe Siècle, sous la France Révolutionnaire<sup>18</sup>. La répression de l'homosexualité pendant la minorité fut reprise sous le régime de Vichy, dans l'esprit de

---

17 John Boswell commente que «Initially the ceremony of same-sex union was, like the heterosexual ceremony in the Barberini manuscript, merely a set of prayers, but by the time of the flowering of liturgical marriage ceremonies in the twelfth century it had become a full office ; involving the burning of candles, the placing of the two parties' hands on the Gospel ; the joining of their right hands ; the binding of their hands (or covering their heads) with the priest's stole, an introductory litany (like that in Barberini No. 1), crowning, the Lord's Prayer, Communion, a kiss, and sometimes circling around the altar. Some of these features will be unfamiliar to readers not already acquainted with the historical development of matrimonial ritual ; and require some explanation here. A few – such as the liturgical use of candles or a kiss in a ceremony of union – do not. » (BOSWELL, John. *Same-sex unions in pre-modern Europe*. New York, Villard Books, 1994, p. 185). Il ajoute que “But the most striking parallels have to do with visual symbolism, which was certainly more memorable for the congregation : the sight of a couple standing hand-in-hand at the altar, being joined and blessed by the priest, would last longer in imagination and memory than the precise wording of any ceremony, heard every now and then by congregants but not available in premodern societies with much lower rates of literacy and no printed books. The principal structural similarities between the ceremony of same-sex union and heterosexual nuptial offices were binding with a stole or veil, the imposition of crowns ; the holding of a feast after the ceremony for the families and friends, the making of circles around the altar, the use of a cross, occasionally the use of swords, and – virtually always – the joining of right hands.”(BOSWELL, John. *Same-sex unions in pre-modern Europe*. New York, Villard Books, 1994, p. 206). Il éclaire les détails sur le côté liturgique de la cérémonie: “Perhaps the most interesting differences are those involving the biblical passages read in the rituals. For heterosexual marriage these included Gen. 1:26, 1:28, 2:18, 15:15 ; Prov. 19:14, Ps 20 :4-5, 26:1, 68:28-30, 121:8, 127:1, 5, 128:3-4 ; Isa. 61:10-11 ; Matt. 19:1-6 (male and female, become one flesh), 22:2-14(a wedding feast, but his reading was rare) ; John 2:1-11 (the wedding feast at Cana), 3:27-29 (the friend of bridegroom) ; 1 Cor. 6:15-20 (vs. Fornication), 7:25-31, 31-35 (commending celibacy!). For same-sex ceremony the most common readings were John 15:17, 17:1 and 18-26 (both about love and harmony) and 1 Cor. 13:4-8 (the famous passage about love : still a favorite for union ceremonies of all sorts). The single most common biblical passage for same-sex unions was certainly Psalm 133, which begins, « Behold, how good and how pleasant is for brethren to dwell together in unity ». Although it was probably composed with other meanings in mind, it is easy to see why it suited the context of a celebration of same-sex union.” (BOSWELL, John. *Same-sex unions in pre-modern Europe*. New York, Villard Books, 1994, p. 216).

18 Une plaque commémorative à la rue Montorgueil, à Paris (lieu du crime et de l'arrestation), registre que Jean Diot et Bruno Lenoir furent les derniers homosexuels brûlés en Place de Grèves le 6 juillet 1750, pour le crime de sodomie, sous l'Ancien Régime. Voir A. COTTEREAU, *Le droit général de la France et le droit particulier à la Touraine et au Loudunois, Tours, Vauquer Lambert (éd.), 1778, p. 215.*

persécution aux homosexuels du nazisme, jusqu'à sa disparition au gouvernement Mitterrand<sup>19</sup>. Plus qu'une mesure d'inclusion sociale ou de protection légale à l'égard des homosexuels, le Code Pénal du 1791<sup>20</sup> visait décriminaliser toutes crimes rattachés à la religion et à la morale dominante sous l'Ancien Régime. Suite aux siècles de criminalisation des rapports entre personnes du même sexe en Occident, l'on pouvait choisir d'aimer une personne du même sexe sans risque d'emprisonnement. La décriminalisation des rapports entre personnes du même sexe s'épanouit dans plusieurs États à partir du XIXe Siècle. Et cependant certains États punissent encore les rapports sexuels consensuels entre adultes du même sexe<sup>21</sup>. La criminalisation des rapports entre

---

19 Amélie Le Bras-Chopard décrit les étapes de cette initiative pour la répression de l'homosexualité en France : « Sa répression pénale spécifique est rétablie en France, sous le régime de Vichy, en 1942: est alors créé un article 334 du Code pénal qui incrimine les « actes impudiques » et « contre nature » sur un mineur de 21 ans et du même sexe. Cette disposition est conservée à la Libération dans l'ordonnance du 27 juillet 1945 qui la replace dans les attentats aux mœurs (C. pén., anc. Art. 331, al. 2). Elle est même renforcée en 1960 par l'ajout de circonstances aggravantes : les actes sexuels sont réprimés sur mineurs jusqu'à 15 ans quand ils sont hétérosexuels, jusqu'à 18 ans quand ils sont homosexuels, créant ainsi deux minorités pour la protection pénale afin de lutter contre ce 'fléau social' qu'est l'homosexualité. Il faudra attendre 1982 pour que celle-ci, après des débats houleux au Parlement, cesse d'être un délit et que soit supprimé l'alinéa 2 de cet article 331 du Code pénal. » LE BRAS-CHOPARD. Amélie. *Le mariage pour tous*. Paris, Dalloz, 20017, p. 3.

20 SAADALDIN commente le procès d'élaboration du Code Pénal du 1791 (SAADALDIN, Saad Omar. *L'évolution de la répression des conduites sexuelles déviantes de la Révolution Française à nos jours*. ARCHAN, Christophe (dir.). Université Paris-Ouest La défense. Paris. 372p . 2013. p. 31-32) :

« La nature et le nombre des comportements considérés comme des déviances sexuelles appelant une réaction sociale sont transformés. L'homosexualité ou bougrerie, le concubinage, la fornication (la pratique sexuelle hors mariage), le stupre, l'adultère et le terme emblématique d' 'acte contre nature' sont ignorés par le code criminel de 1791 ; et, en application du tout nouveau et tout puissant principe de légalité, ces actes ne sont plus répréhensibles. Le député Michel Lepeletier Saint Fargeau, dans son rapport de projet de code pénal de 1791 avait prévenu : 'Vous allez enfin voir disparaître cette foule de crimes imaginaires qui grossissaient les anciens recueils de nos lois . Vous n'y retrouverez plus ces crimes d'hérésie, de lèse-majesté divine, de sortilège et de magie dont la poursuite vraiment sacrilège a si longtemps offensé la divinité ; et pour lesquels au nom du ciel tant de sang a souillé la terre'.

Dans ces anciennes infractions, il n'y a pas d'acte imposé ; aucun vice de consentement n'étant à déplorer . Pour cette raison, il a été décidé de ne pas les retenir. En application de la nouvelle logique pénale de la lutte contre les seuls actes nuisibles, la législation criminelle révolutionnaire les a ignorés.

Il convient également de préciser que cette refondation de l'ordre public des mœurs est le résultat d'une certaine expression démocratique ; en effet, l'Assemblée Constituante a répondu aux besoins exprimés par une demande des états généraux dans les cahiers de doléances Les ordres laïcs (le tiers-état et la noblesse) ont effectivement demandé l'éviction des délits à fondement religieux. »

21 Le Rapport , annuellement mis-à-jour par l'ILGA (International Lesbian and Gay Association) donne une idée précise de la criminalisation des rapports entre personnes du même sexe au monde, avec l'inventarium de législations qui les criminalisent. En Afrique : l'Algérie, l'Angola, le Botswana, le Burundi, le Cameroun, les Comores, l'Égypte, l'Érythrée, l'Éthiopie, la Gambie, le Ghana, la Guinée, le Kenya, le Liberia, la Libye, le Malawi, le Maroc, le Maurice, la Mauritanie, la Namibie, le Nigeria, l'Ouganda, le Sénégal, la Sierra Leone, la Somalie, le Soudan du sud, le Soudan, la Swaziland, la Tanzanie, le Togo, la Tunisie, la Zambie, le Zimbabwe. En Amérique Latine et aux Caraïbes : l'Antigua-et-Barbuda, le Barbade, la Dominique, la Grenade, la Guyana, la Jamaïque, la Sainte-Lucia, le Saint-Kitts-et-Nevis, le Saint-Vincent-et-les-Grenadines, la Trinité-et-Tobago. En Asie : l'Afghanistan, l'Arabie saoudite, le Bangladesh, le Bhoutan, le Brunei Darussalan, les Émirats arabes unis, le Gaza (TPO), l'Inde, l'Indonésie (deux provinces), l'Irak, l'Iran, le Koweït, le Liban, la Malaisie, les Maldives, le Myanmar, l'Oman, l'Ouzbékistan, le Pakistan, le Qatar, le Singapour, le Sri Lanka, la Syrie, le Turkménistan, le Yémen. En Océanie : les Îles Cook (état associé à la Nouvelle Zélande), les Îles Salomon, le Kiribati, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, le Samoa, le Tonga, le Tuvalu. La peine capitale est codifiée sous la charia et appliquée dans tout le pays en Arabie saoudite, en Iran au Yémen et au Soudan ; et appliquée régionalement en Somalie (dans les régions du sud) et au Nigeria (12 États). Malgré la codification dans la loi, la peine de mort n'est pas appliquée au Afghanistan, au Pakistan, au Qatar, aux Émirats arabes unis et en Mauritanie. Les dernières années, la peine capitale a été appliquée à la façon d'exécution sommaire par des acteurs non étatiques, aux territoires occupés par DAESH au nord de l'Irak et au nord de la Syrie. Disponible sur [https://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_State\\_Sponsored\\_Homophobia\\_2017\\_French.pdf](https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_French.pdf) (pp.37-42).

personnes du même sexe est un phénomène qui empêche évidemment la reconnaissance des couples de personnes du même dans ces systèmes juridique, si que toute possibilité de reconnaissance dans ces États d'effets de partenariats ou mariages entre personnes du même sexe célébrés à l'étranger.

7. Un facteur décisif pour ouvrir le chemin à la reconnaissance des couples de personnes du même sexe est la laïcisation de l'État. Il est rare de trouver des religions qui transmettent une vision positive de l'homosexualité. Loin de proposer une discussion sur l'interprétation des livres sacrés dont les enseignements guident la plupart de la population du monde ou de faire la critique sur les dogmes de chaque religion, par respect à la liberté de croyance, mais il est évident que les religions monothéistes les plus prestigieuses et répandues au monde ont contribué à créer une image négative des homosexuels, à travers la notion du péché chrétien, du haram musulman ou de la culpabilité juive. Comme ces trois religions Abrahamiques consacrent la famille basée sur le mariage hétérosexuel – monogamique ou polygamique –, destiné à la procréation ; elles excluent par conséquent les homosexuels. De nos jours, il y a des groupes religieux inclusifs, qui visent l'accueil des personnes LGBTI<sup>22</sup> et les incitent à former des familles, à travers des cérémonies de mariage religieux – qui ne produisent pas d'effets légaux, sauf pour des rares juridictions – ou de bénédictions de leurs unions. Pourtant, la plupart des congrégations religieuses ne prêchent pas dans ses dogmes l'inclusion des homosexuels, ni l'acceptation des couples de personnes du même sexe, dans la vie religieuse communautaire, à travers les rites, tels comme les sacrements chrétiens du mariage et du baptême, respectivement, pour un couple d'hommes et pour la fille d'un couple de lesbiennes, avec la présence des deux mères comme les parents de l'enfant dans l'autel, par exemple.

8. Il est important de dire que les expériences de criminalisation et pathologisation des homosexuels, sous l'influence des religions Abrahamiques du bassin méditerranéen, n'est pas une exclusivité de la civilisation judéo-chrétienne occidentale ou de la foi islamique. La discrimination à l'égard des homosexuels est un phénomène mondial. Certains sociologues et historiens discutent si elle s'est répandue en Afrique, en Asie et en Océanie grâce à l'occidentalisation de ces régions, surtout à travers le colonialisme. Deux forts arguments contribuent pour cette hypothèse : le fait que plusieurs de ces régions avaient une tolérance connue pour les rapports entre personnes du même sexe, avant l'influence occidentale, et la constatation que plusieurs pays anglophones de ces régions

---

<sup>22</sup> Usuellement, l'ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) consacre la terminologie personnes LGBTI, comme référence aux personnes lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres et intersexuels. Malgré l'existence d'autres nomenclatures comme référence aux personnes qui ne s'encadrent pas au modèle « standard » traditionnel, cisgenre et hétérosexuel, l'on utilise la nomenclature personnes LGBTI, parce qu'elle est consacrée par l'ILGA, comme l'ONG la plus important pour la promotion des droits de la diversité sexuelle, et parce que l'ONU et ses organisations satellites utilisent aussi cette nomenclature, ce qui démontre une utilisation à l'internationale de ce terme.

n'ont adopté la criminalisation des rapports sexuels consensuels entre majeurs du même sexe qu'après l'héritage des lois Victoriennes. Si ces régions semblaient avoir eu de la tolérance à l'égard de l'homosexualité auparavant, de nos jours ces régions comptent des États avec les lois les plus sévères à l'égard des personnes LGBTI<sup>23</sup>.

9. Si la pathologisation de l'homosexualité<sup>24</sup> semblait une forme de tourner des homosexuels de coupables en victimes, sous les auspices de la Médecine Légale<sup>25</sup> ; cette stratégie a contribué pour l'anéantissement de leur citoyenneté, en les soumettant à des traitements médicaux, souvent

---

23 Amélie Le Bras-Chopard fait un compte-rendu de la criminalisation de l'homosexualité dans le monde : « L'homosexualité est passible de la peine de mort au Nigeria, en Mauritanie, au Soudan, en Somalie, au Yemen, en Afghanistan, au Qatar, en Arabie saoudite et en Iran. Dans des nombreux États elle est punie d'emprisonnement, parfois à vie, et d'amendes, même si ceux-ci ne sont pas rigoureusement appliqués partout: Sénégal, Togo, Zimbabwe, Égypte, Érythrée, Éthiopie, Liberia, Malawi, Ouganda, Tanzanie, Tunisie, Inde, Thaïlande, Indonésie, Cameroun, Ghana, Kenya, Zambie, Maroc... Enfin, dans quelques États, c'est seulement l'homosexualité masculine qui est réprimée, par exemple au Ghana, en Namibie, en Sierra Léone, au Swaziland, au Zimbabwe, en Jamaïque, au Koweït, en Malaisie, en Ouzbékistan, au Turkménistan, en Palestine, à Singapour... » (A. LE BRAS-CHOPARD. *op. cit.* p. 114 s.)

24 "Homosexuality" describes sexual desire or relationships between people of the same sex. 'Homosexuals' are individuals who engage in homosexuality or experience homosexual desire. Today, many consider both terms to imply a 'sexual orientation', an unchangeable psycho-sexual organization that may be congenital and inherited, rather than a 'sexual preference', which terms suggests that homosexual behavior may be a matter of choice. Homosexuals are divided by sex and by terminology into 'gay men' and 'lesbians', and distinguished from 'bisexual', 'transgendered', and 'transsexual' persons.

The word 'homosexuality' was coined in 1868 by the German-Hungarian journalist Karl Maria Kertbeny in a letter written to the sexologist Karl Heinrich Ulrichs. He used it again in 1869, in an anonymous preproduction assistée ehlet opposing the Prussian antisodomy law. Kertbeny argued that the state had no right to penalize or even to control private consensual homosexual behavior, and that 'homosexuals' ought not to be objects of derision and stigma. Kertbeny's terminology contrasted *Homosexualität* - sexual desire between persons of the same sex - with what he called *Normalsexualität*. By 'normal' sexuality he meant the sexual practice of the majority of people. The term posited differing, indeed opposing, categories of sexuality but unfortunately reinforced a growing psychiatric tendency to define homosexuality as abnormal. 'Homosexuality' was given medical sanction, also in 1869, in an article by the German sexual theorist Dr. Karl Westphals, in which he defined homosexual desire as 'contrary sexual feeling'. (This was translated into English as 'inverted sexual feeling', implying that homosexuality was a reversal or the opposite of what would eventually be named 'heterosexuality').

(...)

'Homosexuality' came into popular use in the 1920s, 'heterosexuality' followed in the 1930s. Since then, 'homosexual' and 'heterosexual' have been fixed in medical terminology and public opinion as identifying two separate and definitely different kinds of sexuality, and two different and separate kinds of sexual actor." (B. FONE. *op. cit.* p.4 s.).

25 SAADALDIN, Saad Omar. *L'évolution de la répression des conduites sexuelles déviantes de la Révolution Française à nos jours*. ARCHAN, Christophe (dir.). Université Paris-Ouest La défense. Paris. 372p. 2013. pp. 19-20 :

« L'approche de la notion de déviance renvoie nécessairement à la norme qui constitue la référence à suivre, le modèle de la conduite idéale à prendre en considération. Cette norme évolue au gré des représentations sociales du Bien et du Mal. La notion de déviance est donc fluctuante comme la norme dont elle dépend ; il y a deux siècles, la norme était hétérosexuelle, conjugale, reproductrice, adulte et monogame. La sexualité « polymorphe » devrait être perçue comme une déviance blâmable.

La notion de déviance est étroitement liée à la mutation de la société et de son regard sur l'activité sexuelle. La sexualité devait être uniquement liée à la procréation, son aspect plaisir, sa dimension jouissive était regardée de manière négative. Le péché et le vice sont indissociables de l'activité sexuelle ; sous l'Ancien Régime, le droit d'inspiration religieuse régissait les relations intimes .

A cela est venue s'ajouter une lecture médicale des comportement sexuels fortement teintée de moralité. La science sexuelle encore naissante au XIXe siècle n'a pas eu une approche favorable des conduites intimes ; elle n'a perçu et décrit que les aspects négatifs et inquiétants de la sexualité. L'aspect épanouissement n'est pas étudié.

Cette vision est très largement tributaire des mentalités du XIXe siècle. La lecture scientifique des déviances est venue accentuer le caractère honteux de la sexualité. Ce n'est plus à l'Église de relever le mal de cette activité mais aux hommes de science de caractériser les 'aberrations' de la génialité. »

suivis par la réduction ou la perte de leur capacité juridique. Ces pratiques, autrefois si usuelles, se sont tellement perpétuées dans le monde que jusqu'à aujourd'hui elles renforcent une vision péjorative de l'homosexualité. Cette association entre homosexualité et maladie, ou même perversion sexuelle, motive la discrimination à l'égard des homosexuels, les traitements pour « la guérison de l'homosexualité » et le refus des plusieurs États à faire avancer leur droit interne pour reconnaître les couples de personnes du même sexe. D'un point de vue pragmatique, ce sont ces mêmes arguments qui sont derrière la masque de l'ordre public, comme instrument à barrer la circulation internationale de l'institution des liens familiaux des couples de personnes du même sexe - soit le mariage, soit le partenariat enregistré, soit le partenariat informel ou le concubinage.

**10.** Une succession de faits s'est découlé considérablement vite pour permettre aux couples de personnes du même sexe de réclamer des droits. Après la IIe Guerre Mondiale, la propagation des droits de l'Homme et la croissance de grands centre urbains – où les homosexuels pouvaient vivre plus à l'aise sous l'anonymat de l'agglomération démographique et établir des réseaux communautaires – ont permis le surgissement des mouvements sociaux de lutte pour les droits de la diversité sexuelle. À partir des années soixante, le changement des mœurs et du profil traditionnel de la vie familiale favorisa la contestation des modèles familiaux traditionnels. La lutte pour les « civil rights » aux États-Unis rassura la demande de protection à tous groupes vulnérables, à partir de l'affaire Loving v. Virginia en 1967<sup>26</sup>. La décriminalisation des rapports sexuels entre personnes du même sexe en plusieurs États à partir des années soixante et la dépathologisation de l'homosexualité au sein des entités médicales à partir des années soixante-dix contribuèrent à libérer les homosexuels des stigmas d'anormalité. L'American Psychiatric Association<sup>27</sup> et l'Organisation Mondiale pour la Santé<sup>28</sup> abandonnèrent la classification de l'homosexualité comme une maladie, respectivement, en 1973 et 1990. Aux années quatre-vingts, l'émergence de l'épidémie du VIH/SIDA mit l'accent sur la vulnérabilité légale des couples de personnes du même sexe par rapport aux couples de personnes de sexe différent. Comme l'épidémie a ravagé une grande partie de la communauté LGBTI, notamment des hommes ; l'absence de reconnaissance de droits pour les couples de personnes du même sexe fut questionnée, face à la nécessité de garantir les bénéfices de sécurité sociale aux personnes atteintes par la maladie et les droits successoraux aux compagnons survivants, souvent malades eux-mêmes aussi. Tous ces faits et avancements

26 Affaire Loving v. Virginia, 388 US 1, Supreme Court, 1967.

27 L'American Psychiatric Association avait indiqué l'homosexualité dans sa liste de maladies (DSM-I) en 1952. Après des recherches sur le thème, en 1973 l'association vota pour son exclusion de la liste de maladies (DSM-II). En 1975, l'American Psychological Association suivit le même chemin. Voir [https://en.wikipedia.org/wiki/Homosexuality\\_and\\_psychology](https://en.wikipedia.org/wiki/Homosexuality_and_psychology). Accès le.

28 L'Organisation Mondiale de la Santé a voté l'exclusion de l'homosexualité de la liste de maladies officiellement reconnues par l'organisation le 17 mai 1990. Raison pour laquelle le 17 mai est commémoré par l'ONU comme la Journée Internationale de Combat à la LGBTI+phobie.

ouvrèrent un chemin « pas clandestin » pour la reconnaissance d'un statut légal auparavant inexistant pour les couples homosexuels : la reconnaissance légale des couples de personnes du même sexe.

**11.** La conséquence de la négation des couples de personnes du même sexe pendant des siècles, sur le plan juridique, est l'absence d'une institution spécifique pour ces types d'union. Il leur manque une institution qui soit solidement érigée à travers les siècles comme le mariage traditionnel. Face à ce vide juridique, l'on s'est forcément tourné vers le modèle existant et dominant, qui s'est solidifié avec l'exigence de la diversité de sexes des conjoints, pour faire bâtir un modèle légal qui reconnaisse les couples formés par deux hommes ou par deux femmes. Cette construction des catégories pour les couples de personnes du même sexe à partir du mariage se justifie, parce qu'il n'y a jamais eu un modèle authentiquement érigé pour la reconnaissance des couples homosexuels pour des raisons évidentes. D'abord, l'on a essayé de créer une alternative pour les couples de personnes du même sexe qui rassemblait au mariage, mais qui annonçait clairement qu'ils – les partenaires – ne seraient pas au même niveau des conjoints, à travers les partenariats enregistrés. Dans la hiérarchie des rapports familiaux, les partenaires étaient dans un rang inférieur que les conjoints. Le message au niveau social était clair : le partenariat ne menaçait pas le mariage ni osait affronter la famille traditionnelle. Un message efficace pour tranquilliser l'opinion public et pour assurer son adoption par les législateurs et/ou sa reconnaissance par les tribunaux. L'option initial pour les partenariats enregistrés représentait à la fois une victoire – parce que l'on reconnaissait des droits auparavant inexistants pour les couples de personnes du même sexe – et une défaite - une fois que ce statut signalait un cadre inférieur au mariage<sup>29</sup>.

**12.** Ouverts exclusivement aux couples de personnes du même sexe dans certains pays dans un premier moment, les partenariats enregistrés s'adressaient sur mesure aux couples de personnes de sexe différent qui refusaient le mariage traditionnel, mais qui cherchaient un certain niveau de protection légale pour leur vie en couple. Dans un premier moment, cette approximation entre couples de personnes de sexe différent et couples de personnes du même sexe a contribué à soutenir la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, sous le drapeau de la neutralité du partenariat. Dans un deuxième moment, cette solidarité forgée par l'ouverture des partenariats à tous les couples dans certains pays a ouvert le chemin à la lutte pour un statut égalitaire plus élevé pour les couples de personnes du même sexe, à travers le mariage lui-même.

---

29 Voir MARCUS, Eric, *Making Gay History : the half-century fight for lesbian and gay equal rights*, New York, Harper, 2002, p. 287.

13. Même si certains militants du mouvement pour les droits de l'Homme de la diversité sexuelle ne joignent pas « la manif pour tous », ils ne sont non plus favorables au « mariage pour tous ». Ils voient le mariage comme une institution sexiste et hétéro-normative, établie par une société patriarcale qui a toujours écarté ceux qui choisissaient un modèle de comportement et de vie sexuelle différente du modèle dominant hétérosexuel<sup>30</sup>. Cela correspond à une réaction de négation à l'institution qui leur a exclus pendant des siècles. Dans ce sens, Nicola Barker pointe le caractère ambiguë du mariage de personnes du même sexe : il est d'un côté une institution transgressive, parce qu'il questionne l'institution du mariage comme il est connu depuis des siècles ; mais d'autre côté, il est assimilationniste, dans la mesure où l'on cherche à l'encadrer aux contours de ce même modèle traditionnel<sup>31</sup>. Il y a d'autres militants qui sont favorables à la lutte pour l'ouverture du mariage pour tous, comme une conquête des droits civils, mais qui affirment qu'ils ne se soumettraient pas au mariage ou qu'ils y adhéraient avec adaptations, comme le refus des supposés devoir de fidélité et de cohabitation. Des concessions qui sont quelques fois accordées par des couples de personnes de sexe différent aussi en toute intimité au foyer, mais qui sont souvent utilisées comme un « slogan » pour associer l'image des homosexuels – surtout des hommes homosexuels – à la promiscuité et pour essayer de justifier leur exclusion à l'accès au mariage. Des arguments peu convaincants, une fois que l'on a déjà compris que la manière de se porter dans la vie en couple n'a aucun rapport avec l'orientation sexuelle et ne dépend que des conjoints eux-mêmes.

14. Même avec des arguments de certains mouvements pour les droits de la diversité sexuelle contre le mariage, le mariage reste un rêve et une conquête importante pour une grande partie de la communauté LGBTI. Cela représente l'égalité par rapport aux couples hétérosexuels, soit parce que le mariage s'est consacré comme le modèle familial le plus légitime d'un point de vue social et moral, soit parce qu'il garantit une liste de droits que ne sont pas garantis à travers les différents modèles de partenariat. À mesure que les États reconnaissent les partenariats enregistrés ou informels, les couples de personnes du même sexe se sentent plus rassurés pour revendiquer un niveau plus haut de reconnaissance avec le mariage, une fois que les partenaires seraient à demi-chemin de la place la plus haute du podium de la reconnaissance. L'avancement des droits civils et des droits de l'Homme ont certainement contribué aux efforts pour la reconnaissance des couples de personnes du même au nom de la protection de la vie familiale<sup>32</sup>, préférablement à travers le

---

30 Voir BADGETT, Mary V. Lee, *When gay people get married : what happens when societies legalize same-sex marriage*, New York, New York University Press, 2009, p. 68.

31 Voir BARKER, Nicola. *Not the marrying kind : a feminist critique of same-sex marriage*. New York, Palgrave Macmillan, 2013.p. 182 s.

32 Voir LEE, Man Yee Karen, *Equality, dignity, and same-sex marriage : a rights disagreement in democratic societies*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 219.



mariage – le cible le plus précieux parmi les différents modèles de liens familiaux ; ou à travers le partenariat, comme une option, où le mariage n'est encore possible, ou peut-être comme un stage préparatoire jusqu'au mariage. Après environ trois décennies de reconnaissance des couples de personnes du même sexe, une tendance se confirme dans plusieurs pays : l'ouverture du partenariat comme une première étape préparatoire jusqu'à l'ouverture du mariage, comme il s'est passé dans presque tous les juridictions qui ont ouvert le mariage homosexuel.

**15.** Malgré la répulsion de la part de certains militants des droits de la diversité sexuelle envers le mariage, la reconnaissance des couples de personnes du même sexe se fait toujours sur ce modèle déjà utilisé pour les couples de personnes de sexe différent: le mariage. Le mariage reste la référence pour tous les modèles de liens familiaux que l'on puisse utiliser pour les couples de personnes du même sexe : soit à travers un mouvement convergent ou de force centripète, quand l'on choisit d'ouvrir le mariage aux couples de personnes du même sexe ou leur offrir un modèle très semblable au mariage, comme les partenariats plus élargis en matière de droits offerts ; soit à travers un mouvement divergent ou de force centrifuge, quand l'on essaye de créer une version réduite comme les partenariats aux droits plus limités, ou même à travers les « partenariats domestiques » du Common Law, avec des droits très limités pour les partenaires. Même aux États où les partenariats n'existent que pour les couples de sexe différent, cette association est claire.

**16.** Comme pour des mariages entre personnes de sexe différent, il peut exister des mariages entre personnes du même qui sont des mariages blancs. Par ces mariages frauduleux, les conjoints se marient, sans le but d'avoir vraiment une « vie maritale », pour jouir certaines prérogatives de conjoint d'un ressortissant ou d'un étranger ayant une condition légale de permanence dans l'État visé par la fraude. Les exemples les plus connus sont de mariages, où un étranger se marie à un national pour garantir son droit de séjour dans l'État de célébration du mariage – ou celui d'origine de l'autre conjoint – ; avec l'objectif d'assurer sa permanence dans le territoire de cet État – possiblement à travers un visa – et d'acquérir la nationalité de cet État (normalement comme une deuxième étape, selon la durée du mariage et le succès de la fraude). Une question – qui seraient moins suscitée pour les mariages entre personnes de sexe différent – se pose ainsi pour les mariages entre personnes du même sexe : Est-ce que deux hommes ou deux femmes peuvent s'unir par mariage pour vivre ensemble sans aucun bout de vivre maritalement ? L'hypothèse n'est pas impossible, ni irréal. Récemment, deux amis de longue date, tous les deux auto-déclarés hétérosexuels se sont mariés en Irlande pour de raisons de soutien financier et médical<sup>33</sup>. Il faut

---

33 Liés par une amitié de plus de 30 ans, Matt Murphy, irlandais, âgé de 85 ans, et Michael Sullivan, irlandais, âgé de 58 ans, se sont mariés en Irlande. Matt a décidé d'héberger Michael, quand il avait perdu son logement lors de son deuxième divorce (après deux mariages hétérosexuels). Comme les deux vivaient ensemble et s'aidaient l'un l'autre, les

analyser si un tel mariage dénature le concept que l'on construit à propos du mariage. Cela nous emmène à réfléchir sur les fins du mariage, et si une communion de vie « asexuel » se prêterait au mariage, une fois que le consentement des époux soit libre et conscient. Les lois nationales qui disciplinent le mariage entre personnes du même sexe ne conditionnent pas le mariage aux rapports sexuels entre les conjoints sur les textes légaux. Ce qui est souvent pareil pour les couples de personnes de sexe différent. Et cependant, l'on sait que les rapports sexuels étaient à la base du mariage pour sa fonction procréative pendant des siècles, quand en droit canonique, par exemple, l'on disait que « même le Pape le sait que le mariage commence au lit ». Ces mariages entre personnes du même sexe sans un but d'affection maritale entre les époux, mais basé sur un amour plutôt fraternel, suscite les doutes sur la validité de ces mariages. Le même pourrait se passer pour un couple hétérosexuel qui se marie pour des buts de soutien réciproque, basé sur un rapport plutôt amical que marital. Pourtant, rarement un couple de personnes de sexe différent éviterait de se porter publiquement comme des époux, une fois le mariage célébré, même dans ces conditions. Le même paraît peu probable pour un couple des conjoints du même sexe « hétérosexuels » qui n'ont pas de vie maritale commune. En outre, pour les systèmes légaux qui adoptent le mariage neutre, aucun conjoint n'est censé déclarer son orientation sexuelle, comme condition pour le mariage. Les conjoints doivent respecter les conditions de forme et de fond pour la validité du mariage, où s'insère la libre manifestation du consentement pour se marier, sans exprimer forcément leur orientation sexuelle, ni des renseignements sur la vie sexuelle du couple.

17. Les rapports juridiques des plusieurs couples de personnes du même sexe sont souvent marqués par un élément d'extranéité, comme ceux de plusieurs couples de personnes de sexe différent. Cette proximité avec un État étranger, et, par conséquent avec son système juridique, peut arriver dans différentes étapes de la vie du couple. Quelques fois les conjoints ou partenaires n'ont pas la même nationalité ou résidence habituelle au moment de la célébration du mariage ou de l'enregistrement du partenariat. Même quand les conjoints ou partenaires ont la même nationalité ou la même résidence habituelle, la famille peut changer de résidence ou de domicile pendant la vie en couple. Ils se déplacent d'un pays à l'autre, où ils acquièrent des biens, concluent des contrats de bail, font des dettes, etc. Ils peuvent aller chercher un enfant pour adoption ou faire un contrat avec une mère porteuse à l'étranger. S'ils ne vivent pas heureux pour toujours, ils se séparent ou divorcent, comme d'autres couples mortels – y inclus les couples de personnes de sexe différent. Même quand tout se passe bien, les limites temporels de la vie humaine déterminent la dissolution

---

deux amis hétérosexuels ont décidé de se marier, comme une forme d'éviter les impôts élèves - 33% sur le montant du bien, pour les héritiers qui ne sont pas de conjoints ou de membres directs de la famille - pour que le plus jeune hérite la maison du vieux ami et continue à vivre dans la maison.

du couple, quand l'un des conjoints ou partenaires meurt et une succession est ouverte. Même après la dissolution du couple, l'existence d'enfants du couple propage les effets du lien familial à travers leurs descendants, qui peuvent eux aussi se disperser dans divers juridictions.

**18.** La méthode conflictuel du Droit International privé, face à l'élément d'extranéité, suscitent deux problèmes principaux : quelles règles (lois) l'on doit appliquer pour régir la *quaestio iuris* et quelle juridiction l'on doit saisir pour trancher la question. Au conflit de lois, il faut identifier le critère de rattachement qui indique l'application, soit d'une loi étrangère, soit de la loi du for, pour résoudre la question. Au conflit de juridictions, certaines circonstances guident les conjoints ou partenaires vers le choix d'une juridiction étrangère ou celle du for, pour l'enregistrement d'un partenariat ou la célébration du mariage, pour réclamer les effets qui en découlent et pour procéder à sa dissolution, par exemple. Le for approprié pour gérer le conflit est mis en cause : soit de manière directe, à travers les chefs de compétence, lors de la saisine des tribunaux du for ; soit de manière indirecte, lors d'une demande de reconnaissance d'une décision étrangère au for à travers l'examen des conditions sur lesquelles un tribunal étranger a basé sa juridiction. Comme ce qui s'est passé pour le divorce des couples de personnes de sexe différent pendant le XXe siècle, beaucoup de couples de personnes du même sexe cherchent s'échapper des systèmes réfractaires à leur reconnaissance, en choisissant une juridiction qui leur soit favorable et qui leur permettent de se marier, d'y vivre ou de se divorcer, si nécessaire. Une situation qui suscite la réflexion sur la fraude à la loi en DIP<sup>34</sup>.

**19.** Certains États ne reconnaissent pas les droits des couples de personnes du même sexe ou les réglementent de façon différente. Même parmi les systèmes légaux qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe, il n'y a pas d'uniformité. Chaque législation le fait à sa guise. Quelques États adoptent un modèle plus limité en consacrant les partenariats enregistrés, quelques autres permettent le mariage. Il y en a quand-même des États qui limitent la reconnaissance aux « partenariats domestiques », avec des droits très étroits, souvent limités aux questions fiscales ou de logement. Parmi les pays qui adoptent le partenariat enregistré, chacun le fait à sa manière. Les effets sont variables, selon le pays où le couple enregistre le partenariat. Certaines juridictions n'exigent pas d'enregistrement pour le partenariat, à travers la figure du partenariat informel, qui s'avoisine au concubinage, dans certains pays ; mais en pied d'égalité avec le partenariat formellement enregistré en tant qu'effets, dans certains systèmes légaux. L'on trouve des différences pour le mariage aussi : si l'on comptabilise la carte des droits offerte au mariage

---

<sup>34</sup> La théorie de la fraude à la loi en DIP fût reconnue dans l'affaire Bauffremont, jugée par la Cour de Cassation, dans l'arrêt du 18/03/1878 (Chambre Civile).

traditionnel hétérosexuel, l'on constatera que pas forcément la même liste est disponible aux conjoints du même sexe dans certains États qui «ont ouvert» le mariage aux couples de «deux personnes» en général. Est-ce qu'il y a un problème de qualification ? Mariage, mariage bis, partenariat, ou figure semblable ? Quels seraient les critères les plus convenables pour le rattachement ? Est-ce que les droits acquis seraient reconnus comme tels au nom du principe de la reconnaissance ou refusés en raison du respect à l'ordre public ? Quels seraient les critères de prévalence ou d'équilibre ? Est-ce que les conjoints ou partenaires peuvent recourir à l'autonomie de la volonté ? Les réponses à ces questions relèvent les répercussions à l'internationale sur la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, un terrain fertile pour le DIP.

**20.** Le panorama des systèmes légaux qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe démontrent que certains effets sont moins acceptés que d'autres, comme par exemple, la filiation, la succession et le statut de conjoint lui-même. Si les affaires juridiques des couples de personnes du même sexe se multiplient en Droit International privé au sein de la communauté des États qui les reconnaissent ; plus complexe est la question dans un État qui ne reconnaît pas ces couples, et encore pire dans un État qui criminalise les rapports sexuels entre personnes du même sexe. Le Droit International privé classique s'anéantit devant l'impossibilité de cette reconnaissance, quand l'ordre public – qui change dans le temps et l'espace – ne se met pas au jour par rapport aux changements des institutions. Elle ne se rééquilibre et banalise ainsi sa force, qui doit rester ferme pour défendre l'ordre, quand le Droit est vraiment menacé, pas quand le Droit doit avancer pour corriger un décalage légal par rapport aux citoyens et à la société. Le Droit International privé est le « droit de la tolérance », une fois que l'on accepte les lois, les jugements et les commissions rogatoires étrangers dans le for. Et cependant cette tolérance, cette perméabilité au droit étranger se réduit face à l'ordre public, qui se montrent parfois trop sévère à l'égard des couples de personnes du même sexe.

**21.** Les problèmes ne se concentrent pas seulement au domaine du conflit de lois. Les mêmes raisons d'ordre public évoquées pour le refus à l'application d'une loi étrangère favorable aux couples de personnes du même sexe pourraient poser des obstacles pour l'accès aux cours envisageant la dissolution du partenariat ou du mariage. Serait-il nécessaire d'élargir les chefs de compétence juridictionnelle ? Une décision étrangère de divorce ou de prestation alimentaire serait-elle reconnue et exécutée dans un État qui ignore les droits des couples de personnes du même sexe ? Est-ce que les enfants des couples de personnes du même sexe seraient condamnés à ne pas être reconnus et vivre dans le limbe juridique, comme des coupables pour les choix – « supposément controversés » – de leurs parents ?

**22.** Il y a d'autres facteurs qui participent à l'enjeu de choix de lois et de juridictions du Droit International privé. En matière de coopération internationale, l'application des mécanismes de coopération internationale pour les couples de personnes du même sexe s'avère évidemment utile. L'on sait que les mécanismes de coopération internationale sont très répandus pour les matières de droit de la famille et des successions au niveau international, mais il faut examiner la possibilité d'utilisation des mécanismes déjà existants pour les couples de personnes du même sexe. Au plan de la coopération internationale multilatérale, l'argument qu'on ne pourrait pas éteindre ces mécanismes de coopération aux couples de personnes du même sexe au niveau international, parce que la plupart des États ne reconnaissent pas ces couples est très fort. Une solution serait une application restreinte parmi les pays « gay friendly », comme une version parallèle d'application de certains traités parmi ce « club d'États ».

**23.** Les Conventions produites au sein de la Conférence de la Haye de Droit International privé comptent probablement le plus important répertoire de conventions multilatérales à vocation universelle qui touchent les thèmes de la vie familiale au monde. Pour l'instant, il n'y a pas de conventions spécifiques pour discipliner les conflits internationaux résultants des rapports de couples de personnes du même sexe, ni des règles expresses pour ces couples dans les textes des importantes conventions de la Haye sur la thématique de la vie familiale. La plupart des conventions de La Haye régissant la vie familiale ont été adoptées dans un moment, où les couples de personnes du même sexe n'étaient pas reconnus ou l'étaient d'une manière trop faible pour être considérés, lors d'une convention internationale. Malgré l'absence de reconnaissance littérale dans les textes de ces conventions, si les conventions de la Haye ne stimulent pas, elles n'interdisent non plus l'application des droits prévus dans ses conventions aux couples de personnes du même sexe. Faute de nouveaux traités spécifiques de la la Haye sur la thématique, la neutralité du texte des conventions pourrait faciliter son application aux affaires concernant les couples de personnes du même sexe, si les États-contractants touchés par ces affaires reconnaissent ces couples dans leur droit interne. Comme les États qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe adoptent en règle un traitement plus égalitaire à l'égard de tous les couples ; la même neutralité des textes de La Haye pourrait s'ajuster confortablement aux besoins des couples homosexuels. Cette pratique tolérante ne serait pas une nouveauté, une fois que elle est déjà fait pour la Convention de La Haye sur les Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980 et pour la Convention de La Haye sur la protection d'enfants et coopération en matière d'adoption internationale du 1993. La première convention a déjà été appliquée pour des cas d'enlèvement international d'enfants, où le ravisseur et la personne responsable pour la garde de

l'enfant étaient un ex couple homosexuel. La deuxième convention est appliquée depuis quelques ans pour des cas d'adoption conjointe de mineurs par des couples de personnes du même sexe.

**24.** Malgré un certain décalage, la Conférence de La Haye essaye de se mettre à jour à propos des problèmes les plus courants en DIP, à travers les projets d'études et de préparation de nouvelles conventions à être adoptées. Parmi les différents projets de l'agenda de l'organisation, l'on identifie des projets actuels importants pour les couples de personnes du même sexe. Il y a un projet sur la maternité de substitution, qui semble avoir besoin de quelques années pour avancer. Il y a un deuxième projet sur les formes de cohabitation non-maritales<sup>35</sup>, qui s'occupe des partenariats enregistrés. Ce projet est dans un niveau initial de débats. Il est important d'observer que la Convention en matière de juridiction et reconnaissance de décisions étrangères, récemment approuvée, exclut d'une manière générale les thèmes de la vie familiale<sup>36</sup>.

**25.** Compte tenu la contribution des convention multilatérales – notamment au sein de CHDIP – pour la modernisation du DIP en matière de droit de la famille ; une mesure efficace pour la protection des couples de personnes du même sexe serait le recours à la méthode d'harmonisation, à travers l'indication de critères de rattachement aux traités internationaux. Pourtant, il n'y a pas actuellement un minimum d'agrément parmi les États pour le thème. Si accepter la reconnaissance des couples de personnes du même sexe dans certains pays ou d'un État à l'autre est difficile ; l'on sait qu'obtenir des efforts des États pour faire signer des traités multilatéraux plus démocratiques au point d'y comprendre les droits des familles basées sur les couples de personnes du même sexe reste pour l'instant un rêve. Au niveau régional, l'on vérifie une situation pareille : l'inexistence des règles spécifiques sur le sujet et le manque d'initiatives concrètes sur le thème. Le DIP conventionnel régional, comme les conventions interaméricaines promues sous les auspices des CIDIP, à travers l'OEA, ignore la thématique, malgré la neutralité des dispositions de divers conventions interaméricaines régissant les questions familiales et successorales internationales. Au niveau de la coopération bilatérale, même si les négociations se résument à un numéro réduit de deux États, la coopération pour faciliter la reconnaissance et la circulation du statut des couples de personnes du même sexe est encore limitée. La résistance d'une des parties présenterait un défi probablement incontournable pour reconnaître ces couples. C'est une question qui a été pose aux autorités françaises, après l'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe, sur le statut et la protection des ressortissants de plusieurs pays avec lesquels la République Française avait signé des conventions bilatérales avant la Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013.

---

35 Disponible sur <<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/cohabitation>> accès le 10/12/2017.

36 Disponible sur <<https://assets.hcch.net/docs/2f0e08f1-c498-4d15-9dd4-b902ec3902fc.pdf>> accès le 10/12/2017.

26. Si l'on pense au niveau d'intégration régionale, le débat sur l'obligation de reconnaissance ou non des couples de personnes du même sexe est très intéressant. L'Union Européenne est le bloc d'intégration le plus complexe et performant au monde et son droit communautaire rassemble les dispositifs les plus efficaces pour les besoins des couples de personnes du même sexe. Comme la vie familiale est touchée par la circulation de personnes, l'UE a élaboré un système des règlements qui discipline la vie familiale les dernières années. Parmi la variété des États du bloc, il y a des États-membres qui sont farouchement opposés à la reconnaissance des couples de personnes du même sexe. Il est important de réfléchir si ce refus menace les libertés garanties aux citoyens de l'Union Européen, y inclus la liberté de circulation des partenaires ou conjoints du même sexe, en cas de circulation de leur statut familial dedans l'espace européen. La plupart des dispositifs des règlements européens en matière de la vie familiale s'adresse sur mesure à tous les couples et sont souvent appliquées aux couples de personnes du même sexe, au moins dans une grande partie des États-membres. Si les règlements sont timides et prudents à point d'éviter d'affronter exprès la question de la protection des couples de personnes du même sexe, il est inévitable de s'interroger si certaines dispositions neutres leur sont applicables et s'il est nécessaire de repenser les formules déjà adoptées pour certains règlements de l'UE. Comme pour les conventions internationales, les règlements européens consacrent la clause échappatoire de l'ordre public, qui est probablement le pire ennemi des couples de personnes du même sexe face à des États réfractaires à leur reconnaissance.

27. Au niveau international, l'Organisation des Nations Unies prend l'initiative de pousser les États à affronter le thème. Le travail de l'ONU a commencé avec la contribution de l'Assemblée Générale à partir des années deux mille, par l'adoption d'une série de résolutions qui incite les États à repenser la discrimination et la protection à l'égard des personnes LGBTI<sup>37</sup>. Ensuite, un impulse décisif a été pris avec la contribution du Conseil de Droits de l'Homme de l'ONU, qui, à part le poids des résolutions, a commandé l'élaboration des rapports et nommé un expert spécial pour la promotion des droits de l'Homme au domaine de la protection de la diversité sexuelle<sup>38</sup>. Au

---

37 L'Assemblée Générale de l'ONU a adopté une série de résolutions sur le combat aux exécutions sommaires ou arbitraires motivées par l'orientation non-hétérosexuelle des victimes, à savoir :Résolution 57/214 (25/02/2003), Résolution 59/167 (20/02/2004), Résolution 61/173 (19/12/2006), Résolution 63/182 (18/12/2008), Résolution 65/208 (21/12/2010), Résolution 67/168 (20/12/2012), qui ajoute l'identité de genre comme cause de mort à être objet d'enquête par les États. Position confirmée par la Résolution 69/182 (18/12/2014).

38 Parallèlement, les résolutions ont été adoptées au Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, crée en 2006 : la Résolution 17/19 (14/07/2011), qui a déterminé le premier rapport sur les droits de l'Homme, lois et pratiques discriminatoires et actes de violence à l'égard de personnes motivés par leur orientation sexuelle ou identité de genre (Rapport A/HCR/19/41). La Résolution 27/32 (02/10/2014), qui a conduit à résultats pareils, avec un nouveau rapport (A/HRC/29/23) et la Résolution 32/2 (30/06/2016), qui a déterminé la nomination d'un expert responsable pour surveiller l'application des instruments internationaux de droits de l'Homme et de toute l'agenda internationale sur le thème. Le thaïlandais Vitit Muntarbhorn occupa la fonction, du 1<sup>er</sup> novembre 2016 à la fin 2017. A partir du 1<sup>er</sup> janvier, le juriste Victor Madrigal-Borloz du Costa Rica l'a suivi dans la fonction, dont un nouveau mandat a été approuvé par le

travail de l'ONU s'ajoutent les principes de Yogyakarta<sup>39</sup>, qui sont une liste de principes à adopter en droit international pour la protection de la diversité sexuelle. La liste de principes élaborée par un groupe de professeurs dans la ville homonyme en Indonésie n'a pas de force exécutoire, mais est souvent citée comme une source de droit dans ce domaine, malgré son absence de force contraignante à l'égard des États.

**28.** Comme le Droit est une science dynamique, les droits de l'Homme interviennent au droit privé pour favoriser la reconnaissance des couples de personnes du même sexe en Droit International privé. Il est important d'observer qu'il n'existe pas actuellement une convention internationale spécifique pour la protection des personnes LGBTI, en tant que groupes vulnérables, comme il y a pour les enfants, les femmes, les personnes handicapées, les travailleurs migrants, les victimes de discrimination raciale ; mais l'auteur envisage que le travail de l'ONU aboutira dans une convention spécifique sur le thème, probablement, après une déclaration non-contraignante qui précédera la convention. La plupart des traités qui composent le système international spécial des droits de l'Homme aujourd'hui ont suivi un parcours pareil.

**29.** Le droit international des droits de l'Homme contribue à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, au niveau universel ; mais une contribution très importante dans ce domaine se fait au niveau des systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme. En effet, ce sont les cours de deux systèmes les plus avancés qui ont tranché la question de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe comme des violations des droits de l'Homme, plus spécifiquement, les violations au droit à la vie privée et à la vie familiale. La CEDH a déjà un répertoire très vaste de jurisprudence sur le thème et s'est même prononcé sur différentes questions de la vie familiale qui peuvent intéresser aux couples de personnes du même sexe, comme les questions de la reconnaissance des couples de même sexe, l'exercice de l'autorité parentale par les parents homosexuels et la reconnaissance de filiation, comme l'on analysera au-dessous dans ce travail.

**30.** La CIDH ne s'est occupée du thème que les dernières années, mais elle semble avoir compensé le décalage avec des positions très fermes sur le thème. A partir de l'affaire Atalla Rifo et filles c/ Chili du 2012, la CIDH a examiné seulement quelques affaires touchant les couples de

---

Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies.

39 Les principes d'Yogyakarta comprennent une liste, une déclaration de principes pour l'application du droit international des droits de l'Homme en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, faite dans la ville homonyme, en Indonésie, en 2007. Malgré son absence de force obligatoire, parce que ce n'est pas un document qui ait signé par les États, le document résulte des efforts des intellectuels et des militants. Et cependant ces principes sont largement diffusés et considérés comme une référence dans les domaines des droits de l'Homme pour la diversité sexuelle et sont aussi utilisés par l'ONU dans ses politiques de promotion de la citoyenneté LGBTI.



personnes de même sexe, mais a issu une opinion consultative très importante sur le thème, qui sera probablement une référence pour tous les États dans la région. La CEDH est plus prudente sur le thème en raison de la marge d'appréciation des États, et évite d'affirmer une obligation d'ouverture au mariage pour les couples de personnes du même sexe. La CIDH, au contraire, a affirmé récemment l'obligation de tous les États de la région de reconnaître les couples de personnes du même sexe, en leur offrant un niveau de reconnaissance légale qui devrait progresser jusqu'au niveau du mariage. La cour a dû se prononcer lors d'une consultation formulée par le Costa Rica à propos d'une possible violation des DDHH, basée sur la restriction du mariage aux couples de personnes du sexe différent. Elle a pris une position en faveur des couples homosexuels, en basant ce droit sur les obligations et principes du Système interaméricain des droits de l'Homme. L'astuce de la CIDH fut baser sa position sur des règles du SIDH qui touchent tous les États de la région, comme la Charte de l'OEA, qui est le document de base de l'organisation, lequel tous les États-membres ont signé. La Cour a prudemment évité d'énoncer une obligation des États à respecter la réponse de la CIDH, sur la base de la soumission à la juridiction de la CIDH ou au respect aux traités des DDHH de la région. Comme pas tous les États-membres de l'OEA n'ont pas ratifiés les nombreux traités de DDHH au niveau régional ni la clause spéciale de soumission à la juridiction de la CIDH ; cette stratégie fut d'une grande sagesse, dans l'espoir de toucher tous les 35 États affiliés à l'organisation, comme une forme de leur inciter à ne pas ignorer la question de la reconnaissance des couples homosexuels.

**31.** L'état de l'art de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe au monde permet d'observer que la reconnaissance de ces couples est un mouvement propagé dans plusieurs États. Ce mouvement a la vocation à pousser les États vers la reconnaissance jusqu'au niveau du mariage, comme l'exemple néerlandais qui a été rapidement copié dans plusieurs États. La barrière à cette propagation sont les « États homophobes », qui resteront probablement réfractaires à la reconnaissance, même si le nombre de ces États et leur force tendent à diminuer face à la pression de la communauté internationale et aux possibles sanctions au niveau diplomatique, des organisations internationales et de cours régionales de droits de l'Homme. Et cependant, face à la propagation de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe dans plusieurs pays, il y a aussi une contre-vague conservatrice, qui barre la reconnaissance de couples de personnes du même sexe dans certaines régions et questionne la reconnaissance déjà aboutie dans certains États. L'on voit ainsi un problème non seulement de conflit de lois dans l'espace mais aussi de conflit de lois dans le temps. Si les réformes de certains systèmes légaux au bout de chasser le mariage ou le partenariat des couples de personnes du même sexe sont faites, l'on s'interroge sur les droits acquis

de couples déjà établis avant les changements. La première affaire de ce type s'est passée en Californie à la fin des années 2000, à travers un referendum. Même si les couples déjà mariés pendant le vigueur de la loi eurent leurs droits respectés, cette marche en arrière pour la reconnaissance des couples homosexuels a créé un obstacle pour des nouvelles unions, pendant des années, jusqu'à l'adoption d'une nouvelle législation. L'hypothèse d'une situation pareille d'abrogation de loi ou de revirement de jurisprudence qui remet en cause la reconnaissance des couples de personnes du même sexe ne serait pas rare, notamment face à l'émergence des forces politiques et sociales conservatrices, qui prêchent même dans son agenda le refus à reconnaître les couples de personnes du même sexe et l'homoparentalité, sous le drapeau de la protection de la famille traditionnelle. Dans ce cas, les couples homosexuels unis pendant la loi protectrice pourrait revendiquer la protection de leur statut familial, internement et à l'étranger, en raison du respect aux droits valablement acquis sous un système juridique<sup>40</sup>.

**32.** Pour contribuer au débat académique sur ce thème si intéressant, mais aussi si polémique et nouveau, cette thèse parle de la reconnaissance et des effets des couples de personnes du même sexe en Droit International privé. Pour dépeindre la vie familiale des couples de personnes du même sexe, l'on propose diviser cette thèse en deux parties, selon les membres touchés par cette vie familiale : l'on part de la base de ces familles, le couple lui-même, dans la première partie, et l'on considère l'idée de leur vie familiale avec leurs enfants, dans la deuxième partie. L'on restreint l'examen de la famille basée sur des couples de personnes du même sexe au niveau horizontal, dans la première partie ; et l'on examine l'agrandissement de la famille avec les enfants, au niveau vertical, dans la deuxième partie. En effet, l'on parle des rapports entre les partenaires ou conjoints dans la première partie et des rapports entre les partenaires ou conjoints et leurs enfants dans la deuxième partie. L'on sous-divise ces deux parties selon les étapes et les conséquences de la vie familiale.

**33.** Pour étudier la vie en couple, dans la première partie, l'on la sous-divise en deux titres qui considèrent l'établissement de la vie en couple et sa reconnaissance, si que ses conséquences, comme la jouissance des effets de la vie commune la dissolution du couple. Le titre premier parle de l'établissement de la vie en couple, en tenant en compte la diversité des modèles disponibles aux couples homosexuels, et la possibilité de reconnaissance du lien établi dans une autre juridiction. Le titre deuxième étudie, une fois la vie en couple formellement établie, les conséquences du lien légal,

---

40 À propos des conflits des lois dans le temps en DIP, il est important d'observer la Résolution de l'IDI sur le problème intertemporel en Droit International privé de 1981, adopté à Dijon, qui se positionne pour le respect des droits acquis dans son article 6 : « En particulier, lorsqu'il s'agit de situations juridiques continues concernant le statut personnel, les droits réels ou les obligations, le statut personnel établi et les droits acquis avant la survenance d'une modification du droit en la matière devraient être protégés dans toute la mesure du possible. »

à travers la jouissance des différents effets patrimoniaux et personnels entre les conjoints ou partenaires. Comme la vie en couple est frappée par les circonstances adverses et le temps, l'on achève cette analyse par la dissolution du mariage ou du partenariat *inter vivos* ou à cause de mort.

**34.** Pour parler des rapports des conjoints ou partenaires et leurs enfants dans la deuxième partie, l'on sous-divise cette partie en deux titres : l'on départ de l'établissement de la filiation, selon les différentes options accessibles aux couples de personnes du même sexe, pour ensuite analyser les différents effets qui découlent du rapport de filiation. Comme deux conjoints ou partenaires du même sexe ne réussissent pas à avoir des enfants seuls, sans une alternative juridique et/ou sans l'aide d'un géniteur du sexe différent, il est nécessaire d'analyser les alternatives ouvertes à ces couples pour leur projet d'homoparentalité. Dans le premier titre, l'on étudie les alternatives pour l'accès à la filiation pour les couples de personnes du même sexe : l'adoption – soit conjointe, soit unilatérale – et aussi les recours médicaux disponibles comme l'aide médicale à la procréation et la gestation pour autrui - soit onéreuse, soit gratuite. Dans le titre deuxième, l'on parle des effets patrimoniaux et personnels qui découlent du rapport légal de filiation entre les conjoints ou partenaires du même sexe et leurs enfants.

**35.** En tant que méthodologie de travail, l'on compare les différentes solutions adoptées en DIP – soient les solutions de droit interne, soient les solutions de droit conventionnel –, pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe et démontre les critères les plus convenables pour favoriser leur reconnaissance au niveau international. L'on travaille avec la richesse du Droit International privé : ses principes, ses rattachements, le dépeçage ; et aussi avec les figures spécifiques comme le renvoi, l'adaptation, les droits acquis au niveau international, la qualification, la question préalable, etc. L'on analyse l'application du principe de l'ordre public, comme un mécanisme de contrôle pour la reconnaissance ou non de ces rapports au niveau juridique, sans oublier que les couples de personnes du même sexe acquièrent progressivement importantes prérogatives dans quelques États et sphères internationales : la protection de la liberté individuelle, le respect à l'égalité entre les couples, le refus des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et/ou sur l'identité de genre.

**36.** Il faut observer que cette thèse étudie les couples de personnes du même sexe formés soient par deux femmes, soient par deux hommes. Il n'existe pas d'État reconnaissant les mariages ou les unions de personnes du même sexe aujourd'hui qu'autorisent la polygamie ou la polyandrie pour ces couples. Raison pour laquelle l'on s'abstient d'en parler des mariages polygames ou polyandres dans ce travail. D'ailleurs, il est important aussi de dire que l'étude des couples de personnes du même sexe dans ce travail ne concerne pas la hypothèse des "pluriamours" ou « polyamours », qui

gagnent de l'espace actuellement dans certains pays, où il y a eu des demandes d'enregistrement de partenariats pluriamoureux résultant en décisions divergentes<sup>41</sup>. Même si l'auteur n'a pas une position hostile à la reconnaissance des « trouples » – réunissant soient trois hommes, soient trois femmes, soient deux hommes et une femme, soient deux femmes et un homme –, par respect à la protection de la vie familiale et à la liberté individuelle pour l'organisation de la vie privée ; pour une question de choix méthodologique et d'objet de recherche, cette thèse ne s'occupe que des couples formés par deux personnes du même sexe ; en confirmant la dualité perpétuée par le modèle de mariage traditionnel, qui sert de base à tous les modèles consacrés pour la reconnaissance jusqu'à présent.

**37.** De même, la notion y compris de couples de personnes du même sexe se rattache à l'idée de deux femmes ou deux hommes qui vivent ensemble *more uxore*, même si l'un ou l'une des partenaires ou conjoints soit une personne transsexuelle, ou s'il s'agit d'un couple formé par deux hommes transsexuels ou deux femmes transsexuelles. Comme l'on part d'une position non discriminatoire au domaine des droits de l'Homme pour la diversité sexuelle, l'on reconnaît évidemment l'identité de genre et soutient l'égalité des droits entre les personnes transgenres et cisgenres.

**38.** Pour cette étude au domaine du Droit International privé, l'étendue des effets de la vie des couples de personnes du même sexe considère la position plus traditionnelle de l'école française de Droit International privé pour l'objet du Droit International privé. L'on analyse non seulement les questions de conflit de lois et de juridictions, mais aussi les questions rattachées à la nationalité et aux droits des étrangers.

**39.** Pour éclairer la méthodologie utilisée dans ce travail, il est important de dire que, malgré l'option claire pour une méthodologie de Droit International privé, l'on s'appuie sur le droit comparé, de manière à illustrer les exemples en matière de conflit de lois et de juridictions. Si l'on priorise la supposée neutralité du méthode conflictuel du DIP, il est certes nécessaire d'utiliser les exemples du droit matériel interne, qui est la matière brute utilisée pour les cas concrets et qui fait bouger la mise en œuvre de l'application du droit étranger, quand la règle de conflit du for la détermine.

**40.** S'il est vrai qu'il faut faire des choix pour un travail comme une thèse, le choix pour une étude si détaillée, avec divers aspects pragmatiques de la vie familiale des couples de personnes du

---

<sup>41</sup> Au Brésil et en Colombie il y a eu des demandes d'enregistrement de partenariat, respectivement, composés par un homme et deux femmes, et, par l'union de trois hommes. Les demandes ont été acceptées par le notaire de l'enregistrement civil, mais au Brésil spécifiquement ces enregistrements furent révoqués par les tribunaux.

même sexe en couple et avec leurs enfants s'est imposée. Une analyse plus précise est essentielle pour rendre compte des défis auxquels doivent faire face ces couples pour jouir leur droit à la vie familiale. Ces couples ont besoin non seulement de lutter pour les droits les plus classiques comme le droit au mariage, au divorce. Ils ont souvent besoin d'affirmer et exiger les droits ou les conséquences qui découlent de leur statut en tant que couple pour des choses simples, pour lesquelles les couples de personnes de sexe différent n'ont pas besoin de faire des efforts. Pour certaines activités du quotidien un couple hétérosexuel réussirait à jouir certaines prérogatives par la simple apparence de couple, même s'ils n'ont pas un lien formel comme un mariage ou un partenariat enregistré. En outre, à part tous les droits matériels qui seront exhaustivement examinés dans ce travail, les couples de personnes du même sexe doivent constamment se battre pour un droit essentiel, abstrait, qui traverse tous les droits qui seront analysés dans cette thèse : le droit à la visibilité. Ce droit correspond à la possibilité de jouir ouvertement tous leurs droits, en tant que couples et parents, sans subir des discriminations ou s'affronter aux obstacles pour le faire, en raison de leur orientation sexuelle. Cette difficulté s'aperçoit au quotidien, quand les couples homosexuels sont contraints, par exemple, cesser toute manifestation modérée d'affection en public, dans un restaurant ou un bar, contrairement à ce que l'on attendrait d'un couple de sexe différent.

## **PREMIÈRE PARTIE:**

### **Les rapports entre les conjoints et partenaires du même sexe en Droit International privé**

41. La première partie de la thèse analyse les couples de personnes du même sexe en Droit International privé, en tant que conjoints ou partenaires, selon le rapport juridique qui leur unit. L'on départ d'un bref historique sur la reconnaissance des couples de personnes du même sexe en droit comparé, de manière à comprendre les contours des catégories disponibles à ces couples. L'on traverse les différentes étapes de la vie en couple, pour analyser les aspects de DIP qui touchent l'établissement de la vie en couple, les effets patrimoniaux et personnels qui en découlent et la dissolution du couple ; soit par dissolution inter vifs, soit par dissolution à cause de mort. Il est important d'observer que dans cette première partie, l'on ne s'occupe que des conséquences de la vie en couple entre les deux conjoints ou les deux partenaires, au niveau horizontal, sans considérer l'existence d'enfants du couple. Ainsi, l'on propose de sous-diviser cette partie en deux titres qui se dédient à étudier **1) la construction des catégories pour et l'établissement de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe en Droit International privé (titre premier) ; et 2) les effets et la dissolution de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe en Droit International privé (titre deuxième).**

## **TITRE PREMIER:**

### **La construction des catégories pour et l'établissement de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe en Droit International privé**

42. Dans le titre premier de la première partie, l'on analyse la mise en place de catégories pour l'organisation de la vie familiale des couples de personnes du même sexe, si que l'établissement du rapport juridique qui permet la reconnaissance du couple. L'on trace la construction des catégories offertes aux couples de personnes du même sexe, selon les modèles qui s'éloignent ou se rapprochent du mariage : le modèle de base pour toutes les catégories pour l'organisation de la vie en couple. L'on compare les contours du mariage et du partenariat – comme forme de reconnaissance parallèle au mariage –, si que les conditions pour la formation de chaque catégorie de lien familial, pour analyser la circulation de ces catégories à l'internationale. Ainsi, l'on propose de sous-diviser ce titre en deux parties qui se dédient à étudier **1) les catégories disponibles aux couples de personnes du même sexe pour l'organisation de leur vie en couple en droit interne et leur qualification en Droit International privé (chapitre premier) ; et 2) la formation du lien unissant le couple et sa reconnaissance à l'étranger (chapitre deuxième).**



## **Chapitre premier:**

### **Les catégories disponibles aux couples de personnes du même sexe pour l'organisation de leur vie en couple et leur qualification en Droit International privé**

43. Compte tenu la rupture provoquée par la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, il est inévitable d'examiner les catégories utilisées pour l'organisation de leur vie en couple, et face à la diversité entre les modèles disponibles, la qualification attribuée à chaque catégorie d'une juridiction à l'autre, en raison de la richesse du droit comparé.

#### **Section 1. La construction des catégories pour les couples des personnes du même sexe**

44. Comme la reconnaissance des couples de personnes du même sexe est un procès récent, il fut nécessaire s'approprier des catégories déjà existantes pour l'organisation de la vie en couple et les adapter aux besoins et aux « restrictions », en principe imposées à ces couples. La compréhension de l'utilisation de ces catégories pour les couples de personnes du même sexe exige l'examen des parcours qui emmenèrent à cette reconnaissance et la critique comparative entre les catégories disponibles à ces couples.

## §1. Le différents parcours pour la construction des catégories

45. Suite aux siècles de discrimination et de persécution juridique, il y a eu une série de circonstances qui ont contribué à bouleverser le statut discriminatoire - souvent illégal - des homosexuels en tant qu'individus dans plusieurs États, pas d'un moment à l'autre, mais comme un long procès. Pour bien comprendre la construction des catégories disponibles aux couples de personnes du même sexe, il faut prendre en compte ces événements qui ont directe ou indirectement favorisé la reconnaissance de ces couples et dicté les contours des catégories accessibles de nos jours pour l'organisation de leur vie familiale.

### A. Les parcours historiques

46. La maxime *ex factor oritur ius* synthétise l'évolution historique qui a culminé avec le changement d'un statut discriminatoire à l'égard des personnes LGBTI, pour leur reconnaître en tant que couples. Plusieurs faits sociaux réfléchissent les changements qui se sont opérés pour permettre la reconnaissance des couples de personnes du même sexe. Comme des tels changements ne s'opèrent dans jour à l'autre, il est essentiel de distinguer deux phases pour cette légitimation : d'abord le renforcement de la citoyenneté des personnes LGBTI, puis la revendication de leurs droits, en pied d'égalité avec d'autres citoyens.

#### 1. Le premier pas : Vers la citoyenneté

47. Après la II Guerre Mondiale, plusieurs événements convergent pour franchir une barrière jusqu'à alors insurmontable : la reconnaissance légale de la vie en couple des

personnes du même sexe. Certaines conséquences de la Guerre des Guerres sont à la base d'un mouvement de reconnaissance des « droits de la diversité sexuelle ». La construction d'un système de protection international des droits de l'Homme - d'abord au niveau universel<sup>42</sup> et puis dans les niveaux régionaux européen et américain - a favorisé la lutte pour la citoyenneté des personnes LGBTI<sup>43</sup>. Le principe de l'égalité - pilier de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 1948 et repris dans les documents suivants sur les droits de l'Homme - est à la base du principe de la non-discrimination. Ces deux principes juridiques servent jusqu'à aujourd'hui comme fondements pour la non-discrimination des individus qui ne partagent pas un comportement sexuel selon le modèle traditionnel, i. e., ayant l'orientation sexuelle hétérosexuelle et l'identité de genre cisgenre, en conformité avec le sexe biologique. La première victoire pour la protection de la diversité sexuelle après la II Guerre Mondiale fût l'épanouissement de la décriminalisation des rapports sexuels entre personnes du même sexe. Plusieurs États qui aujourd'hui reconnaissent les couples de personnes du même sexe n'ont décriminalisé les rapports entre personnes du même sexe qu'à partir des années soixante. Libérer les personnes LGBTI de l'illicéité en matière de vie

---

42 Le Système International de Protection des Droits de l'Homme au niveau universel est souvent divisé en Système Général et Système Spécial. Le Système Général comprend la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 1948 et les deux Pactes du 1966 ; le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques et le Pacte International Relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels. Le Système International Universel Spécial regroupe des conventions sur les thèmes très importants des Droits de L'Homme et qui visent une certaine catégorie d'individus présumés comme vulnérables et qui subissent des violations de droits de l'Homme en raison de sa condition, comme par exemple, les femmes, les enfants, les personnes handicapés, etc. L'on liste les conventions suivants : La Convention internationale sur toutes formes de discrimination raciale du 1965, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 1979, la Convention internationale des droits de l'enfant du 1989, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de membres de leurs familles du 1990, la Convention relative aux droits de personnes handicapées du 2006. L'on évite la référence de minorités à ces groupes d'individus, parce qu'on croit que cela pourrait porter un sens péjoratif. L'on préfère ainsi la référence à « groupes vulnérables ». Ce mouvement d'établissement de normes internationales visant la protection de ces groupes à l'égard des violations de droits de l'Homme en raison de sa condition correspond à une troisième vague de mouvements de droits de l'Homme, comme suggéré par Norberto Bobbio. L'on a choisi certains groupes pour des mécanismes de protection spéciale, parmi lesquels l'on n'identifie pas la protection aux personnes LGBTI. En revanche, l'on imagine qu'il sera possible l'établissement d'une convention internationale sur l'élimination de toutes discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Les conventions existantes aujourd'hui pour la protection des groupes vulnérables ont été précédées par un travail pareil à ce que l'ONU bâtie actuellement pour la promotion des droits de l'Homme de la diversité sexuelle.

43 L'on évite l'utilisation des sigles pour la référence aux mouvements pour la diversité sexuelle, sauf pour les passages où il sera approprié pour le contexte de ce travail. L'on choisit le terme individus ou personnes LGBTI – lesbiennes, gays, bisexuels, transsexuels et intersex -, terminologie adopté par la plus reconnue organisation non-gouvernementale pour la promotion des droits de la diversité sexuelle, l'Association Internationale de Gays et Lesbiennes – ILGA (International Lesbian and Gay Association) -, et par l'Organisation des Nations Unies, selon plusieurs documents d'UNAIDS, d'ONUFemmes, des Résolutions de l'Assemblée Générale de l'ONU et du Conseil des Droits de l'Homme.

sexuelle constitue une démarche essentielle pour reconnaître leur vie en couple<sup>44</sup>, une fois que les rapports sexuels jouent un rôle important dans la vie privé et intime de tout couple.

48. Du côté économique, la croissance des grandes villes a possibilité à plusieurs homosexuels de chercher un environnement où ils pouvaient vivre leur sexualité à l'aise à travers l'anonymat des grandes villes<sup>45</sup>. Ces masses d'anonymes se sont rapprochés aux ghettos pour établir des réseaux qui ont conduit à la création des mouvements sociaux qui se sont engagés pour la lutte des droits civils, qui va inclure dans son agenda la lutte pour les revendications de non discrimination à l'égard des homosexuels, qui ne se contentent plus de vivre à l'ombre. Le mouvement de Stone Wall à New York, le 26 juin 1969<sup>46</sup>, est considéré comme une date historique pour les mouvements sociaux pour la diversité sexuelle. Cette démonstration fût la première grande manifestation publique reconnue par les média et a originé des manifestations publiques sous la forme des marches l'année suivante, qui sont la base des *gay prides*, des marches de fiertés dans plusieurs États, ou des manifestations spécifiques pour les droits de la diversité sexuelle, comme par exemple, les marches pour revendiquer l'ouverture du mariage pour tous en France en 2012-2013.

## 2. Le deuxième pas : Vers la reconnaissance comme famille

49. Sur le plan culturel, la libération des coutumes aux années soixante et soixante-dix va ouvrir le chemin pour la reconnaissance de couples de personnes du même sexe comme familles, dans la mesure où le contrôle sur la natalité à travers la pilule anticonceptionnel et l'avortement libèrent le mariage de son profil carré et justifié par un objectif de procréation.

---

44 Voir WAALDIJK, Kees. 'Civil Developments: Patterns of Reform in the Legal Position of Same-Sex Partners in Europe', (2000) 17 *Canadian Journal of Family Law* 62. Le professeur néerlandais théorise trois phases successives d'avancements en matière de promotion de droits de l'Homme pour la diversité sexuelle : dans un premier moment, l'on vérifie la décriminalisation des rapports sexuels entre personnes du même sexe, ensuite l'on adopte des mesures pour combattre la discrimination et, si possible, la criminalisation de l'homophobie ; comme un stage supérieure, l'on reconnaît les couples de personnes du même sexe comme familles.

45 Voir MARCUS, Eric. *Making Gay History: the Half-Century Fight for Lesbian and Gay Equal Rights*. New York, Harper Collins, 2002.

46 Suite aux agressions physiques et morales par les gendarmes, dans un bar fréquenté par des hommes gays, des manifestants ont fait une féroce résistance à l'occupation du quartier.

L'affaiblissement du mariage comme institution au but procréatif met en question les rôles irremplaçables du mari et de l'épouse comme matrices reproductrices complémentaires et renforce son caractère comme une institution pour une communion de vie. L'expansion du divorce est le deuxième coup contre le mariage traditionnel - présumé indissoluble pendant des siècles dans plusieurs États. Le divorce permet la possibilité de la reconstruction de la vie familiale par un nouveau mariage ou à travers d'autres formes parallèles de conjugalité, comme le concubinage – qui est à la base de la cohabitation hors mariage, qui se sous-divise à son tour en cohabitation hors mariage des couples hétérosexuels et cohabitation hors mariage des couples homosexuels. La reconnaissance des régimes de cohabitation hors mariage pour les couples formés par un homme et une femme, dans certains États – surtout en Europe de l'Est et en Amérique Latine –, à partir des années soixante-dix sera suivie par la demande similaire par les couples de personnes du même sexe.

**50.** Aux années quatre-vingts, un nouveau défi s'est présenté pour la communauté homosexuelle, à cette époque déjà bien établie et organisée dans plusieurs centres urbains de l'Europe et de l'Amérique du Nord : l'épidémie de SIDA/VIH. Dans un premier moment, en raison de la méconnaissance médicale sur la maladie, l'épidémie a été associée erronément et exclusivement aux hommes gays et a repoussé, par conséquent, une marche en arrière pour le combat à l'homophobie, renforçant la discrimination dans certains pays. En revanche, l'effet d'hécatombe de l'épidémie sur la communauté homosexuelle – surtout sur les hommes gays – a posé des questions pratiques sur le plan social et juridique : comment pourrait-on assurer les droits des couples « informels » d'hommes qui vivaient ensemble et qui avaient établi une communauté de vie et rassemblé un patrimoine en commun ? Le besoin de protéger les droits successoraux, le droit de location et les droits de sécurité sociale d'un compagnon survivant – souvent aussi malade et en besoin de subventionner son traitement – ont démontré l'urgence pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe.

## B. Les parcours juridiques

**51.** Comme le Droit a un certain décalage par rapport aux changements sociaux, qui revendiquent des réformes légales ; il fallut un certain temps pour que les États commencèrent peu à peu à reconnaître les couples de personnes du même sexe. Face à une rupture si inédite, un premier pas plus timide et avec précaution fut fait avec l'adoption du partenariat enregistré. Ensuite, un deuxième pas, plus rassuré et vigoureux fut fait pour l'ouverture du mariage homosexuel.

### 1. Le premier pas : la consécration du partenariat enregistré

**52.** Simultanément à la demande pour la reconnaissance des couples de personnes de sexe différent qui cohabitaient hors mariage, les couples de personnes du même sexe revendiquaient des législations pour reconnaître leurs droits. Les premières lois favorables à ces couples ont été adoptées aux pays scandinaves. En 1987 la Suède a donné le premier pas<sup>47</sup>, en adoptant des règles sur la cohabitation maritale, applicables au logement et aux effets mobiliers communs des personnes qui cohabitent sans être mariées ensemble. La loi n. 232 du 14 mai 1987 disposait sur la cohabitation maritale et la loi 813 du 18 juin 1987 étendait ces effets aux cohabitants homosexuels. Cette loi était précurseure en reconnaissant les droits - surtout successoraux - aux couples de personnes du même sexe, mais avait des effets très limités. Et cependant la Danemark a lancé une démarche décisive, en adoptant la loi n. 372 du 7 juin 1989 sur le partenariat enregistré. C'était la première loi au monde qui reconnaissait officiellement les couples de personnes du même sexe en tant que tels et comme une forme de famille. Le point le plus important est que la loi permettait à ces couples de faire enregistrer leur partenariat, pour bénéficier d'un statut juridique proche de celui du mariage. Une autre marque décisive de cette loi est qu'elle a utilisé la technique législative de faire des renvois exprès aux dispositions du droit matrimonial applicables par analogie, ce qui rassurait une légitimité au niveau de la vie familiale.

---

<sup>47</sup> YTTENBERG, Hans. "‘From Society’s Point of View, Cohabitation Between Two Persons of the Same Sex as a Perfectly Acceptable Form of Family Life’: A Swedish Story of Love and Legislation". In ANDENAES, Mads; WINTEMUTE, Robert (ed.). *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law*. Oxford – Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001. p.427-436.

53. Le modèle danois établissait un modèle de partenariat aux droits très semblables au mariage<sup>48</sup>. Pourtant, la loi interdisait les couples de personnes du même sexe de faire une cérémonie officielle similaire à un mariage et d'adopter des enfants. Une concession probablement politique pour rassurer la adoption de la loi et montrer que le partenariat enregistré ne menaçait pas la famille traditionnelle. Il ne touchait pas deux de ces piliers traditionnels : le statut de conjoints, réservés à un homme et à une femme – comme une projection symbolique de l'image des mariés sur les gâteaux de mariage –, et la filiation – à travers la fonction procréative auparavant associée au mariage. Ce modèle a été adopté mimétiquement par les autres pays scandinaves, de façon que l'on a pu identifier un modèle scandinave de partenariats enregistrés ouverts qu'aux couples de personnes du même sexe, très proches du mariage, mais qui se détachaient du mariage en raison de pareilles interdictions. Ainsi, la Norvège a adopté la loi n. 40 du 30 avril 1993 sur le partenariat enregistré ; la Suède, la loi n. 1117 du 23 juin 1994 sur le partenariat enregistré ; l'Islande, la loi n. 87 du 12 juin 1996 sur la cohabitation confirmée ; et la Finlande, la loi n. 950 du 8 novembre 2001 sur le partenariat enregistré.

54. Parallèlement au modèle consacré aux pays scandinaves, les Pays-Bas ont adopté un modèle plus égalitaire qui permettait aux couples de personnes du même sexe et aussi aux couples de sexe différent d'enregistrer leur partenariat. Ce modèle plus ouvert par rapport au sexe – à l'orientation sexuelle - des partenaires a été suivi par la Belgique et la France, respectivement, en 1998 et en 1999. Le modèle néerlandais ajoutait la neutralité des partenaires et reprenait le modèle scandinave de garantir un statut très proche du mariage aux partenaires. Malgré l'inspiration néerlandaise de l'ouverture aux partenaires de sexe différent et aux partenaires de même sexe, les modèles belge et français proposaient une ouverture plus timide, à travers une union plus restrictive, plus rattaché aux questions patrimoniales. Le modèle français annonçait son caractère *sui generis*, distingué des modèles déjà existants à travers sa terminologie: un pacte civil de solidarité<sup>49</sup>. Le PACS français a inspiré des débats sur son encadrement juridique. La définition comme un contrat dans la loi a inspiré son

---

48 LUND-ANDERSEN, Ingrid. "The Danish Registered Partnership Act, 1989: Has the Act Meant a Change in Attitudes?" In ANDENAES, Mads; WINTEMUTE, Robert (ed.). *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law*. Oxford – Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001. Pp.417-426.

49 BORRILLO, Daniel. "The 'Pacte Civil de Solidarité' in France: Midway Between marriage and Cohabitation". In ANDENAES, Mads; WINTEMUTE, Robert (ed.). *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law*. Oxford – Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001. p. 475-492.

rattachement aux faits de vie et son identification comme un rapport contractuel. Dès l'édition de la loi, des voix bien autorisées se sont prononcées pour classer le PACS au domaine du statut personnel. Ce débat a été éclairé à travers la jurisprudence et les réformes de la loi, qui ont rapproché le PACS du mariage. Le modèle belge innovait parce qu'il tendait à une déssexualisation du lien, une fois qu'il était ouvert à deux personnes, même avec certains liens de parenté. Les droits étaient beaucoup plus réduits qu'aux partenariats nordiques, mais les cohabitants avaient le choix d'élargir – en respectant certaines limites - les obligations à travers une convention complémentaire lors de l'enregistrement<sup>50</sup>.

**55.** Face à la diversité de modèles de partenariats alors déjà existants, l'Allemagne s'est inspiré du modèle scandinave pour l'édition de la Loi du 16 février 2001 sur le contrat de vie (*der lebenspartnerschaft*), qui établit un statut très proche des conjoints aux partenaires, mais offerts qu'aux partenaires du même sexe. L'on aperçoit aussi la propagation de la reconnaissance de couples du même sexe dans certaines unités d'États qui ne sont pas unitaires. En Espagne, la Catalogne adopte la Loi Catalane des unions stables de couples du 15 juillet 1998 ; l'Aragon, la Loi 6/1999 relative aux couples stables non mariés du 26 mars 1999 ; la Navarre, la Loi Forale 6/2000 pour l'égalité juridique des couples stables du 22 juin 2000 ; Valence, la Loi sur la régulation des unions de fait du 28 mars 2001. En résumé, si les lois issues de ces quatre communautés autonomes espagnoles se rassemblaient par l'adoption de la neutralité de sexe, elles n'établissaient pas les mêmes droits pour les unions qu'elles reconnaissaient. D'autres pays avancent de manière plus timide, à travers un statut inférieur au partenariat et proche du concubinage. La Hongrie a étendue les effets patrimoniaux du mariage aux "compagnons de vie", y inclus les couples homosexuels, à travers une décision de la Cour Constitutionnelle Hongroise du 1er mars 1995, qui déterminait que le législateur changeant la loi sur les couples de fait de façon à inclure les couples de personnes du même sexe. Le Portugal a étendu les droits des concubins de sexe différent aux couples homosexuels à travers la Loi du 15 mars 2001. Hors Europe, en Australie, l'État de Nouvelles Gales du Sud a reconnu certains droits patrimoniaux à travers la Loi du 7 juin 1999, qui changeait le texte de la Loi sur les unions de fait du 1984, pour inclure les couples de personnes du même sexe. Le Canada a étendu, au niveau national, les droits de conjoints de fait, à travers la Loi sur la

---

50 DE SCHUTTER, Olivier. WEYEMBERGH, Anne. "'Statutory Cohabitation' under Belgian Law: a Step Towards Same-Sex marriage?". In ANDENAES, Mads; WINTEMUTE, Robert (ed.). *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law*. Oxford – Portland (Oreg), Hart Publishing, 2001. pp.465-474.



modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations du 29 juin 2000. En effet, dans l'espace d'environ une décennie, il était clair que la reconnaissance des couples de personnes du même sexe était un chemin inévitable et que le partenariat enregistré n'était plus une institution restreinte au monde scandinave. Pourtant, l'écart entre les droits offerts aux partenaires homosexuels et les droits garantis aux conjoints hétérosexuels était de plus en plus frappant.

## 2. Le deuxième pas : l'ouverture du mariage

**56.** Le 1er avril 2001, il y a eu un changement de paramètre aux Pays-Bas, avec l'entrée en vigueur de la Loi sur l'ouverture du mariage du 21 décembre 2000<sup>51</sup>. Pour la première fois au monde, l'on vote une loi qui autorise deux personnes du même sexe à célébrer un mariage, acquérant le statut de conjoints. D'ailleurs, la loi néerlandaise permettait l'adoption d'enfants par le couple, sous certaines conditions. Les premières cérémonies officielles de mariage entre deux personnes du même sexe au monde ont été célébrées par le maire d'Amsterdam aux premières minutes de l'historique 1er avril 2001. L'innovation néerlandaise a bouleversé le débat sur la reconnaissance des couples de personnes du même sexe et stimulé une vague que n'arrête pas de se propager, malgré l'opposition de plusieurs États. Dès ce tournant, l'on aperçoit six attitudes différentes de la part des États à l'égard de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe. Selon l'approche de l'État à l'égard de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, l'on propose la classification suivante :

1) l'État à choix progressif pluriel : l'État, qui avait déjà une forme de reconnaissance comme le partenariat, élargit le menu des choix en adoptant le mariage. L'État maintient le modèle de partenariat déjà existant – pour ceux qui ne veulent pas se marier -, mais ouvre le mariage aux personnes du même sexe ;

---

<sup>51</sup> WAALDIJK, Kees. "Small Change: How the Road to Same-Sex marriage Got Paved in the Netherlands". In ANDENAES, Mads; WINTEMUTE, Robert (ed.). *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law*. Oxford – Portland (Orego), Hart Publishing, 2001. Pp.437-464.

- 2) l'État à choix prioritaire pour le mariage : l'État ouvre le mariage et élimine l'alternatif du partenariat préalablement établi, à compter de l'ouverture du mariage, parce que le partenariat était réservé aux couples de personnes du même sexe et avait sa raison d'être du fait qu'ils n'avaient pas d'accès au mariage ;
- 3) l'État à choix restreint au mariage : l'État part de l'absence de reconnaissance ou d'une reconnaissance très limitée à un niveau équivalent au concubinage directement à la reconnaissance à travers le mariage des couples de personnes du même sexe, sans avoir précédé cette changement par l'adoption d'un modèle solide comme le partenariat. Ce mouvement possiblement plus radical parmi les modèles qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe est motivé par le refus de reconnaître un modèle familial semblable au mariage et qui pourrait le concurrencer. En outre, au but de promouvoir l'égalité des citoyens, en rassurant aux couples de personnes du même sexe un statut égalitaire par rapport aux couples de personnes de sexe différent, le mariage est vu comme la seule option digne et possible pour cet objectif ;
- 4) l'État à choix restreint au partenariat : l'État est censé offrir une forme de reconnaissance légale aux couples de personnes du même sexe et n'ignore pas l'existence de l'institution du mariage entre personnes du mêmes sexe au droit comparé. Pourtant, l'État réserve encore le mariage aux couples de personnes du même sexe et n'offre que le partenariat aux couples homosexuels ;
- 5) l'État réceptif aux couples de personnes du même sexe : l'État n'avance pas pour admettre la célébration des mariages ou l'enregistrement des partenariats de personnes du même sexe sous l'égide de ses lois dans son territoire. Et cependant l'État accepte, dans sa juridiction, la reconnaissance du rapport ou quelques effets à l'égard des couples qui se sont mariés ou qui ont enregistré leur partenariat à l'étranger. Cela concerne aussi l'État qui accepte des effets plus étendus que ceux permis par son droit interne, qui autorise des effets très limités, comme ceux semblables au concubinage ;
- 6) l'État réfractaire aux couples de personnes du même sexe : l'État résiste à reconnaître les couples de personnes du même sexe et, dans quelques cas, renforce les barrières avec le but d'empêcher toute reconnaissance dans son droit interne et même la possibilité de reconnaissance d'effets des mariages célébrés ou des partenariats enregistrés à l'étranger.

57. Selon la classification proposée ci-dessus, le premier groupe d'États incluent, par exemple, d'autres pays européens qui ont suivi l'exemple néerlandais : la Belgique en 2003, la Suède en 2009, la France en 2013, la Nouvelle Zélande en 2013, le Luxembourg en 2014. D'une certaine manière, c'est la situation de certains États pas unitaires qui avaient déjà une reconnaissance – à travers le partenariat ou le mariage – au niveau de certaines unités territoriales, mais pas au niveau national, et qui ont cependant avancé à élargir la protection au niveau du mariage au niveau national : l'Espagne en 2005, le Canada en 2005, l'Argentine en 2010, le Brésil en 2013, le Mexique en 2015, les États-Unis en 2015. Le deuxième groupe d'États incluent le Danemark et l'Irlande, qui éliminèrent l'option du partenariat, avec l'ouverture du mariage, respectivement, en 2012 et en 2015. Le troisième groupe de pays se réfère au Portugal, qui est passé d'une loi dont les effets faisait référence aux unions de fait au mariage en 2010. Le quatrième groupe de pays est assez nombreux et incluent l'Italie en 2016. Le cinquième groupe est représenté par le Pérou<sup>52</sup>, où un mariage célébré au Mexique entre un péruvien et un mexicain a été reconnu, malgré l'inexistence du mariage ou du partenariat pour les couples de personnes de même sexe au niveau national ; ou par l'Israël<sup>53</sup> et le Japon, qui reconnaissent certains effets plus élargis aux partenariats et mariages faits à

---

52 Après son mariage au México D. F. le 30 octobre 2010 avec le mexicain Fidel Aroche Reyes, le 12 janvier 2012 le militant pérouvien Oscar Ugarteche Galarza a essayé d'enregistrer son mariage sur l'équivalent à son livret de famille au Pérou, à travers une demande administrative à l'Enregistrement National pour l'Identification et l'État Civil (RENIEC – Registro Nacional para la Identificación y Estado Civil). Comme le RENIEC a refusé l'enregistrement du mariage en mars 2012, le militant s'est adressé au tribunal local, à travers le procès n. 22863-2012-0-1801-JR-CI-08. Le 21 décembre 2016, la 7ème Cour Constitutionnelle de Lima (7o Juzgado Constitucional de Lima) a déterminé l'enregistrement du mariage, mais il y a un recours pendant, proposé par le RENIEC. Comme les deux conjoints avaient depuis longtemps leur domicile au Mexique – une juridiction qui reconnaît le mariage entre personnes du même sexe et dont la loi serai applicable au cas, en raison des articles 2070 (loi du domicile comme applicable à l'état et la capacité des personnes naturelles), 2075 (application cummulative des lois du domicile de chaque conjoint pour la capacité à se marier et les conditions de fond du mariage) et 2076 (loi du lieu de la célébration pour les formalités du mariage) du Code Civil pérouvien -, la règle interne de Droit International privé a certainement joué un rôle décisif pour la reconnaissance du mariage et cet argument pourra être maintenu pour les cas futurs. Malgré son effet restreint au couple, la décision est le premier geste pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe au Pérou, où le Parlement a réjété une proposition de loi sur le partenariat enregistré pour les personnes du même sexe en mars 2015. Cf. copie de la décision fournie à l'auteur par Mohl Pérou.

53 L'absence de prévision pour le mariage entre personnes du même sexe au droit interne d'un certain pays n'est pas forcément un obstacle à la reconnaissance d'un mariage entre deux personnes du même sexe. En 2006 la High Court of Justice d'Israël a reconnu que deux israéliens qui s'étaient mariés au Canada en 2003 pourraient enregistrer leur mariage en tant que tel en Israël. Dans ce cas, le lien de la nationalité de l'Etat qui ne reconnaît le mariage entre personnes du même sexe n'a pas été un obstacle à la reconnaissance. Le DIP israélien prévoit l'application de la loi du lieu de la célébration du mariage pour le fond et la forme du mariage. La décision a ouvert une possibilité de reconnaissance indirecte à plusieurs couples qui s'étaient mariés à l'étranger et qui avaient eux aussi des liens avec Israël. Une hypothèse pas rare si l'on considère que plusieurs israéliens résident en Israël ou à l'étranger ont la nationalité israélienne et une seconde nationalité, parce que l'État d'Israël prévoit l'acquisition de sa nationalité en raison de l'ascendance juive cumulée sur le critère du retour, connu comme la Loi du Retour, pour des raisons historiques. L'on s'interroge si cette reconnaissance ouvre l'opportunité de demande de divorce à ces pays où la reconnaissance du mariage est accepté.

l'étranger, que les droits disponibles aux couples de personnes du même sexe au niveau domestique.

**58.** Malgré la croissance de la communauté des pays qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe, les États réfractaires aux couples de personnes du même sexe forment encore une large majorité. La quasi totalité des États en Afrique et en Asie refusent reconnaître les couples de personnes du même sexe, pour ne pas donner l'exemple de certains pays d'autres régions. Si le phénomène d'épanouissement de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe gagne de l'espace au monde, un mouvement contraire gagne force aussi à travers les forces conservatrices : certains pays renforcent les lois discriminatoires à l'égard des homosexuels, soit en adoptant des dispositions de lois ou au niveau constitutionnel pour bloquer le mariage de personnes du même sexe, soit pour criminaliser ou endurcir la criminalisation déjà existant pour les rapports entre personnes du même sexe. Au domaine du Droit International privé, le refus à la reconnaissance de partenariats et mariages de personnes du même sexe dans ces États est justifié au nom de la protection de l'ordre public, qui s'appuie sur le droit interne hostile aux couples homosexuels.

**59.** Face au mosaïque qui se compose des différentes catégories pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, selon les particularités du droit interne de chaque État ; il y a des problèmes de DIP. La circulation du statut de partenaire ou conjoint d'une personne du même sexe ainsi que celle des enfants du couple ne se fait pas sans obstacles. Même dans la communauté des systèmes légaux qui reconnaît les couples de personnes du même sexe, la reconnaissance n'est pas facile, non seulement en raison de la différence de catégories entre mariage et partenariat, mais aussi en raison des dégradés de la catégorie partenariat d'un système juridique à l'autre. Même pour le mariage, une institution qui a souvent joui d'une reconnaissance presque universelle – sauf pour les mariages polygames –, au niveau international, il y a un blocage à sa circulation. D'abord, il faut se demander si l'on a ouvert le mariage ou le mariage bis aux couples de personnes du même sexe. Même dans les juridictions les plus égalitaires, qui offrent le mariage aux couples de personnes du même sexe avec des recours de neutralité sur le sexe des conjoints ; le mariage homosexuel est dépourvu de certains droits assurés aux conjoints de sexe différent. Parmi les systèmes légaux qui consacrent le mariage aussi aux couples de personnes du même sexe, il y a un grand écart

d'un système à l'autre, puisque les restrictions changent d'un système à l'autre, surtout en matière de filiation et de succession.

**60.** Quand l'on étudie les différents modèles pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe dans les nombreux systèmes légaux qui les reconnaissent, l'on vérifie qu'il n'y a ni une ressemblance ou divergence des droits offerts ou refusés, ni identité entre les parcours vécus sur le plan du Droit pour aboutir à ces changements. En matière de destinataires du droit, certains systèmes ont adopté des modèles de partenariat exclusifs pour les personnes du même sexe ; d'autres systèmes ont adopté des modèles neutres, qui servent aussi aux couples de personnes de sexe différent. Sur la source créative du droit, les solutions sont aussi diverses. Dans certains États la reconnaissance est le résultat des lois approuvées par le Pouvoir Législatif – quelques fois après une provocation du Pouvoir Judiciaire – ; dans d'autres États le Pouvoir Judiciaire a littéralement incarné le rôle créatif de la jurisprudence, pour dire le droit, en reconnaissant des droits pour les couples de personnes du même sexe, quand il n'y avait pas de reconnaissance auparavant. En ce cas, les tribunaux recourent aux principes (de la dignité, de l'égalité, de la non-discrimination, etc.) comme outils efficaces à œuvrer les résultats que le Parlements ne créent pas. Dans certains États européens la reconnaissance a été dictée par les droits de l'Homme, dans la mesure que la CEDH a condamné certains États par les violations des droits de personnes LGBTI et leur a imposé de légiférer sur la reconnaissance des couples de personnes du même sexe. Dans certains États, l'on a utilisé le référendum pour confirmer – en Irlande en 2015 – ou pour refuser – en Slovaquie dans la même année – l'accès au mariage pour les couples de personnes du même sexe.

**61.** En matière de techniques législatives, les solutions des États pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe ont été diverses. Certains États ont créé des lois spécifiques, qui énumèrent et décrivent des droits, de manière traditionnelle. D'autres législateurs font un travail plus économique, en faisant des renvois exprès aux articles des lois ou du Code Civil, ou en réécrivant certaines dispositions légales déjà existantes avec des petits changements. Pour la technique de renvoyer aux règles déjà existantes, pas par hasard la référence utilisée est souvent le mariage ; soit pour l'ouverture du mariage aux personnes du même sexe, soit pour l'accès au partenariat. Pour la technique de réécriture des dispositions

légales, une solution simple et très répandue est neutraliser l'exigence de la diversité de sexe aux textes préalablement existants; en remplaçant les termes "mari et femme" ou "un homme et une femme", par des termes généraux comme "époux", "conjoints" ou "deux personnes". Le choix pour l'une des trois options de technique d'élaboration législative n'est pas incompatible avec les deux autres possibilités existantes. L'on aperçoit que les législateurs ont souvent recours à toutes ces techniques de travail, selon la convenance et le contenu des dispositions légales envisagées. Certaines lois nationales figurent une vraie mélange de types des dispositions légales, quant elles touchent les couples de personnes du même sexe : des lois qui consacrent à la fois des articles avec de règles inexistantes auparavant, des articles qui ne font que des renvois aux dispositions légales sur le mariage par référence aux numéros d'articles, des articles qui ne déterminent que le remplacement de termes comme « époux et épouse » par « conjoints » dans une certaine loi sur le mariage, par exemple.

**62.** Il faut observer que l'utilisation de ces techniques légiférentes n'est pas un privilège du législateur. Dans certains États, les tribunaux prennent l'initiative pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe. Quelques fois, les décisions des tribunaux décrivent l'extension des droits que l'on doit reconnaître ; soit à travers un seul arrêt, soit à travers des décisions différentes sur des thèmes divers, comme l'adoption, les droit successoraux, l'accès au partenariat ou au mariage. Certaines cours rendent des décisions plus incisives, en déterminant l'extension de l'application des règles sur le mariage ou le partenariat aux couples de personnes du même sexe. À travers l'herméneutique, les tribunaux essayent de débloquent l'application des textes légaux endurcis par une interprétation plus extensive des termes « un homme et une femme » comme « deux personnes » ; en considérant que ces références sont exemplificatives, pas exhaustives. Parfois le Pouvoir Judiciaire utilise sa force pour inciter le Parlement à agir, quand les juges condamnent le Pouvoir Législatif à adopter législation sur la reconnaissance des couples du même sexe, dans certains délais, sous peine de suppléer l'absence de législation à travers la jurisprudence, par l'application extensive des règles déjà existantes pour les couples hétérosexuels.

**63.** Pour faciliter la compréhension de l'état de l'art de la dynamique reconnaissance des couples du même sexe au monde actuellement, l'on expose des renseignements sur l'évolution de cette reconnaissance par État, selon les tables suivantes :

**Tableau 1.** L'avancement de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe au monde par catégories

PAYS	MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
AFRIQUE DU SUD			No. 17 of 2006 Civil Union Act			
ALLEMAGNE			Loi allemande du 16 février 2001 sur le contrat de vie lebenspartnerscha ft			
ANDORRE			Llei 4/2005, del 21 de febrer  Llei Qualificada de les Unions Estables de			

PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
				Parella			
ARGENTIN E	Niveau national						
	Buenos Aires			City of Buenos Aires  Ley No. 1.004  Ley Reconócense las Uniones Civiles en la Ciudad Autonoma de Buenos Aires, Créase el Registro Publico al Efect			
AUSTRALI E							
				Australian Capital			



PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
				Territory A2008-14 Civil Partnerships Act 2008 ‘civil partnership’			
				New South Wales Act No. 19 of 2010 Relationships Register Act 2010 ‘registered partnership’			
				Queensland Act No. 12 of 2012 Civil Partnerships and Other			

PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
				Legislation Amendment Act 2012  'civil partnership'			
				Tasmania No. 44 of 2003  Relationships Act 2003 'significant relationship'			
				Victoria No. 12 of 2008  Relationships Act 2008 'registered domestic relationship'			

PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
AUTRICHE				Loi n. 135 du 2009 sur le partenariat enregistré			
BELGIQUE				Loi belge du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale			
BRÉSIL					Arrêt ADI 4.277 du 5 mai 2011 du Suprême Tribunal Fédéral		
CANADA	Niveau national						
	Mannitoba			L.M. 2002, c. 48			

PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
				Loi sur les Biens des Conjoints de fait et Modifications Connexes			
	Nouvelle Écosse Nova Scotia			S.N.S. 2000, c. 29 Law Reform (2000) Act			
	Québec			L.Q. 2002, c. 6 Loi Instituant l'Union Civile et Établissant de Nouvelles Règles de Filiation			
CHILI							
COLOMBIE				Arrêt C-029 du 2009 de la Cour			

PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
				Constitutionnelle			
DANEMARK				loi n. 372 du 7 juin 1989 sur le partenariat enregistré			
				Anordning nr. 320 af 26. april 1996  Anordning om Ikrafttraeden for Groenland af lov om Registreret Partnerskab			
ÉQUATEUR				Constitution de la République de l'Équateur du 2008			
ESPAGNE							

PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
	Catalogne			La Catalogne adopte la Loi Catalane des unions stables de couples du 15 juillet 1998			
				L'Aragon, la Loi 6/1999 relative aux couples stables non mariés du 26 mars 1999			
				La Navarre, la Loi Forale 6/2000 pour l'égalité juridique des couples stables du 22 juin 2000			
						Valence, la Loi sur la	

PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
						régulation des unions de fait du 28 mars 2001.	
ÉTATS-UNIS	Niveau national						
FINLANDE				loi n. 950 du 8 novembre 2001 sur le partenariat enregistré			
FRANCE				Loi no. 99-944 du 15 novembre 1999			

PAYS	MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
			Loi Relative au Pacte Civil de Solidarité			
GRÈCE						
HONG KONG						
IRLANDE			No. 24 of 2010 Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010			
ISLANDE			loi n. 87 du 12 juin 1996 sur la cohabitation			



PAYS	MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
			confirmée			
ITALIE			Loi sur l'union civile du 20 mai 2016			
JAPON						
		Districts de Tokyo:			Ordonnance du district de Shibuya, de mars 2015	
					Ordonnance du district de Setagaya, de juillet 2015	
		Takarazuka			Ordonnance de la ville de Takarazuka, Préfecture de Hogo, du 30 novembre	

PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
						2015	
	Iga					Ordonnance de la ville d'Iga, Préfecture de Mie, de décembre 2015	
	Naha					Ordonnance de la ville de Naha, Préfecture de Okinawa, du 22 février 2016	
	Sapporo					Ordonnance de février 2017	
LIECHTENSTEIN				Loi 14/2011, sur les partenariats enregistrés pour les couples de			

PAYS	MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
			personnes du même sexe du 16 mars 2011			
LUXEMBOURG			Loi Relative aux Effets Légaux de Certains Partenariats du 9 juillet 2004			
MALTA						
MEXIQUE						
			Coahuila Decreto No. 209, 11 Jan. 2007  Pacto Civil de Solidaridad 'pacto civil de solidaridad'			
					Mexico City	

PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
						Federal District  Decreto de Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal	
MONACO				La loi n. 1481 du 17 décembre 2019			
NORVÈGE				La loi n. 40 du 30 avril 1993 sur le partenariat enregistré			
NOUVELLE ZÉLANDE				Loi n. 102 du 2004 sur l'union civil			
PAYS-BAS				Loi du 5 juillet 1997 sur le			

PAYS	MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
			partenariat enregistré			
PORTUGAL					Loi n, 7 du 11 mai 2001 sur les unions de fait	
RÉPUBLIQUE TCHÈQUE						
ROYAUME -UNI						
	Angleterre		Civil Partnership Act 2004			
	Écosse					
	Pays de Galles					
	Irlande du Nord					
			Isle of Man AT 2			

PAYS		MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
		Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
				of 2011 Civil Partnership Act 2011			
	Jersey			Jersey Civil Partnership (Jersey) Law 2012			
	Gibraltar	Loi du 26 octobre 2016		Adoption 2013 Partenariat 2014			
SLOVÉNIE							
SUÈDE		Loi sur le mariage, du 1er avril 2009		loi n. 1117-1994 sur le partenariat enregistré, du 23 juin 1994			
SUISSE				Loi Fédérale sur le Partenariat Enregistré entre Personnes du			

PAYS	MARIAGE		PARTENARIAT		CONCUBINAGE	
	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence	Législation	Jurisprudence
			Même Sexe, du 18 juin 2004			
TAÏWAN						
URUGUAY	Loi n. 19.075 sur le mariage, du 3 mai 2013.		Loi n. 18.246 sur l'union concubinaire, du 27 décembre 2007			

Tableau 2 : La reconnaissance des couples de personnes du même sexe au monde par sources du Droit

PAYS	SOURCE DE LA RECONNAISSANCE DES COUPLES DE PERSONNES DU MÊME SEXE					
	PARLEM ENT	MANIFESTATION DIRECTE POPULAIRE		COUR SUPRÊ ME	COUR INTERNATIO NALE	POUV OIR ÉXECU TIF
		RÉFÉREN DUM POSITIF	RÉFÉREN DUM NÉGATIF			
AFRIQUE DU SUD				X		
ALLEMAG NE	X					
ARGENTI NE	X					
AUSTRAL IE	X	X				
AUTRICH E	X				X	
BELGIQU E	X					
BRÉSIL				X		X
CANADA	X			X		
CHILI	X					
COLOMBI E				X	X	
DANEMA RK	X					



ESPAGNE	X					
ÉTATS- UNIS	X (certains États)			X		
FINLAND E	X					
FRANCE	X					
GRÈCE	X					
HONG KONG						
IRLANDE		X				
ISLANDE	X					
ITALIE	X					
JAPON						X
LUXEMB OURG	X					
MALTA	X					
MEXIQUE	X (certains États)			X		
MONACO	X					
NORVÈGE	X					
NOUVELL E ZÉLANDE	X					
PAYS-BAS	X					
PORTUGA L	X					
RÉPUBLIQ UE TCHÈQUE						
ROUMANI			X			

E						
ROYAUM E-UNI	X					
SLOVÉNIE	X		X			
SUÈDE	X					
SUISSE	X					
TAÏWAN				X		
URUGUA Y	X					

## §2. Le différentes catégories disponibles

64. Pour comprendre la genèse et l'évolution du procès de reconnaissance des couples de personnes du même sexe, il faut analyser les différentes catégories qui ont été appropriées par ces couples pour l'organisation de leur vie familiale. Il est nécessaire de dépeindre les contours de chaque catégorie, pour vérifier comment elles correspondent ou s'adaptent aux besoins de ces couples. Comme tous les modèles utilisés ont pour paramètre le mariage ; les différents catégories ouvertes aux couples homosexuels comprennent la dichotomie mariage et cohabitation hors-mariage. L'on regroupe des institutions semblables qui partagent certaines caractéristiques sous deux rubriques : le mariage et le partenariat, en tant que catégorie consacrée comme parallèle au mariage pour la vie familiale de ces couples. Plus que faire une radiographie précise de chaque institution, il faut comparer ces deux institutions, pour démontrer leurs contrastes et ressemblances. Pour une question méthodologique, l'on départ de l'analyse du mariage, pour étudier le partenariat, qui se construit comme une catégorie par opposition à certaines caractéristiques du mariage et par exclusion de certains droits du mariage.

### A. Le mariage comme une catégorie supérieure

65. Le mariage reste le modèle à partir duquel se construisent toutes les catégories pour l'organisation de la vie en couple pour les couples de personnes du même sexe. Le procès de reconnaissance des couples de personnes du même sexe démontre la supériorité du mariage en tant que catégorie pour l'organisation de la vie familiale de ces couples. Dans un premier moment, le choix pour le partenariat enregistré se confirme comme la seule option disponible, à condition de se construire comme un modèle réduit du mariage, par exclusion. Dans une

deuxième étape, la quête pour l'ouverture du mariage aux personnes du même sexe se justifie par l'égalité, au but de leur offrir la catégorie la plus complète. Dans l'état de l'art actuel, où le mariage et le partenariat se côtoient comme options disponibles dans plusieurs États ; cette supériorité se confirme avec la prévalence du mariage sur le partenariat en plusieurs aspects et se fait remarquer par l'universalité et un caractère uniforme du mariage en tant qu'institution en droit comparé. Pour comprendre l'insertion de cette catégorie millénaire comme une conquête de la communauté LGBTI, il faut examiner comment cette catégorie omniprésente au monde s'est fait « apprivoisée » par les couples de personnes du même sexe. L'on confronte forcément le débat sur la permanence de son universalité et de son essence, comme catégorie légitime pour la vie en couple, ou sur une métamorphose inévitable de l'institution du mariage, en raison de son extension aux conjoints du même sexe.

## 1. Le mariage comme une catégorie universelle

**66.** Si l'on trouve des différences considérables en matière de terminologie et caractéristiques pour les divers modèles de cohabitation hors mariage, à travers les différents modèles de partenariats et formes analogues, qui s'éparpillent dans une profusion de dénominations en droit comparé ; le mariage reste une institution unique et universelle. Comme chaque système légal est imprégné de la culture du peuple qui l'érige, le mariage réfléchit les différences culturelles – à l'origine fondées sur les aspects religieux – pour sa célébration dans chaque système légal où il s'insère. Et cependant le mariage s'est affirmé universellement comme la forme idéale de famille reconnue par la société et organisée par l'État, à travers le Droit.

**67.** L'histoire du mariage se confond d'une certaine manière avec l'histoire de la vie privée dès les civilisations de l'Antiquité. Le mariage reste un acte juridique solennel, dont la validité exige certains éléments communs dans différentes cultures, parce qu'il s'est fortifié sur quatre piliers que l'on trouve presque partout au monde. Le premier élément constitutif du mariage à vocation universelle est l'échange des consentements des conjoints, qui confirme son caractère comme un acte consensuel. Même quand le consentement n'est pas donné

directement par les époux, le consentement du conjoint est présumé ; comme dans l'hypothèse de mariage d'un mineur, à travers l'autorisation de ses parents ou de leur représentant légal, ou par supplément d'autorisation par le juge, ou encore dans le cas de manifestation du consentement par un membre masculin de la famille de l'épouse, si la femme n'a pas de capacité pour consentir selon la loi applicable au consentement pour se marier. Si le droit canonique permettait au temps jadis l'échange de consentements non formelle, le mariage est passé d'une base consensuel à un caractère formaliste, à travers le Concile de Latran et le Concile de Trente<sup>54</sup>. À partir de ces conciles, cette échange ne se fait pas n'importe comment, elle doit suivre un rite, qui marque ainsi le formalisme du mariage. L'échange de consentements est exigé pour l'enregistrement d'un partenariat aussi, mais l'échange de consentements au mariage se fait sur des formules solennelles dictées par le droit interne, sous peine d'annulation.

**68.** Il y a aussi d'autres éléments essentiels qui démontrent l'universalité du mariage. La deuxième caractéristique du mariage est qu'il se fait devant une autorité (supérieure), ce qu'on Occident a été défini par le Concile de Trente<sup>55</sup>. Dans plusieurs systèmes, une autorité préside la cérémonie, soit un sacerdote comme le représentant de Dieu, soit l'officier civil, qui représentent l'État. Il est important d'observer que même quand le mariage se célèbre sans une autorité qui préside la cérémonie, pour certains mariages religieux, comme le droit musulman, c'est comme si la présence divine présidait la cérémonie, à travers la présence du sacré invoqué par certains symboles, rites de la religion ou la parole divine des livres sacrés<sup>56</sup>. La troisième marque du mariage est la présence des témoins, l'une des conditions de forme les plus importantes, qui marque le caractère public de l'acte. Cette publicité de l'acte va avec la solennité de l'acte, légitime le statut des époux et indique que les conjoints sont désormais

---

54 RALSER explique comment le mariage avait aux origines du droit canonique un profil consensuel, qui s'avoisinait du mariage informel du *Common Law*, parce que le mariage pouvait se constituer par la cohabitation : « Selon la loi canonique, le mariage se faisait de deux formes : *per verba de praesenti*, quand les époux déclaraient de se prendre pour époux « dès à présent » ; *per verba de futuro*, qui consistait en une promesse de se prendre pour époux, mais qui serait accompli par une nouvelle déclaration ou par la cohabitation ». RALSER renforce qu'au but de réduire les mariages frauduleux, le mariage passe à un profil formaliste : « Les grands conciles marquèrent le passage en droit canonique du mariage consensuel au mariage formel. Le Concile de Latran (1215) imposât la prescription de formalités : la publication des bans, l'intervention du prêtre, interdiction des mariages clandestins, mais ces exigences n'étaient pas nécessaires pour la validité. Le Concile de Trente (1563), à son tour, imposa l'exigence de solennité : Mariage conclu *in facie Ecclesiae*, devant le curé de la paroisse de l'un des époux, et en présence de deux témoins, sous peine de nullité ». RALSER, Élise. *La célébration du mariage en Droit International privé*. FOYER, Jacques (dir.). Université Panthéon-Assas. Paris. 2 vol. 433p. 1998. p. 20 s. ;

55 Voir DEVERS, Alain, *Le concubinage en Droit International privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 7.

56 RALSER, Élise. *La célébration du mariage en Droit International privé*. FOYER, Jacques (dir.). Université Panthéon-Assas. Paris. 2 vol. 433p. 1998. p. 357.

ensemble et ne sont donc plus disponibles pour se candidater ou être visés à constituer une vie familiale avec d'autres membres de la communauté. Un quatrième élément associé pendant longtemps avec le mariage était l'altérité de sexes<sup>57</sup>, qui disparaît dans plusieurs États avec l'ouverture du mariage pour tous ; mais résiste encore dans plusieurs États, où il est érigé comme condition de fond de l'institution de manière à bloquer son ouverture aux couples de personnes de même sexe. Pour le mariage informel du *Common Law*<sup>58</sup>, dont la qualification comme mariage suscite des doutes, si cette institution s'est érigée sous la caractéristique traditionnelle de l'altérité de sexes, l'on ne parle pas de célébration présidée par une autorité, face à l'inexistence d'une célébration. En revanche, les deux autres éléments du mariage, comme le consentement des époux et l'exigence des témoins pour l'acte de mariage se font remplacés par la vie publique du couple, aperçu par la communauté comme des époux.

**69.** Le mariage est une catégorie supérieure d'entité familiale et d'organisation de la vie en couple, parce qu'il offre aux conjoints la liste la plus étendue de droits, différemment de ce qui est offert aux partenaires, ou même aux concubins. Même dans les systèmes légaux, où le partenariat s'approche extrêmement ou reproduise fidèlement les effets du mariage, il y a toujours un droit exclusif au mariage, qu'on ne peut pas reproduire pour le partenariat : le statut de conjoint. Les conjoints jouissent d'une légitimité non seulement protégée par le Droit, mais aussi estimée au niveau social. Et la symbolologie du mariage comme famille légitimée a certainement motivé quelques couples de personnes du même sexe à revendiquer la reconnaissance des couples de personnes du même sexe à travers le mariage<sup>59</sup>, même quand il

---

57 Le code canonique du 1983 fait référence à l'altérité de sexes aux articles 1055§1 et 1057§2. L'article 1055 §1 définit le mariage comme une union entre un homme et une femme, renforçant son objectif de communion entre les conjoints et d'engendrer la progéniture et promouvoir son éducation : « *matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est* ». L'article 1057 § 2, à son tour, renforce la constitution du mariage, par l'accord de volonté irrevocable entre l'homme et la femme : « *Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium* » (PERLASCA, Alberto. ZAMBON, Adolfo (dir.). *Codice di diritto canonico commentato*. 4 ed. Milano, Ancora Editrice, 2017. p. 878).

58 Le mariage informel se rapproche du partenariat informel, et s'appuie sur l'adage suivant : « Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble ».

59 Robert Verreault (VERREAULT, Robert, « Entre droits et symboles » In MÉNARD, Guy (org.), *Mariage homosexuel : les termes du débat*, Montréal, Liber, 2003, p. 179) dit à propos de la symbolologie du mariage, lors des débats sur l'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe au Canada : « Les opposants au mariage gai ont maintes fois souligné que l'union civile accordait pratiquement, sur le plan des droits, les mêmes avantages que le mariage. Pourquoi alors tant tenir à l' 'étiquette', au 'mot' 'mariage' ? demandent-ils avec perplexité. Il serait vain de chercher une réponse du côté de la raison. Puisque le droit ne suffit pas, il faut bien admettre que ce qui est réclamé, c'est un geste de reconnaissance, de réparation symbolique. Or, le débat évite cette question et se confine à des tentatives de légitimation de sa propre position ou de réfutation de la position adverse. Cela en dit long sur l'embarras que nous éprouvons collectivement à assumer les enjeux symboliques de l'existence ».

existe l'option du partenariat – avec des droits très proches du mariage, dans certaines juridictions. La légitimité du mariage se épanouit au-delà du droit de la famille. L'on reconnaît un traitement privilégié et légitimé aux conjoints dans plusieurs sphères administratives et presque dans tous les domaines du Droit.

70. Le mariage présente des différences pour son rite de célébration d'un pays à l'autre, mais il est sûrement une institution universelle, répandue dans toutes les sociétés et civilisations. La considérable facilité pour la circulation du statut de conjoint et pour la reconnaissance du mariage à l'internationale le démontre. En matière de célébration du mariage, certains États concilient le choix entre le mariage religieux ou le mariage civil, d'autres États, priorisent le mariage civil, en raison de sa laïcité, comme la France<sup>60</sup>. Aujourd'hui encore, quelques États préfèrent le mariage religieux, comme les systèmes multiconfessionnels, où la religion intervient sur la juridiction et le droit applicable à la plupart des rapports de famille, comme en Israël<sup>61</sup>. Même avec des nuances culturelles, le

60 En France, le mariage civil a été consacré avec la Révolution Française, mais il a ses origines au mariage des protestants. Sous l'égide de l'Édit de Nantes (1598-1685), le mariage était fait par le pasteur, mais surveillé et enregistré par l'officier de l'état civil, à fin de conserver le registre, le constater. Suite à la révocation de l'Édit de Nantes, l'impossibilité de la liberté de culte conduit plusieurs familles protestants à célébrer les « mariages au désert », ainsi nommés par référence aux cultes cachés, que s'intitulaient des « assemblées au désert ». Certains préféreraient se marier à l'étranger ou se faire une bénédiction aux ambassades de pays protestants à Paris. L'Édit de tolérance, « l'Édit concernant ceux qui ne feront pas profession de la religion catholique », du 17 novembre 1787, établissait à l'article 17 le mariage civil pour les non catholiques, à travers une célébration soit par le juge royal, soit par le curé catholique investi du rôle d'officier d'état civil. La Révolution marque la transition à la laïcité. La Constitution du 3 septembre 1791 dans l'article 7 du titre III déterminait que les naissances, les mariages, les décès ne pourraient être constatés que par l'officier public. Les décrets des 20 et 25 septembre 1792 réserve les registres civiles aux autorités civiles et administratives. La Constitution de l'An III (1795) consacre la laïcisation, qui sera renforcé pendant le XIXe Siècle, jusqu'à aboutir à la Loi du 9 décembre 1905, qui établissait le principe de la laïcité. Voir RALSER, Élise. *La célébration du mariage en Droit International privé*. FOYER, Jacques (dir.). Université Panthéon-Assas. Paris. 2 vol. 433p. 1998. p. 25 s.

61 Talia Einhorn explique comme la religion opère en droit interne à titre de critère de rattachement pour les conflits interpersonnels en droit israélien : « Israeli family law does not apply a uniform system in all matters of family law for all citizens. Instead,, it is divided between two different juridical systems, the religious and the secular. Key aspects of family law, i. e., those defined as 'matters of personal status', are subject to the personal law of the persons concerned. For Israeli citizens or residents, this is their religious law, if they are Jewish, Muslim, Druze, or belong to one of the other eleven recognized religions. For Isreali citizens, who are not members of a recognized religious community, there is no generally applicable personal law. For non-resident foreigners, the law of their nationality applies (unless that law imports the law of their domicile, in which case the latter applies). This state of affairs goes back to the period when the Ottoman Empire controlled the Holy Land (1517-1917). Both the British Mandate (1917-1948), established by the League of Nations following the demise of the Ottoman Empire, and the State of Israel, established after the British Mandate had ended, relied, to a large extent, on the system adopted by the Ottoman Empire. » (EINHORN, Talia. *Private international law in Israel*. Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands, Kluwer Law International, 2009. p. 167). La professeure israélienne continue et éclaire comme la religion fonctionne comme l'un des critères de rattachement au DIP israélien, en spécial pour les ressortissants israéliens : « The Palestine Order-in-Council provides that the personal law of a foreigner is that of his nationality (Article 64(2)). It is silent regarding the personal law of Israeli citizens. However, as a rule, under the Ottoman Empire and the British Mandate, the personal connecting factor for Israeli citizens who were members of a recognized religious community, was their religion. This has remained so also following the estaghlishment of the State of Israel. As a connecting factor, religion is important

mariage s'est consacré comme l'institution idéale pour l'organisation de la vie en couple, en partie parce qu'il était la seule catégorie reconnue pendant des siècles pour l'établissement de la vie en famille légitime, avec des conséquences non seulement pour le couple, mais aussi pour leurs enfants. L'universalité du mariage justifie la tradition de reconnaissance des mariages faits à l'étranger. *Ipsa facto*, sa performante circulation internationale renforce la valorisation du mariage comme forme supérieure par rapport au partenariat, au concubinage et à toutes formes semblables de catégorie de la vie en couple hors mariage. À l'internationale, l'on aperçoit que le mariage – sauf pour le mariage polygamique – est une institution qui a circulé presque sans difficultés jusqu'à l'ouverture du mariage pour tous.

## 2. Le mariage entre personnes du même sexe comme mariage bis

71. Le mariage correspond au niveau maximum comme institution pour l'organisation de la vie familiale, avec la présomption qu'il offre la totalité de droits qui peuvent être octroyés à un couple. L'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe remet en cause cette présomption. L'idée de ouvrir le mariage aux personnes du même sexe pour leur garantir l'égalité et avec la présomption que l'on leur donnerait exactement les mêmes droits qu'aux conjoints de sexe différent est fautive. D'une certaine manière, l'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe conduit à la fragmentation ou au changement d'une institution juridique restée unique pendant des siècles. L'on crée un mariage bis avec le « mariage pour tous », une fois que dans tous les systèmes qui ont ouvert le mariage aux personnes du même sexe jusqu'à aujourd'hui, l'on peut identifier des restrictions qui sont exclusivement établies aux conjoints du même sexe par rapport aux couples de sexe différent.

72. Les divergences en matière de droits offerts aux conjoints du même sexe et de sexe différent sont souvent rattachés aux questions de filiation ; comme si l'on essayait de récupérer la fonction procréative du mariage traditionnel, malgré le fait qu'elle a été dissociée

---

with respect to both jurisdiction and the applicable law. » (EINHORN, Talia. *Private international law in Israel*. Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands, Kluwer Law International, 2009. p. 174)



comme objectif du mariage il y a longtemps dans la plupart des systèmes légaux. Si le mariage ouvre les portes de la maternité ou de la paternité aux conjoints du même sexe à travers l'adoption aux systèmes qui la réservent aux couples mariés ; l'accès à l'AMP ou à la GPA reste bloqué ou plus restreint par rapport à ce que l'on offre aux couples hétérosexuels. Les systèmes légaux justifient ces restrictions sur la base d'un supposé argument biologique, en raison de l'impossibilité médicale pour que deux hommes ou pour deux femmes aient un enfant sans l'aide d'un donateur de sexe différent ou d'une mère porteuse, dans le cas, respectivement, d'une AMP et d'une GPA. Même chez les systèmes qui ouvrent l'accès à l'AMP ou à la GPA aux couples homosexuels, la traditionnelle présomption de paternité – que l'on pourrait considérer, par analogie, comme une présomption de maternité ou de paternité pour le deuxième conjoint du même sexe – n'opère pas toujours d'effets. En outre, même quand le conjoint du même sexe sans lien biologique avec l'enfant a le droit à être reconnu comme son deuxième père ou sa deuxième mère dans certains États ; cela se fait souvent avec de la bureaucratie ou à travers une demande judiciaire, différemment de ce qu'il se passe pour les couples de personnes de sexe différent. Si les conjoints du même sexe jouissent certainement de la catégorie la plus haute de reconnaissance avec le mariage, il est inévitable de réfléchir sur l'idée du mariage comme modèle égalitaire offert à ces couples, à cause d'un évident décalage de droits par rapport aux conjoints de sexe différent.

**73.** Comme l'on part de la position que le mariage des couples de personnes du même sexe s'inscrit à la catégorie générale du mariage, il serait légitime de supposer que les mêmes règles déjà consacrées pendant des siècles au mariage traditionnel leur seraient applicables. Pourtant, comme l'état de l'art du mariage des couples de personnes du même sexe en droit comparé le démontre, il s'agit en effet d'un mariage plus réduit en droits. Raison pour laquelle l'on affirme que le mariage pour tous serait un mariage bis. Il correspond à un mariage de « seconde zone », parce qu'il exclut les conjoints du même sexe de la jouissance de certains droits, qui sont en revanche garantis aux conjoints de sexe différent dans un même système légal. Dans cet esprit, il est important d'observer que la CIDH s'est prononcé sur l'importance de garantir l'isonomie de droits aux conjoints homosexuels et hétérosexuels, une fois que les États de la région américaine ouvre le mariage aux couples de personnes du même sexe<sup>62</sup>, i. e., en garantissant les mêmes droits à tous les couples.

---

62 Voir l'opinion consultative n. 24 (OC 24/17) de la CIDH, du 24 novembre 2017, sollicité par le Costa Rica, sur les droits des personnes LGBTI. Disponible seulement en espagnol sur [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf),

## B. Le partenariat comme une catégorie inférieure

74. Comme toute catégorie de cohabitation hors mariage, le partenariat est une catégorie inférieure par rapport au mariage. Malgré l'existence des différentes catégories pour l'organisation de la cohabitation hors mariage, l'on utilise la classification de partenariat dans ce travail comme la catégorie générale de cohabitation hors mariage qui est le modèle alternatif et parallèle au mariage, mais qui est sûrement dans un niveau inférieur à celui-ci. Comme les catégories telles que l'union libre ou le concubinage (correspondant à une forme d'union légale<sup>63</sup>) s'assimilent au partenariat informel dans plusieurs systèmes légaux où il n'y a pas de catégorie clairement distincte du partenariat et au-dessous de celui-ci, comme le concubinage par rapport au PACS en droit français ; l'on considère comme pertinentes à ces catégories les observations relatives au partenariat, dans la mesure où il y a de la comptabilité. Historiquement, le développement de toutes catégories pour la cohabitation hors mariage – d'abord pour les couples hétérosexuels, et postérieurement pour les couples homosexuels –, se fait clairement sous un niveau inférieur au mariage, parce que visant un modèle plus limité que celui-ci. Pour démontrer l'infériorité du partenariat, il faut examiner comment cette catégorie aux contours relativement flous, par la profusion de dénominations et profils, assume une position subsidiaire par rapport au mariage.

### 1. La subsidiarité du partenariat

75. La marque la plus visible du partenariat est qu'il est un modèle subsidiaire au mariage, créé à partir de celui-ci. En effet, sa raison d'être est d'offrir un nouveau modèle de vie commune *more uxore* - malgré la redoutable pertinence de l'utilisation de cette expression

---

63 Voir Devers.

latine, consacrée comme référence au mode de vie traditionnelle d'un couple formé par un homme et une femme, pour les couples de personnes du même sexe – à l'image du mariage, mais sans le même statut reconnu aux conjoints. Malgré les différences d'un système à l'autre, il est clair que le partenariat est toujours au-dessous du mariage, une fois qu'il y a obligatoirement des restrictions de droits par rapport au mariage, souvent en matière de filiation et de succession. Le partenariat – même quand il reproduit les droits similaires au mariage – reste dans une position inférieure, puisque il n'offre pas le statut de conjoint, un statut considéré supérieur au niveaux juridique et social. Il équivaut à un « mariage de deuxième zone »<sup>64</sup>. Madame Scherf confirme l'infériorité du partenariat, quand elle observe que beaucoup de couples de sexe différent ont choisi le partenariat en dépit du mariage aux Pays-Bas parce que le premier était « moins contraignant » que le mariage<sup>65</sup>.

77. Trois règles de transition du partenariat au mariage démontrent l'infériorité du partenariat, quand comparé au mariage. La première constatation est le fait que, dans certains systèmes, l'institution du partenariat, parce que réservé aux couples de personnes du même sexe, est condamné à disparaître avec l'ouverture du mariage à ces couples. Comme le partenariat ne servait à remplir le vide juridique du manque d'une institution qui garantissait au couple les droits équivalents au mariage, il perd sa raison d'exister, une fois le « mariage pour tous » adopté dans ces systèmes légaux. Autre constatation sur la infériorité du partenariat est la dissolution automatique du partenariat si l'un des partenaires se marient avec un tiers ou si les partenaires se marient – parfois même sous une autre loi dans une autre juridiction. Dans ce cas, la précarité du lien du partenariat – catégorie plus faible – cède de la place au mariage – institution toute-puissante –, parce que celui-ci comprend tous les effets potentiellement offerts par celui-là. C'est comme si les effets du partenariat seraient incorporés, quand compatibles, ou effacés, si incompatibles, par le mariage du même couple, qui vivait jusqu'au mariage comme partenaires. Ils pourraient se marier dans la même juridiction où ils avaient constitué ou enregistré leur partenariat, sans passer par une conversion du partenariat en mariage ; ou dans une autre juridiction où le mariage leur serait possible ou plus avantageux. Même quand les effets du partenariat seraient compatibles avec ceux du mariage, ils cesseraient, dans l'hypothèse de mariage avec un tiers autre que le

---

64 Voir MERIN, Yuval. *Equality for same-sex couples : the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States*, Chicago, The University of Chicago Press, 2002, p. 274.

65 Voir SCHERF, Yvonne, *Registered partnership in the Netherlands : a quick scan*, Amsterdam, Ministère Néerlandais de Justice (Centre de Documentation et de Recherche Scientifique), 1999, p. 22.

partenaire. Il faut observer que la dissolution du partenariat dans ce cas ne découlerait pas d'une procédure pour la dissolution du partenariat, mais de la simple célébration d'un acte juridique plus solennel et plus prestigieux, comme le mariage. La dernière situation qui confirme cette infériorité est la possibilité de conversion directe du partenariat en mariage dans certains systèmes, par demande des parties/partenaires en raison du classement du mariage dans un niveau plus haut, à être atteint comme un stage évolutif plus avancé. Toutes ces règles confirment la subsidiarité du partenariat, en raison de sa fragilité et éphémère par rapport au mariage.

## 2. Les classifications proposées selon les contours du partenariat

**78.** En raison des différents modèles existants pour le partenariat et figures semblables d'organisation de la vie en couple, la doctrine classe les partenariats, selon certains critères. La classification selon le contenu du partenariat prend en compte l'étendue des effets, les droits établis par le partenariat. À son tour, la classification selon le formalisme considère l'exigence d'enregistrement ou pas pour l'organisation de la vie en couple hors mariage. Compte tenu la croissance des systèmes légaux qui renoncent au formalisme de l'enregistrement pour octroyer des droits proches au mariage pour les couples qui vivent ensemble, les frontières entre le partenariat informel et le concubinage – comme catégorie subsidiaire au partenariat, telle comme établie en droit français – deviennent moins rigides.

**79.** Il est important de dire que l'on considère comme équivalents aux partenariats les modèles d'entité familiale semblables, mais qui utilisent d'autres dénominations, selon la terminologie adopté par chaque système légal, comme, par exemple, le PACS français, le contrat de vie (*lebenspartnerschaft*) allemand, l'accord d'habitation chilien et l'union stable brésilienne, mais qui partagent des caractéristiques semblables. D'un côté, certaines dénominations sont restreintes soit au partenariat formel, soit au partenariat informel. D'autre part certaines dénominations servent aux deux sous-catégories de partenariat, avec des

subtiles différences en matière de droits, selon le formalisme employé ou pas pour sa constitution.

### *a) La classification selon le contenu*

80. À partir des années 90, avec la diffusion de l'institution du partenariat enregistré pour les couples de personnes du même sexe en Europe, la doctrine s'est intéressé à l'analyse comparée de catégories de reconnaissance offertes aux couples de personnes du même sexe. Le critère principal fût l'étendu des droits reconnus aux partenaires, c'est à dire, dans quelle mesure les catégories se rapprochaient – pour les partenariats scandinaves et néerlandais – ou s'éloignaient – pour le PACS français et la cohabitation légale belge – du mariage. En France, Monsieur Fulchiron a distingué les partenariats-statuts et les partenariats-cadres. Les partenariats-statuts sont construits par référence ou par renvoi aux règles du mariage et les partenariats-cadres prévoient un certain nombre d'effets établis par la loi, de forme impérative ou supplétive, mais en laissant aux intéressés une grande liberté<sup>66</sup>. Deux importantes études contemporaines à la diffusion des catégories pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe aux débuts du XXI Siècle passent par la comparaison des catégories offertes, à travers l'optique du Droit International privé. Monsieur Devers suit la classification proposé par Monsieur Fulchiron<sup>67</sup>. Monsieur Kessler, à son tour, préfère la distinction entre partenariats-institutions et partenariats-contrats pour souligner, respectivement, la distinction selon l'aspect institutionnel plus proche du mariage et l'aspect contractuel du partenariat<sup>68</sup>. Ces classifications se montrent encore actuelles et pertinentes, parce que les contours du partenariat s'établissent encore par distance ou proximité par rapport à l'omniprésente référence au mariage, avec plus ou moins de liberté laissée aux partenaires pour essayer d'adapter le régime de leur partenariat à leurs besoins, dans chaque système légal.

---

66 Voir FULCHIRON, Hugues, « Réflexions sur les unions hors mariage en Droit International privé », *Chunet*, 2000, p. 895.

67 Voir DEVERS, *op. cit.*, p. 132.

68 Voir KESSLER, *Les partenariats enregistrés en Droit International privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 24 : « Il y a dès lors une forme de hiérarchie entre les modèles : on peut mesurer l'importance du statut à l'aune de son aspect dominant. La situation des partenaires variera ainsi en fonction de cette donnée : lorsque l'aspect contractuel dominera, ils seront dans une situation proche de celle des concubins alors qu'ils seront pratiquement assimilés à des époux dans le cas contraire ».

**81.** Compte tenu la croissante diffusion des catégories pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe dans plusieurs États et l'intense influence de l'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe sur les contours de catégories qui se côtoient à celui-ci ; il est convenable de considérer à quel degré les modèles de partenariat s'approchent ou s'éloignent du mariage, selon les droits et les devoirs mimétiquement empruntés au mariage. La propagation de la reconnaissance des couples du même sexe en droit comparé renforce leur légitimité et favorise leur encadrement au domaine du statut familial, en refusant leur identification avec les questions purement contractuelles ou de faits de vie. Ainsi, l'auteur propose une classification plus spécifique que, en affirmant leur encadrement comme une institution de la vie familiale et comportant de l'élasticité pour le limiter aux commandements de la loi ou à la volonté des parties, divise les partenariats entre parfaits et imparfaits. D'un côté, les partenariats imparfaits sont les partenariats qui énumèrent des droits très proches ou presque tous les droits du mariage. D'autre côté, les partenariats parfaits sont les partenariats qui limitent les droits et devoirs établis, en envisageant se distinguer ostensiblement du mariage. Comme les partenariats-statuts et les partenariats-institutions ; les partenariats imparfaits sont représentés par les partenariats scandinaves classiques et le modèle néerlandais du 1997, et de nos jours par l'union stable brésilienne. Comme les partenariats-cadre et les partenariats-contrats ; les partenariats parfaits sont représentés par le PACS français, la cohabitation légale belge et par les divers modèles de partenariats domestiques du *Common Law*, mais aussi actuellement par le partenariat enregistré italien.

### ***b) La classification selon le formalisme***

**82.** Autre critère important pour la classification des partenariats et figures semblables utilisées pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe est le formalisme. Malgré le mouvement pour se distinguer du mariage, le partenariat s'est érigé sous l'inspiration du formalisme consacré au mariage, parce qu'il est à l'origine de la genèse d'une catégorie pour cette reconnaissance : le partenariat enregistré. Les pays scandinaves qui ont érigé le modèle de partenariat enregistré ont chargé la catégorie de formalité. Au moment de rupture pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, l'enregistrement était

indispensable pour faire preuve, surtout pour garantir que les droits d'un groupe vulnérable jusqu'à alors discriminé pourrait s'appuyer sur un document légal, indispensable pour revendiquer leurs droits. D'ailleurs, il est indispensable de dire que le formalisme exigé pour l'enregistrement du partenariat le rapproche du mariage - même si l'objectif original était le contraire - à cause de l'attribution d'un statut familial indiquant la vie en couple. La manière comme l'on fait cet enregistrement rapproche le partenariat enregistré du mariage, une fois que l'enregistrement contient le consentement des partenaires, est souvent présidé ou contrôlé par une autorité ou au moins fait devant une autorité administrative ou le notaire, et exige quelques fois des témoins - un abordage très proche du formalisme imposé au mariage suite au Concile de Trente (1545-1563)<sup>69</sup>. Et cependant il est intéressant d'observer que si le partenariat enregistré reproduit le formalisme du mariage, la manière souvent plus floue, exigée pour l'échange des consentements des partenaires, semble comme empruntée des actes juridiques en sens élargi, comme les contrats<sup>70</sup>.

**83.** Chaque système juridique a certainement une définition particulière pour le partenariat enregistré, selon ses lois ; mais la définition passerait certainement par l'idée d'une convention adoptée par les parties afin d'organiser leur vie en couple, à l'image de ce qu'on fait pour le mariage. Malgré son aspect contractuel, en raison de la convention - soit sous la forme d'un acte authentique passé devant le notaire, soit à travers un formulaire standardisé signé à la mairie - qui le consacre, il faut considérer que le partenariat enregistré est compris comme une institution du droit de la famille. Compte tenu son objectif de discipliner la vie familiale, son rattachement se place au statut personnel en matière de DIP.

**84.** Une discussion importante sur la classification des catégories disponibles aux couples de personnes du même sexe est l'encadrement des partenariats domestiques. Il faut analyser si les *domestic partnerships* originaires du et très usuels au *Common Law* sont une catégorie indépendante au dessous du partenariat enregistré ou si elles constituent une modalité de partenariat enregistré, comme d'autres modèles adoptés par d'autres systèmes légaux. Le partenariat domestique est souvent présenté comme une catégorie indépendante au-dessous du partenariat enregistré, parce que d'habitude les droits offerts sont très limités. En essence, le

<sup>69</sup> Voir Devers, *op. cit.*, p. 7

<sup>70</sup> Ce qui justifie la position de certains auteurs, surtout, aux premières années de diffusion de l'institution du partenariat enregistré, de l'encadrer dans la catégorie des obligations (contractuelles), pas dans le statut personnel (familial).

partenariat domestique offre des droits fiscaux et de logement au couple que vit sous le régime du partenariat domestique. Quelques fois, d'autres droits peuvent être établis, à travers la convention des parties. Toutefois, quand les partenariats domestiques sont dirigés aux couples de personnes du même sexe, comme l'on aperçoit très souvent au *Common Law* ; les choix des parties sont très limités et ne peuvent pas établir des droits réservés au mariage ou à d'autres formes de reconnaissance familiale réservés aux couples de personnes de sexe différent. Malgré la proximité avec le partenariat enregistré classique, le partenariat domestique vise *a priori* la production d'effets *inter partes*. Il fonctionne souvent comme un acte sous seing privé qui le couple utilise pour faire preuve de leur rapport pour obtenir le droit à revendiquer certains bénéfices auprès l'administration et les autorités de l'État. Néanmoins, les partenariats domestiques n'ont pour conséquence un statut familial ni un enregistrement formel auprès l'autorité de l'État, comme le partenariat enregistré. Pour l'auteur, les partenariats enregistrés classiques et les partenariats domestiques sont tous des partenariats formels, une fois qu'ils se basent sur un document, une formalité pour l'établissement du partenariat.

**85.** Le partenariat domestique est un niveau de reconnaissance très bas pour les couples de personnes du même sexe et correspond souvent à un premier pas pour la reconnaissance. Les partenaires domestiques restent officiellement célibataires, une fois qu'il n'y pas de changement de statut familial, différemment de ce qu'il se passe d'habitude pour les partenariats enregistrés. En raison de ses limitations, une partie de la doctrine insistait sur le rattachement du partenariat domestique en DIP aux faits de la vie ou à la matière des contrats. Dans quelques systèmes légaux qui adoptent les partenariats domestiques, l'on ne reconnaît pas un statut familial spécifique aux couples qui vivent sous ce régime, mais les soumettent à un régime contractuel. Le rattachement le plus approprié est celui du statut personnel, parce que l'on s'occupe de la vie en famille, la vie en couple. La terminologie l'indique : la raison d'être du partenariat est domestique, c'est à dire, rattaché au foyer, à la vie en couple, en famille.

**86.** Un point important sur le concept du partenariat est questionner l'exigence de son enregistrement. Dans certains systèmes, le partenariat peut se constituer à travers son enregistrement devant une autorité – souvent le notaire ou une autorité administratif – ou à



travers la constatation de l'existence du partenariat. Pour cette deuxième hypothèse, il y a un partenariat informel, mais pas forcément inférieur en raison de l'inexistence d'une convention enregistrée. C'est le maintien de la cohabitation du couple à travers des délais considérables qui constitue ce partenariat, même sans formalités. L'existence du partenariat peut être reconnu par un tribunal, sous certaines conditions et à travers certaines preuves. Si la reconnaissance à travers une plainte judiciaire indique forcément la date initiale de l'établissement du partenariat, afin de délimiter le moment à partir duquel l'on espère reconnaître les effets qui en résultent, la date de dissolution du partenariat n'est pas toujours indiquée. Si la plainte vise seulement reconnaître l'existence du partenariat, elle ne touchera pas forcément la date de sa cessation. En revanche, si la plainte vise la reconnaissance du partenariat pour des effets successoraux ou patrimoniaux résultants de la dissolution inter vivos, la plainte reconnaît à la fois l'existence et la dissolution du partenariat, en indiquant sa durée, avec la date de son établissement et de son extinction, soit par dissolution à cause d'une succession *mortis causa*, soit par dissolution inter vivos. L'objectif d'une plainte pour reconnaître l'existence du partenariat sans viser sa dissolution, même aux systèmes – comme le brésilien – où les partenaires peuvent établir un partenariat et indiquer une date rétroactive de l'établissement du partenariat, à travers une convention, s'explique par l'objectif d'aboutir certains effets légaux ou administratifs. Cela sert à faire preuve de manière rétroactive sur la durée d'un partenariat pour garantir le droit de séjour d'un partenaire étranger, par exemple. L'avantage est que la reconnaissance par le tribunal éloignerait les soupçons de fraude et démontrerait qu'il ne s'agit pas d'un « partenariat blanc ». Ce qui faciliterait la procédure pour l'obtention du droit de séjour pour le partenaire étranger et réduirait la bureaucratie auprès des autorités administratives et de la police.

**87.** Une question que l'on peut se poser serait si le partenariat informel se confondrait avec le concubinage, en raison de l'absence d'enregistrement. Certains systèmes qui reconnaissent les partenariats formels et informels ne font de distinction en tant qu'effets attribués aux partenaires, c'est à dire, les partenaires ont les mêmes droits, sauf certaines dispositions qui peuvent être établis à travers le choix de parties (comme le régime patrimonial ou la loi applicable au régime patrimonial), lors de l'enregistrement. Toutefois, les partenaires ont le même statut. Sur le thème de l'inexistence de formalité pour l'utilisation de la catégorie par les couples de personnes du même sexe, Monsieur Devers<sup>71</sup> distingue

---

71 Devers, *op. cit.*, p. 104.

l'union libre et l'union légale, pour parler du concubinage, respectivement, au cas où la loi régit la vie en couple hors mariage, selon un cadre juridique préétabli, ou, en revanche, au cas où la loi l'ignore, laissant le couple à la discrétion des tribunaux pour leur reconnaître ou pas des droits, et selon les critères qu'ils considèrent convenables. Il faut observer que certains systèmes légaux ne comprennent pas une catégorie d'union libre, distincte du partenariat, et par conséquent avec des droits plus limités ; ou réservent l'union libre semblable au concubinage, parallèlement au partenariat, à certains couples qui ne remplissent pas les conditions ni pour se marier ni pour se faire reconnaître comme des partenaires. En tout cas, le choix de la catégorie à être adoptée est faite par l'État et ses institutions – soit le Pouvoir Législatif, le Pouvoir Judiciaire ou le Pouvoir Exécutif -, et que l'État choisit quelques fois de protéger le couple à travers une union légale, sous la forme du partenariat.

## **Conclusion de la Section 1**

**88.** La reconnaissance des couples de personnes du même sexe à partir des années quatre-vingts est une rupture sociale et juridique en matière d'organisation de la vie familiale avec tous les modèles auparavant existants. Ce revirement historique du statut discriminatoire imposé aux couples homosexuels pendant des siècles résulta d'un procès complexe, construit lentement à plusieurs étapes. Ce mouvement lancé à partir des pays scandinaves, à travers le partenariat enregistré dans un premier moment, et amplifié avec l'ouverture du mariage aux Pays-Bas aux années 2000, est encore en construction. Comme le cercle d'États qui reconnaît les couples de personnes du même sexe est encore limité, malgré l'importance des États qui composent ce cercle ; il y a encore de la place pour que ce mouvement avance de manière à se propager dans d'autres États réfractaires à ces couples. Et cependant, ce mouvement est dynamique, une fois qu'il y a une contre-vague conservatrice qui renforce les barrières à la reconnaissance et stimule la révocation des avancements déjà atteints dans certains États.

**89.** La reconnaissance des couples de personnes du même sexe se fait à travers des catégories solidement consacrées en droit de la famille. En effet, toutes les catégories utilisées pour cette reconnaissance ont le mariage comme référence : soit le partenariat enregistré authentiquement érigé pour ces couples, soit le « mariage pour tous » emprunté au mariage

traditionnel, ou encore le partenariat informel qui s'approprie du refus des couples hétérosexuels à s'encadrer aux contours rigides du mariage traditionnel. En s'appuyant sur le droit comparé, l'on aperçoit clairement la consécration des catégories en deux niveaux. La lutte pour l'ouverture du mariage aux personnes LGBTI vise leur garantir des droits exclusifs de conjoints et leur assurer un traitement moins discriminatoire, en raison de la légitimité de l'institution, et plus avantageux, par rapport aux droits octroyés aux partenaires. L'ouverture du mariage aux couples homosexuels contribue pour confirmer le mariage comme une catégorie supérieure, même si le mariage entre personnes du même sexe est un mariage bis, en raison de certaines restrictions qui sont parfois imposées aux conjoints du même sexe. En revanche, le partenariat se confirme comme une catégorie inférieure par rapport au mariage. C'est une catégorie subsidiaire, par sa fragilité et son éphéméride face à la prévalence du mariage. Malgré les différents contours que le partenariat assume dans chaque système légal et une profusion des dénominations existante en droit comparé ; les différentes catégories pour la reconnaissance hors mariage des couples de personnes du même sexe se regroupent sous le partenariat, en tant que catégorie générale. L'on distingue le partenariat formel et informel, aux effets différents, selon le recours ou pas au formalisme. Les distinctions entre le mariage, d'un côté, et le partenariat, de l'autre côté, permettent d'analyser les différentes conséquences de l'utilisation de chaque catégorie pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, le régime juridique qui leur est imposé selon la catégorie dans laquelle ils s'inscrivent et sa circulation à l'internationale en DIP.

## **Section 2. La qualification des couples de personnes du même sexe en Droit International privé**

90. Les particularités – y incluses culturelles – de chaque système légal, qui favorisent l'existence de différentes catégories pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe en droit comparé, justifient l'occurrence des différentes perceptions sur une même catégorie, selon la juridiction que l'examine. La qualification correspond à la traduction au plan juridique d'une situation concrète ou hypothétique<sup>72</sup>. Madame RALSER explique que la

<sup>72</sup> Voir KAHN, F. *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*. t. I, München, Duncker et Humblot, 1928. p. 1. BARTIN, Etienne. « La doctrine des qualification et ses rapports avec le caractère national des règles de conflits de lois » in *RCADI*, vol. 31, 1930. p. 565-620.

qualification en DIP « consiste à analyser, abstraitement, les divers éléments d'un événement réel, matériel, afin de les confronter avec des concepts connus et préalablement définis. Si elle leur reconnaît les caractéristiques essentielles d'une catégorie juridique préexistante, elle fait entrer ces éléments, ou certains d'entre eux seulement, dans la catégorie correspondante. Une fois seulement ce classement opéré, il est possible de dire quelle est la règle de droit à laquelle la catégorie est rattachée, et donc de l'appliquer concrètement »<sup>73</sup>. La qualification est à la base de toute reconnaissance et circulation du statut des couples de personnes du même sexe en DIP<sup>74</sup>.

**91.** Comme la mise en œuvre de la qualification des couples de personnes du même sexe en DIP s'appuie sur les théories classiques de la qualification, l'applique ces critères traditionnels aux jeunes catégories adoptées pour ces couples. Comme pour d'autres thèmes du conflit de lois en DIP, la qualification suit l'approche conflictuelle et soumet la qualification à la *lex fori* ou à la *lex causæ*. Le recours aux théories sur la qualification permet de trouver une solution précise et technique visant bien encadrer l'institution analysée pour la reconnaître, refuser sa reconnaissance ou lui accorder des effets plus limités, comme l'on fait pour la polygamie en Occident, par exemple. La qualification ou le classement du lien du couple dans telle ou telle catégorie intervient directement non seulement sur le statut du couple, mais aussi sur les droits qui leur sont reconnus. La qualification du lien d'un couple de personnes du même sexe en DIP est omniprésente dans le parcours de vie des couples de personnes du même sexe : lors de la formation du lien (célébration du mariage, enregistrement du partenariat enregistré ou consommation du partenariat informel), à l'occasion de jouissance des effets patrimoniaux ou personnels du rapport, ou encore lors de sa dissolution à cause de mort ou par acte inter vivos. Elle est aussi indispensable, quand l'on projette la reconnaissance du lien ou de certains de ses effets à l'étranger, ou si l'on s'interroge sur l'existence du lien comme question préalable rattachée à une question principale de divorce, succession, annulation de mariage ou filiation. Comme la reconnaissance des couples homosexuels s'organisent autour de la dichotomie de deux catégories, en thèse opposées, le classement comme mariage ou partenariat se fait sous critères strictes qui limitent la fongibilité d'une catégorie à l'autre.

---

<sup>73</sup> RALSER, *op. cit.*, p. 188.

<sup>74</sup> Dans ce sens, Pierre LOUIS-LUCAS observe : « La qualification est une opération de l'esprit, par laquelle commence nécessairement l'examen de tout problème juridique. Elle consiste à concevoir, puis à énoncer, quelle est la nature de la situation que l'on envisage » (LOUIS-LUCAS, Pierre. « Qualification et répartition », *Revue critique de Droit International privé*. Vol. XLVI, 1957, p. 153).

## §1. La qualification du mariage

92. D'une part, l'universalité du mariage favorise la qualification homonyme ; d'autre part, la spécificité du mariage entre personnes du même sexe crée un obstacle pour sa qualification comme tel dans plusieurs juridictions. Pour examiner le régime légal du mariage homosexuel, il faut examiner sa qualification sous l'approche classique à partir de la loi du for ou de la loi étrangère.

### A. La qualification *lege fori*

93. La qualification est la première opération dans le raisonnement conflictuel, comme un reflet. Les partisans de la qualification *lege fori* soutiennent que l'identification de la question à trancher se fait presque de manière automatique, une fois que le juge du for est imprégné des concepts de sa propre loi, à travers la référence aux définitions et notions que son droit prend en considération. La règle de conflit en DIP est toujours nationale – sauf pour le droit conventionnel -, même si elle désigne une loi étrangère ; et la détermination de la règle de conflit et de la loi applicable qui en découle se fait sous le droit du for<sup>75</sup>. Les sources du DIP proviennent majoritairement du droit interne et, exceptionnellement, des conventions et traités internationaux avec lesquels l'État s'oblige. D'ailleurs, la qualification *lege fori* éviterait les détours imposés par la qualification par la *lex causae*, qui dépendrait d'une qualification initiale par la *lex fori*, en conduisant ainsi à un cercle vicieux<sup>76</sup>. Il faut ainsi

---

75 RALSER, *op. cit.* p. 189 s.

76 Madame Ralsér précise que « la qualification occupant la première place dans le raisonnement conflictuel, elle ne saurait être laissée à la merci d'une autre loi que la *lex fori*, puisque la *lex causae* n'aura un titre à s'appliquer qu'une fois désignée par la règle de conflit. Or cette désignation suppose précisément que la qualification ait déjà été faite, sous peine de se heurter à la critique du cercle vicieux. ». (RALSER, *op. cit.* p. 190).

examiner comment la qualification *lege fori* favorise ou pas la qualification du mariage homosexuel.

## 1. La qualification à partir de la loi du for

94. La qualification du mariage à partir de la loi du for ne pose pas de problèmes si le for reconnaît aussi le mariage des couples de personnes du même sexe. Et cependant, quand le for ne reconnaît pas le « mariage pour tous », la tendance serait de soumettre ces couples à la non reconnaissance ou à leur reconnaissance dans un niveau inférieur au mariage. Si la qualification *lege fori* ne s'annonce pas inquiétante pour les conjoints du même sexe dans la première hypothèse ; cela se montre frappant dans le deuxième cas.

95. Quand il y a de la compatibilité entre le droit étranger et le droit du for en matière de mariage entre personnes du même sexe, l'universalité du mariage favorise sa reconnaissance. Même quand il y a des particularités au régime juridique du mariage homosexuel dans certains systèmes légaux, comme l'exclusion de certains droits par rapport aux conjoints de sexe différent ; le profil du mariage en tant que catégorie standard et unique rassure sa circulation et l'équivalence de la qualification entre l'institution étrangère et le droit du for. La singularité du mariage facilite cette harmonie, même si le mariage entre personnes du même sexe s'agit d'un mariage bis. En revanche, la méconnaissance du mariage homosexuel ou de toute forme de reconnaissance des couples de personnes du même sexe par le droit du for rend difficile la qualification comme mariage par la *lex fori*. Les conséquences directes seraient, respectivement, le refus à reconnaître ledit mariage ou sa requalification comme partenariat. La perméabilité du for vers le mariage serait conditionnée par la rigidité de la clause d'ordre public ou la tolérance à l'égard de l'institution inconnue étrangère. Face à la diversité de catégories adoptés pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, certains États qui ne leur offrent que le partenariat restreignent la reconnaissance du mariage homosexuel étranger, à partir de son ouverture en 2001 aux Pays-Bas, comme partenariat.

Cette mesure, qui a été officialisée dans plusieurs lois nationales encore en vigueur ou dans la phase pré-mariage de ces États<sup>77</sup>, est un reflet direct de l'option pour la qualification du mariage *lege fori*, comme résultat de la position de ces États de réserver le mariage aux couples traditionnels.

## 2. La critique de la thèse

96. La qualification du mariage *lege fori* relève la possibilité de dénaturation de l'institution sous examen, si le droit du for est hostile au mariage homosexuel. Marc Mignot critique la qualification *lege fori* pour les couples de personnes du même sexe, parce qu'elle créerait une situation juridique différente de celle projetée lors de la célébration du mariage<sup>78</sup>. Cela expose le couple au risque de se trouver dans une situation défavorable, au cas où le droit du for requalifie le mariage en partenariat ou bloque sa reconnaissance, face à l'incompatibilité du mariage homosexuel avec l'ordre public du for. Il y a une situation d'insécurité juridique, car le couple possède ainsi un statut dans la juridiction de célébration du mariage et possiblement dans d'autres juridiction qui le reconnaissent, mais un statut boiteux ou vulnérable dans le for. Face à l'historique discrimination à l'égard des couples de personnes du même sexe, la qualification *lege fori* du « mariage pour tous » pourrait contribuer pour renforcer leur exclusion, parce que le principe d'ordre public serait évoqué pour bloquer « avec légitimité » la qualification comme mariage. Compte tenu la souveraineté des États, cette solution serait confortablement prise par les nombreux États qui refusent de reconnaître les droits de ces couples, notamment par ceux les plus hostiles à l'égard des droits de personnes LGBTI.

---

<sup>77</sup> Comme par exemple, les articles 32-bis et 32-quinquies de la loi italienne de DIP (loi 218/95, réformée après l'adoption du partenariat enregistré en Italie), l'article 45, 3 de la loi suisse de DIP du 1987, après la réforme faite en 2004 par l'adoption du partenariat enregistré en Suisse, et la position des tribunaux français de limiter la reconnaissance du mariage et des partenariats-institutions scandinaves aux effets semblables au PACS, jusqu'à l'adoption du « mariage pour tous ».

<sup>78</sup> « Plutôt que de réduire l'institution étrangère à ce qu'elle n'est pas, à savoir une union *sui generis* distincte du mariage, il peut paraître préférable de lui restituer sa vraie nature. » (MIGNOT, Marc. « Le partenariat enregistré en Droit International privé », *Revue internationale de droit comparé*. n. 3. 2001. n. 71. p. 650.)

## B. Le qualification *lege causae*

97. Les partisans de la qualification *lege causae*, comme Despagnet et Wolff<sup>79</sup> soutiennent que la loi étrangère ne serait appliquée que si comme elle est édictée. Si cette solution priorise certes l'harmonie, elle ne répond pas à la démarche essentielle pour sa mise en œuvre : comment déterminer la *lex causae* qui serait utilisée pour la qualification. Rabel<sup>80</sup>, à son tour, soutient aussi la qualification par la *lex causae*, mais à travers une recherche des concepts autonomes et universels qui seraient à la base des catégories auxquelles les règles de conflit se dirigent<sup>81</sup>. Très proche du droit comparé, cette proposition risque d'être considérée comme une position pas pragmatique, probablement inspirée d'une permanence des idées de Savigny sur la communauté de droit des peuples, qui s'est montrée utopique. Les différentes théories sur la loi applicable à la qualification *lege causae* en DIP subissent des objections du cercle vicieux, parce que l'intervention de la qualification pour obtenir la loi applicable conduit à un cumul de qualifications. Il faudrait partir déjà de la *lex causae*, qui dépend en effet d'une qualification préalable pour être déterminée. Dans un esprit de conciliation, Battifol essaye de distinguer la qualification en deux phases : d'abord, l'on ferait une qualification de compétence, disciplinée par la *lex fori*, dans la phase de jugement, de manière à évaluer l'existence de la catégorie. Dans un deuxième moment, l'on partirait à la qualification de fond, régie par la *lex causae*, dans la phase d'analyse du cas, de façon à établir comment le droit est régi par la loi étrangère, en tant que règle<sup>82</sup>.

---

79 Voir DESPAGNET, Franzt. « Des conflits des lois relatifs à la qualification des rapports juridiques », *J. D. I.*, 1898, 253. WOLFF, Martin, *Private international law*, 2 ed., 1950.

80 Voir RABEL, Ernst, *The conflict of laws : a comparative study*. 2 ed. 1958.

81 RALSER, *op. cit.* p. 191.

82 Voir note Sur les théories. La solution de Battifol pp. 190-191.



## 1. La qualification à partir de la loi étrangère

98. La qualification du mariage à partir de la *lex causæ* serait la solution la plus avantageuse pour les couples de personnes du même sexe. Si la qualification du mariage par la *lex causæ* ne pose pas de problèmes, quand le for reconnaît aussi le mariage des couples de personnes du même sexe ; cela s'annonce complexe, quand le droit du for le méconnaît. Dans le premier cas, il y a de l'harmonie entre les deux systèmes, et le for n'aurait pas de difficulté d'ouvrir la porte à la loi étrangère. En revanche, quand le for ne reconnaît pas le mariage homosexuel, soumettre ces couples à une loi étrangère qui apporte une institution inconnue au for exige de la tolérance du for. La qualification du mariage *lege causæ* pourrait bénéficier de l'universalité du mariage pour revendiquer sa reconnaissance, même quand le for ne connaît pas le mariage pour tous. Même si le for n'ouvre pas le mariage aux couples de personnes du même sexe, il est impossible de dire que l'institution du mariage y soit inconnue. La qualification par la loi étrangère exige de la souplesse pour que le juge du for agisse avec tolérance pour reconnaître la loi étrangère et les contours qu'elle donne à l'institution sous examen<sup>83</sup>, de manière à reconnaître au moins certains effets, à travers l'adaptation.

99. L'on constate la qualification du mariage homosexuel *lege causæ* au DIP israélien, qui reconnaît les conjoints du même sexe mariés à l'étranger comme des « époux réputés ». Dès 2006, à partir d'une décision de la Cour Suprême d'Israël, les mariages entre personnes du même sexe célébrés à l'étranger sont reconnus comme mariage au but d'inscription dans le

---

83 Voir « La qualification *lege causæ* conduit naturellement à faire entrer le mariage homosexuel étranger dans la sous-catégorie de rattachement du mariage du Droit International privé. Finalement, le problème peut être résolu aisément par un élargissement de la catégorie du mariage du for qui, par sa souplesse et son adaptation aux réalités internationales, accueille déjà le mariage polygamique ou les unions plus précaires. Il n'est pas plus choquant d'admettre ce type d'union dans la catégorie du mariage du Droit International privé que le mariage homosexuel étranger. Le juge saisi d'une prétention fondée sur une union homosexuelle étrangère devra résoudre le litige en classant cette union dans la catégorie de rattachement du statut personnel et dans la sous-catégorie du mariage. » (MIGNOT, Marc. « Le partenariat enregistré en Droit International privé », *Revue internationale de droit comparé*. n. 3. 2001. n. 71. p. 651).

Registre de la Population, pour des fins statistiques<sup>84 85</sup>. Même si cet enregistrement ne permet pas la reconnaissance officielle du mariage étranger en Israël, le critère utilisé pour la qualification et l'analyse de la validité du mariage étranger fut la *lex causae*.

**100.** L'on part à une analyse plus profonde en matière de qualification du mariage, quand l'on examine si certains aspects du mariage, qui sont en effet des conditions (de fond ou de forme) pour la validité d'un mariage, constituent des éléments essentiels pour la qualification du mariage. La question est déjà bien connue en DIP, en raison de la dichotomie mariage civil et mariage religieux, qui se sont érigés en authentiques espèces de mariage, comme l'on vérifie à travers l'affaire Caraslanis, qui est une référence de la jurisprudence française de DIP dans la matière. Si aujourd'hui les discussions sur la validité du mariage religieux sont rares, en raison de l'abandon presque absolu pour ce genre de mariage<sup>86</sup>, le débat est intéressant pour les couples de personnes du même sexe. Dans la presque totalité des États qui ouvrent le mariage aux couples homosexuels, il se fait souvent dans la modalité du mariage civil, sur la base de sa neutralité, souvent associée à la laïcité. Même s'il y a peu d'États qui ouvrent le mariage religieux à ces couples, cela se fait souvent d'une manière optative, parallèle au mariage civil. Le problème traditionnel du débat sur l'/la (in)fungibilité entre le mariages religieux et civil pourrait se poser pour le couples homosexuels, car certains États qui reconnaissent le mariage religieux comme valable (parallèlement au mariage civil, à travers

---

84 « In November 2006, the Supeme Court held that a same-sex marriage performed abroad must also be entered in the Population Registry. Once again, the Court declared taht the Registry provides no proof that the marriage is valid.

(...)

In Israel there are essentially three groups of unmarried couples who choose to live as reputed spouses : (1) those who cannot marry in Israel (inter-faith marriages, marriages prohibited by religious law) ; (2) those who are secular and do not wish to have a religious ceremony, or are wary of the difficulties, especially for women, of obtaining a Jewish divorce it the marriage fails ; (3) those who prefer, at least for the time being, a loose relationship, which does not impose upon them the whole set of effects which an established marriage entails.

(...)

In recent years, the rules have been gradually extended by the courts also to same-sex reputed spouses. However, the Supreme Court has been very consistent in emphasizing that, unlike marriage, being reputed spouses confers no status. It is merely a contractual relationship. The contract need not be express, but may be implicitly deduced from the circumstances of living together as husband and wife in a common household. To the extent that the legislature did not define the rights of a reputed spouse specifically, those rights must be evaluated separately in every case, and for every act of legislation. Even here, however, intepretation has become rather flexible. In recent years, the court underlined that such relationships have become so common that it could be unjust to treat reputed spouses differently from married ones. Old cases in which reputed spouses were not equally treated were therefore set aside. Although the Supreme Court is careful not to attach the word 'status' to reputed spouses, it nevertheless refers to such a relationship as an 'institution', using the same terminology that it uses for the 'institution' of marriage. » (EINHORN, *op. cit.* p. 182 s.).

85 Dans le cas, cinq couples d'hommes ressortissants israéliens se sont mariés au Canada. Disponible sur <http://365gay.com/Newscon07/09/091007israel.htm>.

86 Actuellement, seulement quelques États priorisent le mariage religieux, comme le Principauté de Saint-Marin, l'Égypte, le Liban, l'Israël, le Vatican et quelques États du Moyen Orient.

une validation obligatoire du mariage religieux devant l'enregistrement civil, pour la production d'effets légaux) comptent des congrégations religieuses qui célèbrent des cérémonies de mariage pour les couples de personnes du même sexe. Pourtant, il est probable que les cas seraient peu nombreux, compte tenu l'historique de refus de reconnaissance à l'égard des couples de personnes du même sexe par les religions en général. En tout cas, la plupart des États comprennent le débat sur l'option entre le mariage civil ou religieux comme une question de forme pour la validité du mariage, qui n'affecte pas de tout sa qualification en tant que mariage.

## 2. La critique de la thèse

**101.** La première critique à la qualification *lege causae* est celle du cercle vicieux. Comme la *lex causae* dérive du droit du for, parce que l'on dépend de la règle de conflit du for, pour identifier la loi étrangère applicable, qui sert aussi à la qualification, il y a un rapport de dépendance entre la loi étrangère de la qualification et la *lex fori*. La désignation de la loi étrangère présume que la qualification ait déjà été faite. Il serait un contresens soumettre le problème à la *lex causae*, si l'on veut le résoudre.

**102.** Le recours à la qualification du mariage *lege causae* peut, malgré son aspect protectif pour les couples de personnes du même sexe mariés à l'étranger, créer des inégalités au for, si le droit local ignore ce type d'unions. La reconnaissance du mariage pour ceux qui se sont mariés à l'étranger face à l'inexistence de protection pour les couples homosexuels qui ne peuvent pas se marier au for est une rupture de l'isonomie de traitement légal au niveau interne. Même dans le cas israélien où les couples homosexuels vivant maritalement sous un régime d'union de fait réussissent à obtenir certains droits, par assimilation comme des « époux réputés » ; l'on constate cette discrimination, face au vide juridique dans la législation interne. Les couples de personnes du même sexe mariés à l'étranger réussissent à faire l'inscription de leur mariage dans le Registre de la Population (même sans effets légaux

d'enregistrement civil), jouissant ainsi d'un certain prestige social, et peuvent revendiquer la dissolution de leur lien en Israël, même que sous conditions exceptionnelles.

## §2. La qualification des partenariats

**103.** La qualification des partenariats remet à la discussion sur la délimitation de cette catégorie : sa sous-division en partenariat enregistré ou informel, si que son voisinage ou même sa fongibilité avec le concubinage et toutes autres catégories équivalentes classées au-dessous du mariage. Il se pose un défi pour rassembler ces sous-catégories si diverses, pour encadrer les différents modèles d'organisation de la vie familiale des couples de personnes du même sexe hors mariage sous la rubrique du partenariat, pour garantir au moins la reconnaissance dans un niveau inférieur au mariage. Et il ne serait pas rare le besoin de qualifier un partenariat comme mariage, face aux restrictions du for que ne connaît pas l'institution inférieure pour l'organisation de la vie familiale. Comme pour la qualification du mariage, l'on se tourne vers le choix entre la loi du for ou la loi étrangère pour la qualification du partenariat.

### A. La qualification *lege fori*

**104.** Comme pour le mariage, la qualification *lege fori* répond au reflet initial du juge du for d'examiner l'institution étrangère, selon les paramètres que lui sont familiers, de son propre système légal. C'est un procès d'auto-contemplation, parce que le juge du for est influencé par les institutions de droit interne. Raison pour laquelle la qualification par la loi du for est certes l'approche la plus confortable pour le juge du for.

## 1. La qualification à partir de la loi du for

**105.** La qualification du partenariat par la *lex fori* peut empêcher ou favoriser la reconnaissance du lien au for. D'une part, comme le partenariat est plus répandu que le mariage au cercle d'États qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe, en raison des restrictions de certains États à l'égard du mariage ; augmente la possibilité de symétrie entre l'institution étrangère et la catégorie possiblement aussi existante au for. D'autre part, la méconnaissance du partenariat, sa restriction aux couples hétérosexuels, son admission comme un partenariat avec des droits très limités ou dans une sous-catégorie, comme équivalent au concubinage français ou au partenariat informel, peut créer des obstacles pour la qualification. En revanche, si le for ne reconnaît pas le partenariat homosexuel, mais ouvre le mariage pour les personnes du même sexe, la qualification à partir de la *lex fori* placerait le couple automatiquement dans une catégorie supérieure. Il faut faire attention aux différences existantes entre les différents types de partenariats, parce que les contours propres à chaque type de partenariat sont déterminants pour l'examen de la qualification. Si le for exige des conditions plus rigides pour la formation du partenariat, comme l'obligatoiriété d'enregistrement, un partenariat informel aux droits similaires à un partenariat-institution ne serait pas reconnu ou serait sous-qualifié comme concubinage au for, ce qui conduirait à une limitation de droits. En tant que catégorie de reconnaissance hors mariage, la qualification du partenariat par la *lex fori* permet d'accommoder plus facilement la catégorie étrangère de partenariat aux contours imposés par le droit du for, en favorisant ainsi sa reconnaissance et sa circulation.

**106.** Si la qualification par la loi du for permet d'éviter le cercle vicieux imposé par la qualification par la *lex causae* et répond au instinct du juge du for d'avoir recours à son propre système légal pour l'opération de qualification ; elle peut se montrer défavorable aux couples homosexuels. Il est inévitable d'admettre que l'option pour la qualification *lege fori* convient aux intérêts des États qui refusent reconnaître les couples de personnes du même sexe en tant que couples, surtout ceux qui sont farouchement contraires à toute reconnaissance. Et certains États s'opposent même à la reconnaissance dans un niveau inférieur comme celui du partenariat.

## 2. La critique de la thèse

**107.** Du côté théorique, comme pour le mariage, la qualification *lege fori* pose le risque de dénaturer l'institution étrangère. La loi du for sert originalement à indiquer la règle de conflit en DIP, même si elle peut remplacer la loi étrangère applicable, dans les cas où l'application de la loi étrangère indiquée n'est pas possible. Une fois atteint l'objectif de la détermination de la loi étrangère compétente, si l'on insiste sur l'application de la loi du for, elle « bénéficierait alors d'une prorogation de compétence injustifiée »<sup>87</sup>. Face à la diversité des catégories pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe vivant sous cohabitation hors mariage, il y a des contrastes très accentués entre les différentes modalités de partenariat. La qualification par la loi du for peut ignorer, supprimer ou même ajouter des effets à l'égard de l'institution étrangère que l'on cherche à encadrer au for. En outre, cette dénaturation forcée de l'institution étrangère peut s'imposer aussi à travers un changement de catégorie. Dans l'hypothèse où le for est un État à choix prioritaire pour le mariage, le partenariat étranger serait obligatoirement qualifié comme mariage. Même quand la qualification *lege fori* résulte dans la reconnaissance du couple de personnes du même sexe, elle peut se faire par un changement indésirable de l'institution étrangère. L'établissement de la vie en couple, soit par le mariage, soit par le partenariat, résulte de l'exercice du libre consentement, de la volonté des conjoints ou partenaires pour s'y engager. Changer autoritairement la catégorie choisie par eux viole l'objectif de l'institution et la volonté des intéressés.

### B. La qualification *lege causae*

**108.** Si la qualification *lege causae* sert à préserver l'institution étrangère, elle trouve des difficultés techniques pour sa mise en œuvre. Pareillement à ce qu'il se passe pour le mariage, la qualification par la loi étrangère implique un cercle vicieux, une fois que c'est le droit du for qui indique la loi étrangère compétente.

---

<sup>87</sup> LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, p. 157.

## 1. La qualification à partir de la loi étrangère

**109.** La qualification du partenariat à partir de la *lex causae* garantie aux partenaires la protection et la stabilité de leur lien. Même quand le droit du for reconnaît les couples de personnes du même sexe, la qualification du partenariat étranger à travers un partenariat ou catégorie semblable aux contours distincts de l'institution étrangère ou par le mariage, sous le commandement de la loi du for, va contre l'objectif de l'institution sous examen et les fins souhaités par les partenaires. Il est essentiel de respecter l'institution originale sous peine de sa dénaturation. La qualification *lege causae* est la plus rassurante pour les couples homosexuels, parce que elle vise le respect de leur union, telle comme elle a été établie à l'origine<sup>88</sup>. Évidemment, comme pour le mariage, il est indispensable que le for ait de la tolérance pour réceptionner l'institution étrangère, selon la qualification par la *lex causae*. Au contraire, la qualification par la loi étrangère serait écarté en faveur de la *lex fori*, notamment si l'institution étrangère heurte l'ordre public.

## 2. La critique de la thèse

**110.** Semblablement comme il se passe pour le mariage, la qualification par la *lex causae* s'affaiblit face au cercle vicieux. Il y a besoin d'avoir recours à une qualification initiale par la loi du for, comme étape préalable pour concrétiser la qualification *lege causae*. Dans ce sens, Monsieur Devers récupère la thèse du conflit de qualifications : « Il convient donc de distinguer deux catégories de qualification ou deux niveaux de raisonnement : une qualification primaire qui détermine la loi compétente, pour laquelle la qualification *lege fori* est prépondérante, et une qualification secondaire – ou en sous-ordre – pour la recherche des principes de droit matériel, pour laquelle la *lex causae* est seule applicable.<sup>89</sup> »

---

<sup>88</sup> « Par ailleurs, la qualification *lege causae* est plus réaliste dans la mesure où elle assure la stabilité de la situation des partenaires homosexuels. Ainsi, la situation personnelle des couples homosexuels sera relativement stable et variera peu malgré leur déplacement géographique. ». (MIGNOT, Marc. « Le partenariat enregistré en Droit International privé », *Revue internationale de droit comparé*. n. 3. 2001. n. 76. p. 653).

<sup>89</sup> DEVERS, op. Cit., 100.

## Conclusion de la Section 2

**111.** Comme étape indispensable pour la mise en œuvre du DIP, à travers le conflit de lois et le conflit de juridictions, la qualification reprend la méthode conflictuelle typique du DIP : les théories classiques de la qualification en DIP s'organisent autour du choix entre la *lex fori* et la *lex causae* pour la qualification. Comme la reconnaissance des couples de personnes du même sexe est un terrain encore glissant à l'internationale, malgré son développement dans un cercle select d'États ; la qualification du lien unissant le couple homosexuel est une étape essentielle pour toute démarche visant leur reconnaître des droits. En considérant les catégories utilisées pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, à savoir, le mariage et le partenariat (comme catégorie générale de cohabitation hors mariage), il faut analyser comment la qualification *lege fori* et la qualification *lege causae* peuvent contribuer ou poser d'obstacles pour la qualification de chacune de ces catégories au for. La diversité du droit comparé inspire des solutions en matière de qualification qui sont au-delà de la simple reconnaissance ou du refus automatique de l'institution étrangère au for. L'écart entre l'institution étrangère et le droit du for forcent parfois des solutions plus conciliatrices, comme la requalification de l'institution étrangère dans une autre catégorie.

**112.** Même si la qualification *lege fori* sert à accueillir parfois l'institution étrangère au for, il est clair qu'elle sert convenablement à justifier la non-reconnaissance des couples de personnes du même sexe, quand le droit du for leur est réfractaire. Pas rarement, le droit du for s'endurcissent sous l'argument de protection de l'ordre public, pour empêcher la reconnaissance de ces couples. À son tour, la qualification *lege causae* se montre plus séduisant pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, parce qu'elle vise préserver l'institution étrangère telle comme elle est établie à l'origine. Et cependant, le recours direct à la *lex causae* pour la qualification se montre trompeuse, dans la mesure où une qualification initiale passant par la *lex fori* est nécessaire comme étape préalable pour aboutir à la qualification par la loi étrangère. Dans ce sens, la solution conciliatrice proposée par une doctrine autorisée est efficace, pour faciliter la protection à ces couples.



## **Conclusion du Chapitre premier**

**113.** Un long parcours historique et juridique explique la tardive reconnaissance des couples de personnes du même sexe, si que la résistance encore existante pour la protection de ces couples qui se trouvent encore dans une situation de vulnérabilité dans plusieurs juridictions et fors internationaux. Le statut discriminatoire imposé aux personnes LGBTI pendant des siècles explique l'inexistence d'une institution juridique solidement érigée pour changer ce paradigme. Toutes catégories appropriées par les couples homosexuels, pour l'organisation de leur vie familiale se sont inspirés du mariage, comme le modèle standard pour l'organisation de la vie en couple. D'abord le partenariat, et puis le « mariage pour tous », respectivement, dans un sens divergent et par un mouvement convergent, prennent le mariage traditionnel comme modèle pour cette reconnaissance. Dans l'escale de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, le mariage se firme comme une catégorie supérieure par rapport au partenariat. La supériorité du mariage s'explique non seulement par l'amplitude des droits offerts aux conjoints par rapport au partenariat, mais surtout par sa prévalence face au partenariat. La possibilité de conversion de partenariat en mariage, la dissolution automatique du partenariat en raison de la célébration de mariage par l'un des partenaires avec un tiers ou par les deux partenaires, et même l'extinction de la catégorie partenariat à cause de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, confirment l'éphéméride et la fragilité du partenariat face au mariage. En plus, l'universalité du mariage comme catégorie répandue à l'internationale renforce sa supériorité face au partenariat qui se morcelle en divers profils et dénominations en droit comparé. Cette profusion de modèles pour la cohabitation hors mariage basée sur le partenariat se vérifie par leur classification selon le contenu et le formalisme de ces catégories. D'ailleurs, le parcours pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe est dynamique et est loin d'être achevé. La lute pour l'ouverture du mariage pour tous continuent dans plusieurs États, notamment dans ceux où l'amour qui n'ose pas dire son nom manque encore de reconnaissance légale, mais aussi dans les États où l'on revendique l'ouverture du « mariage pour tous », même après la consolidation du partenariat (enregistré) avec des droits très proches du mariage.

**114.** Pour la mise en œuvre de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe en DIP, la qualification de l'institution étrangère du lien unissant le couple est un premier défi. La qualification de la catégorie utilisée pour la reconnaissance du couple intervient dans

toutes les phases de la vie en couple. Approche typique du méthode conflictuel du DIP, la qualification en DIP transite entre la *lex fori* et la *lex causae*. D'une part, la qualification *lege fori* répond à la vocation naturelle du juge de se pencher sur son propre système légal pour qualifier la question sous examen. Même si le droit du for est favorable, dans plusieurs cas, à la reconnaissance de la catégorie étrangère par le droit du for ; ce même droit du for peut se montrer hostile à la reconnaissance des couples homosexuels, notamment en s'appuyant sur l'ordre public. D'autre part, la qualification *lege causae*, à son tour, facilite la préservation de la catégorie choisie par le couple à l'étranger et des droits qui en découlent. Pourtant, si la qualification par la *lex causae* évite la dénaturation de l'institution étrangère, elle se rend à un cercle vicieux. Cette qualification par la loi étrangère peut se montrer illusoire, parce que l'on dépend d'une qualification préalable de la catégorie en question par le droit de for, qui indique les règles de conflit qui emmènent à la loi étrangère. La solution efficace est donc l'alternative conciliatrice d'avoir recours à une qualification préalable pour l'identification de la catégorie par la loi du for, pour la soumettre à un régime légal et aux contours dictés par la loi étrangère.

## **Chapitre deuxième :** **La formation du lien légal et sa reconnaissance à l'étranger**

115. L'établissement du lien qui unit le couple est l'étape initiale du parcours juridique de leur vie ensemble. Le respect à certaines conditions est exigé pour la formation du lien, qui est à la base de toute reconnaissance pour n'importe quel couple, mais surtout pour les couples de personnes du même sexe, qui ont leur légitimité souvent questionnée. Comme la preuve de l'existence du lien du couple se fait souvent par des instruments, tels qu'un acte authentique ; dans certains cas, une analyse plus rigoureuse est nécessaire pour l'existence d'un lien valable. En effet, il faut examiner à fond les conditions pour la validité du lien apte à produire d'effets sur le plan juridique, pour identifier des liens apparemment « valables » en raison d'instruments de preuve trompeurs, par exemple. Les conditions pour la validité de tout lien légal unissant un couple touche des questions de fond et de forme, mais ces conditions changent ou sont assouplis, selon la catégorie pour l'organisation de la vie familiale que l'on examine. La pluralité de catégories existantes pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe a des répercussions sur la reconnaissance du lien à l'étranger. La coexistence de diverses catégories en droit comparé ouvre le chemin à différentes solutions, à travers la (re)qualification du lien en DIP.

### **Section 1. La formation du lien légal et son existence valide**

116. La formation d'un lien valable est une condition *sine qua non* pour la reconnaissance du couple et pour leur permettre d'évoquer tous les effets patrimoniaux et personnels, si que ledit lien lors de sa dissolution. L'examen des conditions requises pour la formation du lien s'impose pour déterminer l'existence valide du lien et pour confirmer le statut des conjoints ou partenaires du même sexe. Plus que la validité d'un acte juridique, ou de la preuve de

l'acte, il faut une analyse à fond des conditions exigées pour la reconnaissance du lien du couple pour identifier les défauts souvent cachés par les actes présumés valables, car souvent revêtis de formalités, mais qui ont des défauts qui compromettent l'existence valide du lien.

## §1. La formation du lien légal

**117.** Compte tenu l'importance de la vie en couple pour l'organisation de la vie familiale et le changement que la vie en couple représente pour les conjoints ou partenaires ; il est indispensable d'examiner les différentes conditions exigées pour la formation du lien légal qui unit le couple. Pour étudier toutes les conditions pour l'établissement de la vie en couple pour les couples formés par deux personnes du même sexe ; il convient d'observer les particularités de chaque catégorie pour l'organisation de la vie familiale. Pour une question méthodologique, l'on analyse la formation du lien légal pour le mariage et le partenariat, en tant que catégorie de cohabitation hors mariage consacrée à l'internationale pour les couples homosexuels. En suivant la méthode conflictuelle classique du DIP, l'on analyse la question du conflit de juridictions et du conflit de lois en ce qui concerne la formation du lien unissant le couple ; non seulement la compétence des autorités pour intervenir dans la formation du lien légal, mais surtout des conditions de fond et forme exigés pour la validité du lien. L'on départ ainsi de l'analyse de la formation du mariage avant de passer à l'étude de la formation du partenariat, comme catégorie établie à partir des repères de la catégorie matrice.

### A. Le mariage

**118.** En raison de la solennité du mariage comme acte juridique, l'on divise l'étude de sa formation selon la méthode classique conflictuelle. L'on commence l'analyse de sa formation à partir de la compétence des autorités pour sa célébration, une fois que la juridiction responsable pour la célébration de l'acte est titulaire, selon ses critères de rattachement, pour indiquer dans un premier moment la(es) loi(s) applicable(s) à la validité de l'acte. Ensuite, l'on analyse la loi applicable aux conditions de fond et de forme pour la validité de cet acte si symbolique et solennel, pour lequel plusieurs conditions sont requises.

## 1. Compétence pour la célébration du mariage

**119.** Un acte solennel *sui generis*, le mariage se fait célébrer – comme d’autres actes juridiques – par une autorité au-dessus des parties prenantes de l’acte – les époux – ; et qui représente soit l’État, à travers le notaire, le maire, l’autorité consulaire ou l’agent diplomatique, soit l’ordre juridiquement établi, dans le cas du mariage religieux valablement reconnu pour la production des effets civils dans certaines juridictions. Comme stratégie pour contrôler la mise en œuvre de cet acte si important aux niveaux social et juridique, l’État autorise la célébration du mariage à certains individus qui répondent à certains critères de rattachement avec la juridiction représentée par l’autorité célébrante. Même sans avancer sur les conditions de fond du mariage, qui servent à la fois à bloquer l’accès au mariage à travers l’opposition des personnes légitimées à le faire suite à la publication des bans, mais aussi à invalider un mariage déjà célébré par une action postérieure en nullité ; il faut reconnaître que les critères de compétence pour la célébration de mariage opèrent comme un premier filtre d’accès au mariage. Ces critères basés sur les éléments de rattachement semblables à ceux employés pour la compétence juridictionnelle servent à exclure catégoriquement certains individus d’obtenir l’agrément pour se marier devant une certaine autorité. Presque inaperçues, parce que les États marient souvent ce qui vivent sur son territoire et ses ressortissants – même à l’étranger, par le mariage consulaire – ; l’importance des critères de compétence pour la célébration du mariage est visible aux États qui appliquent une politique restrictive comme celle basée sur les conflits de lois interpersonnels<sup>90</sup> ou à travers des restrictions imposées pour le mariage de personnes du même sexe, en raison de la condition de sexe des époux.

**120.** Malgré l’étiquette « mariage », qui évoque une institution universellement répandue en droit comparé, le mariage entre personnes du même sexe n’est encore reconnu que par un nombre restreint d’États. Si un couple d’un homme et une femme réussissait à trouver une

<sup>90</sup> L’objet classique du DIP est centré sur les conflits atemporels de lois, en opposition au conflit de lois dans le temps. Le conflit de lois en DIP regroupe majoritairement les conflits inter-espaciaux, comme les conflits entre les lois de différents pays souverains, mais aussi les conflits des lois basées sur les critères personnes comme la religion dans les systèmes multiconfessionnels. Depuis la dernière moitié de siècle, la tendance est la disparition des conflits basés sur des critères comme la race (Afrique du Sud avant la fin de l’Apartheid), la tribu (traditionnel en Afrique) ou la caste (système ségrégationniste en vigueur en Inde jusqu’aux années 70s). Le critère de la religion reste applicable cependant dans certains États. Un exemple clair d’un critère interpersonnel restrictif en matière de mariage est le droit israélien, qui conditionne la célébration du mariage à l’appartenance des deux époux à l’un des groupes indiqués comme des religions officiellement reconnues par l’État et sous lesquelles l’on peut célébrer un mariage valable en Israël. Raison pour laquelle l’on n’ouvre jusqu’au présent le mariage aux couples homosexuels dans cet État, mais reconnaît certains droits aux couples mariés à l’étranger sous la même base que l’on fait pour les couples hétérosexuels qui n’auraient pas d’accès pour se marier en Israël, selon les critères interpersonnels du droit israélien, et qui ne réussissent à obtenir le statut des époux réputés en Israël.

juridiction où ils pourraient se marier sans difficultés, au cas où leur(s) juridiction(s) d'origine n'autorise(nt) pas la célébration de leur mariage ; les couples homosexuels n'auraient pas probablement la même chance. Même si tous les États établissent des critères pour la célébration des mariages dans leurs juridictions, les critères concernant ceux qui peuvent contracter mariage sont parfois distincts pour le mariage homosexuel. Compte tenu le caractère plus limité du mariage pour tous, certains États restreignent la compétence de ses autorités pour la célébration du mariage de ses nationaux et/ou des résidents habituels ou domiciliés dans leur territoire. En revanche, certains États sont plus ouverts et permettent la célébration du mariage, lorsque seulement l'un des conjoints est son national ou a la résidence habituelle ou le domicile dans son territoire. Et certains États ouvrent exceptionnellement la célébration du mariage aux couples de personnes du même sexe, sous conditions plus favorables que celles octroyées aux couples de personnes de sexe différent. Ainsi, l'on analyse la compétence restrictive et celle inclusive pour la célébration des mariages des couples de personnes du même sexe.

#### *a) Compétence restrictive*

**121.** Par un probable esprit de prudence, certains États préfèrent limiter la célébration du mariage de personnes du même sexe par leurs autorités aux sujets qui gardent un lien étroit avec leur juridiction. En raison de la probable non reconnaissance du mariage aux juridictions qui n'autorisent pas le mariage de personnes du même sexe, ce choix restrictif évite offrir un statut boiteux à ceux qui pourraient chercher l'État de célébration du mariage pour faire du « tourisme nuptial ». Les États qui restreignent le mariage de personnes du même sexe à ses nationaux ou aux résidents habituels dans son territoire estiment que cette mesure éviterait des problèmes futurs pour la circulation d'un statut familial, dans des juridictions où il ne serait pas reconnu. L'exigence de la nationalité de l'État où l'on célèbre le mariage pour les deux conjoints pourrait s'annoncer une mesure discriminatoire à l'égard des étrangers. À son tour, l'exigence de la résidence habituelle dans le territoire de la célébration du mariage pour les étrangers semble moins sévère. Le lieu de résidence habituelle est le centre de la vie juridique de l'individu où les effets du mariage doivent se produire, au moins dans un premier temps. Un critère tempéré qui réunit les deux chefs de compétence comme alternatifs s'avère raisonnable. En tout cas, l'exigence que les deux époux aient la nationalité ou la résidence habituelle de l'État de célébration du mariage s'annonce restrictive, notamment pour les

couples mixtes et pour le cas où le projet conjugal prévoit le déplacement du conjoint résidant à l'étranger pour la fondation de la nouvelle famille.

**122.** En droit comparé, il est important de remémorer que dans un premier moment de l'évolution historique des législations pour la reconnaissance de couples de personnes du même sexe, certaines lois n'autorisaient l'enregistrement du partenariat ou la célébration du mariage qu'à ses nationaux ou aux résidents dans son territoire<sup>91</sup>. C'était une approche certes timide, face à la nouveauté de l'institution. Il est important d'observer qu'exceptionnellement le mariage consulaire adopte un critère restrictif pour la célébration du mariage. Compte tenu la finalité particulière de ce genre de mariage, il est souvent conditionné à que les deux conjoints soient ressortissants de l'autorité consulaire ou diplomatique qui célèbre le mariage à l'étranger<sup>92</sup>.

**123.** D'un côté, l'approche plus restrictive apporte de l'efficacité, en refusant dès l'origine la célébration d'un acte dont le statut serait boiteux dans d'autres juridictions. D'autre côté, restreindre l'accès au mariage à certains couples sous la présomption de non reconnaissance du mariage dans une autre juridiction, avec laquelle les conjoints ou l'un des conjoints a un rattachement, serait une mesure sévère qui pourrait bloquer la concrétisation du projet familial aux couples homosexuels. En outre, toute règle de compétence pour la célébration des actes juridiques par des autorités étatiques ou reconnues par l'État, pareillement aux règles de compétence juridictionnelle, se projette sous l'inspiration exclusive et unilatérale. Les chefs de compétence d'un État ne s'érigent pas en raison de leur potentielle réception par une autre juridiction. Si restreindre les critères pour la célébration du mariage aux liens comme la nationalité ou la résidence habituelle se montrent pertinents, les limiter en fonction de la projection de la potentielle reconnaissance de l'acte à l'étranger dépasse les limites de souveraineté entre les États. Finalement, il est important d'observer que l'adoption de critères avoisinés, mais subtilement distinctes pour la célébration du mariage des époux hétérosexuels et homosexuels, comme respectivement, l'exigence de la résidence et de la résidence habituelle, indiquerait de la discrimination.

---

91 C'était les cas de premières législations scandinaves sur les partenariats enregistrés et de la loi néerlandaise du 2001.

92 Selon l'article 171-1 – introduit par l'article 6 de la Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 –, alinéa 3, du Code Civil français, les ambassadeurs et les consuls de France ne peuvent célébrer des mariages qu'entre deux ressortissants français ; sauf « dans les pays qui sont désignés par décret » où ils peuvent marier un Français et un étranger.

## ***b) Compétence inclusive***

**124.** Certains États adoptent des critères plus ouverts en matière de compétence pour la célébration du mariage, comme assouplir l'exigence de la nationalité ou de la résidence (habituelle)/du domicile à seulement l'un des conjoints. Un bon exemple est la stratégie utilisée par la loi française, en prévoyant la célébration du mariage dans la commune où l'un des époux ou l'un de leurs parents ont leur résidence ou leur domicile<sup>93</sup>. Dans ce sens, la loi française coordonne le domicile, catégorie juridique, et la résidence, notion de fait ; sans imposer la résidence habituelle, une fois que la loi n'exige que la résidence préalable d'au moins un mois avant la célébration du mariage. Pour éviter un décalage à l'égard des ressortissants d'États qui autorisent le mariage homosexuel, mais qui vivent dans des États réfractaires au mariage pour tous, le recours à la célébration du mariage dans le territoire de l'État d'origine reste une option valide. En ce sens, le droit français a pris une mesure innovatrice, en prévoyant que les français domiciliés ou résidents à l'étranger, dans un État où ils ne pourraient faire célébrer leur mariage, pourrait se bénéficier d'une règle subsidiaire pour venir célébrer leur mariage en France<sup>94</sup>.

**125.** Compte tenu l'historique de discrimination à l'égard des personnes LGBTI, ouvrir les chefs de compétence pour la célébration de mariages par les autorités locales seraient une mesure certainement inclusive, notamment pour les couples qui veulent s'unir sans dépendre des lois qui ne leur reconnaissent pas ou leur persécutent. Pourtant, il est opportune de réfléchir jusqu'à quel point il conviendrait d'abolir toute exigence de rattachement pour des conjoints avec l'État souhaité pour la célébration du mariage. Serait-il possible de créer des nouveaux « Las Vegas » du « mariage pour tous » dans certaines juridictions, qui n'exigent aucun rattachement effectif des deux conjoints pour la célébration du mariage ? L'expérience canadienne aux années 2000s, après l'ouverture du mariage dans le pays de l'érable, démontra que beaucoup des couples nord-américains – avant l'ouverture du mariage homosexuel au niveau fédéral par la Cour Suprême des États-Unis – ont profité des « portes ouvertes » pour se marier au Canada. Pourtant, ces mêmes couples yankees ont trouvé d'obstacles pour se divorcer dans la même juridiction canadienne quelques années plus tard, par manque de rattachement pour le divorce au Canada, une fois qu'ils ne pouvaient non plus se divorcer dans leur juridiction domestique aux États-Unis. Si l'exigence de rattachement d'au moins un conjoint serait une mesure raisonnable pour affirmer la compétence de célébration des

---

93 Voir l'article 74 du Code Civil français, introduit par l'article 3 de la Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

94 Voir l'article 171-9 du Code Civil français, introduit par l'article 6 de la Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.



mariages de personnes du même sexe ; une solution possiblement de conciliation serait ouvrir la célébration, même en absence de tout rattachement avec les conjoints, au nom du principe de la non-dénégation de justice. Plus qu'une mesure non-discriminatoire, une mesure pour la promotion des DDHH serait ouvrir la compétence pour la célébration du mariage homosexuel, dans les cas où les conjoints démontrent qu'ils ne réussiraient pas à se marier dans une autre juridiction, notamment dans celles avec lesquelles ils possèdent des rattachements. En tout cas, il est évident que le mariage ne serait pas reconnu dans ces juridictions hostiles et que l'accès au mariage ferait probablement partie d'un projet de vie hors la juridiction hostile de provenance du couple. Une hypothèse pas rare, une fois que la concession d'asile par persécution fondée sur l'orientation sexuelle est reconnue par plusieurs instances internationales.

**126.** Les efforts pour surmonter les restrictions d'accès au mariage imposées aux couples de personnes du même sexe ouvrent la réflexion sur l'adoption des critères autres que la nationalité, la résidence habituelle ou le domicile. Si l'application du principe de la proximité serait une solution idéale pour créer un chef de compétence qui permette la célébration du mariage si l'un ou les deux conjoints ont un rapport de proximité – différent de la nationalité, de la résidence habituelle ou du domicile – avec l'État souhaité pour la célébration du mariage ; cette hypothèse manquerait de pragmatisme. Les possibles circonstances qui se prêteraient à justifier cette proximité ne seraient probablement établis qu'avec la vie en couple, comme l'existence d'un bien commun au couple ou un rapport de filiation rattachée au for, comme l'adoption d'un enfant au for par le couple ou la mise en œuvre d'une procédure d'AMP ou de GPA dans l'État souhaité pour la célébration du mariage. Si ces conditions seraient accessibles au couple, en tant que partenaires ; pour certains systèmes juridiques, ces conditions ne seraient réalisables qu'à partir du statut de conjoints.

**127.** Une situation qui n'est pas rare pour le mariage des personnes du même sexe est le fait que certaines autorités locales, en thèse compétentes pour et chargées de la célébration de ces mariages, refusent quelques fois à le faire en raison d'une excuse de conscience. D'abord, il faut admettre que pareille situation se passerait rarement pour le mariage traditionnel, et que, l'excuse de conscience redoutable dans plusieurs juridictions sert à légitimer une situation de discrimination, une fois que le refus se fonde sur des arguments religieux face à une conception d'État laïque. Même si dans plusieurs juridictions l'agent public refusant la célébration du mariage risque de sanctions, ces cas se répètent souvent. D'habitude la solution est contraindre l'autorité à célébrer le mariage sous peine de sanctions ou la faire remplacer

par un autre agent<sup>95</sup>. En tout cas, c'est une solution au niveau interne, administratif, donc essentiellement local.

## 2. Loi applicable aux conditions exigées pour la validité du mariage

**128.** Le mariage comporte des conditions de fond et de forme pour sa validité, comme d'autres actes juridiques complexes et solennels. Pourtant, face à son profil unique, ces conditions assument des contours spécifiques et une sophistication particulière. Ainsi, pour la distinction entre les conditions de fond et de forme en matière de mariage, il est intéressant de reproduire le commentaire de Madame Ralser :

Le fond est en principe, d'une manière générale, tout ce qui, dans un acte juridique, touche à la personne (capacité, pouvoir), à la valeur de son consentement, au contenu de l'acte (objet, cause). Relève donc du fond tout ce qui a trait à la substance de l'opération considérée, et relèverait alors de la forme ce qui contribue seulement à la mise sur pied de cette opération. On peut rapprocher de ce terme celui de fondement puisqu'il s'agit de ce qui donne à quelque chose son existence ou sa raison d'être. On pourrait de même lier le fond à l'essence de l'acte.

La forme, quant à elle, est définie comme la figure géométrique constituée par les contours d'un objet et s'oppose à la matière dont cet objet est fait. Il est possible de transposer cette description plutôt 'physique' à l'univers juridique : la forme est l'apparence, l'aspect extérieur d'un acte, la manifestation même de la volonté.

Le fond est donc la matière dont est constituée l'institution du mariage, la forme est le moule dans lequel on coule cette matière. Fond et forme s'opposent et se complètent, un peu à l'image du corps et de l'esprit. Un seul est pleinement palpable, mais l'un ne va certainement pas sans l'autre. Forme et fond sont indissociables : forme et fond en matière de mariage sont intimement liés.<sup>96</sup>

**129.** L'importance du débat sur la distinction entre les conditions de fond et de forme du mariage se constate en Droit International privé, à travers la répercussion de l'affaire Caraslanis de la jurisprudence française. Lors d'une demande de divorce, le sieur Caraslanis –

---

95 Voir la Décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013. JORF n°0245 du 20 octobre 2013. p. 17279 texte n° 33. En espèce, le Conseil Constitutionnel a reconnu la constitutionnalité des dispositions relatives à la célébration républicaine du mariage de personnes du même sexe, en statuant que les convictions personnelles ou religieuses ne pourraient pas servir de fondement pour excuser les agents publics chargés de la célébration du mariage de le faire.

96 Ralser. *op. cit.* p. 239.

national grec qui s'était marié avec une française, en France, à travers une cérémonie de mariage civil – soutenait l'invalidité de son mariage, sous la thèse que le mariage serait nul, selon la loi grecque - sa loi personnelle -, qui ne reconnaissait alors que le mariage religieux. L'affaire est connu pour le débat classique sur le choix entre la *lex fori* et la *lex causæ* pour régir la qualification. La Cour de cassation a à la fois statué la *lex fori* pour régir la qualification et indiqué que le recours à un mariage civil ou religieux pour la célébration du mariage est une question rattachée aux conditions de forme<sup>97</sup>.

### ***a) Loi applicable aux conditions de fond***

**130.** Sous l'abri de la question de fond pour la validité du mariage, divers conditions qui ne gardent pas de ressemblance parmi elles ni le même régime de loi applicable en DIP sont regroupées. À ce propos, Madame Ralser distingue deux types de conditions de fond pour le mariage traditionnel : d'un côté, les conditions biologiques comme la différence de sexe, l'âge matrimonial minimal et l'aptitude physique ; d'autre côté, les conditions sociologiques comme l'inexistence d'union antérieure non dissoute, le respect au délai de viduité et l'interdiction de mariage avec une personne qui aurait un degré de parenté ou d'alliance<sup>98</sup>. Il y a une tradition dans la doctrine en DIP de soumettre les conditions de fond à la loi personnelle des époux ; en coordonnant l'application de celle de chaque époux, quand ils ne partagent pas la même loi personnelle, à travers des mécanismes distributif et cumulatif. Et cependant l'on utilise d'autres alternatives pour la loi applicable aux conditions de fond, comme le recours à la loi du lieu de la célébration du mariage. La transposition de ces conditions traditionnelles pour le mariage entre personnes du même sexe impose certaines réflexions.

#### *a) Le recours à la loi personnelle des époux*

**131.** Le rattachement de la loi applicable aux conditions de fond du mariage se fait traditionnellement à la loi personnelle des époux. En effet, la régence de la loi applicable aux conditions de fond du mariage par la loi personnelle des époux se traduit comme l'adhésion aux sous-catégories mariage ou capacité dans le statut personnel. Pour examiner comment se fait l'application de la loi personnelle des époux aux conditions de fond du mariage, il est nécessaire de dépeindre chacune des conditions de fond du mariage et vérifier comment elles

---

<sup>97</sup> Cass. 22 juin 1955. Voir ANCEL, Bertrand. LEQUETTE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 5 ed. Paris, Dalloz, 2006. p. 245 s.

<sup>98</sup> RALSER. op. cit. p. 240.

s'approprient de la loi personnelle des époux. Comme pour tout acte juridique, une condition subjective essentiel est la capacité de l'agent pour la célébration de l'acte. En matière de mariage, la capacité des époux se matérialise par certaines conditions qui, une fois respectées, permettent aux époux de contracter mariage valablement ; comme la condition de sexe des époux, leur capacité nuptiale en matière d'âge si que l'examen de l'autorisation pour se marier dans le cas d'époux mineurs ou de majeurs incapables. La condition la plus innovatrice en ce qui touche le « mariage pour tous » est la non exigence de la diversité de sexe des conjoints<sup>99</sup>, différemment de ce qui a toujours été fait pour le mariage traditionnel<sup>100</sup>. La permanence de l'altérité de sexe des conjoints constitue possiblement l'argument le plus fort des États qui refusent ouvrir le mariage aux couples de personnes du même sexe ou à reconnaître les mariages homosexuels valablement célébrés ailleurs, car l'on n'y accepte pas la condition d'identité de sexe des conjoints comme valable.

**132.** Attentifs au statut encore discriminatoire de beaucoup de couples homosexuels, certains États réduisent l'exigence de la condition de sexe des conjoints à seulement l'une des lois personnelles des conjoints. En fait, cela correspond à une application cumulative de la loi la plus favorable, celle qui autorise le mariage. L'on envisage l'application du principe de la protection à la partie vulnérable, dans ce cas le conjoint homosexuel potentiellement soumis à un statut discriminatoire à cause de son orientation sexuelle, par force de la loi prohibitive. Une hypothèse qui consiste en une application *favor matrimonii* de la loi personnelle du conjoint qui autorise le mariage. En l'espèce, le but d'ouvrir le mariage aux personnes du même sexe est de leur accueillir en tant que familles en société, avec une intégration sociale, mais aussi légale. Cette solution fut adoptée par la loi française du 2013<sup>101</sup>, dont la politique est considérée comme loi de police, face même aux engagements internationaux de la France. Dans ce sens, la circulaire du 29 mai 2013 a statué que la loi personnelle d'un ressortissant d'un État lié à la France par une convention bilatérale qui consacre la loi nationale en matière de mariage peut être écartée seulement si elle pose la

---

99 En France, l'article 143 du Code Civil français – modifié par l'article 1 de la Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 – statue que « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

100 La doctrine canonique, à propos des commentaires à l'article 1055§1 du code canonique du 1983, stipule que le mariage correspond : « à « un *consortium* (condivisione di un medesimo destino o, meglio, progetto esistenziale), esclusiva ed eterosessuale (*inter virem et mulierem*), esteso a tutta l'esistenza (*totius vitae*) » (PERLASCA, Alberto. ZAMBON, Adolfo (dir.). *Codice di diritto canonico commentato*. 4 ed. Milano, Ancora Editrice, 2017. p. 878). En effet, l'on établit quatre conditions pour le mariage canonique : le caractère consensuel, l'hétérosexualité, la monogamie et l'indissolubilité (sauf des cas spécifiques, normalement rattachées à la non consommation de la communauté de lit du mariage) du mariage. Cette notion de l'altérité de sexes a été transmise à plusieurs droits nationaux, car elle était déjà présent dans les versions précédentes du code canonique, et en effet y existait dès les débuts du droit canonique.

101 Voir l'article 171-9 du Code Civil français, introduit par l'article 6 de la Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

condition d'altérité sexuelle. Cette position fut confirmé par un arrêt de la Cour de Cassation confirmant la possibilité d'un mariage homosexuel en France entre un Français et un Marocain, dont la loi national méconnaît le mariage homosexuel et qui serait en thèse applicable par force de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981<sup>102</sup>.

**133.** En tant qu'expression de la maturité requise pour contracter mariage, un âge minimal est exigé aux époux<sup>103</sup>. Cet âge accompagne souvent l'âge établi pour la capacité civile, mais il est parfois réduit spécifiquement pour le mariage, par une tradition historique, ou surmonté à travers l'émancipation. L'âge minimal pour se marier est parfois plus élevé aux conjoints du même sexe que celle imposé aux conjoints de sexe différent dans certains États<sup>104</sup>. Cela représente une réminiscence du décalage auparavant établi de l'âge minimal pour les rapports sexuels consentis entre personnes du même sexe et entre personnes de sexe différent. Un point intéressant sur l'âge nuptial minimal pour les couples de personnes du même sexe est si des circonstances souvent évoquées pour exceptionnellement le réduire, dans le cadre du mariage traditionnel, seraient également applicables aux couples homosexuels. Pour des questions rattachées à la violence sexuelle présumée et à la gestation précoce, il y a la possibilité de réduction de l'âge minimal pour le mariage traditionnel dans plusieurs systèmes légaux, comme un reflet de l'importance reconnue à la filiation biologique et à la fonction procréative autrefois attribuée au mariage. Difficilement l'hypothèse de gestation précoce justifierait la réduction de l'âge minimal nuptiale pour un couple de deux femmes, et il faut considérer que plusieurs systèmes légaux qui ouvrent l'AMP aux couples de femmes, exigent la majorité pour l'accès à cette procédure médicale et/ou le lien légal comme couple. L'interprétation de violence sexuelle présumée serait compatible pour justifier un mariage homosexuel, comme il se fait pour le mariage hétérosexuel depuis longtemps dans plusieurs États, mais cela paraît peu probable, compte tenu le stigma encore existant autour des rapports sexuels entre personnes du même sexe. En revanche, l'autorisation des responsables légaux d'un mineur pour la conclusion d'un mariage avec une personne du même sexe se ferait semblablement comme l'on ferait pour un mariage hétérosexuel.

---

102 Cass. Civ. 1<sup>Re</sup>, 28 janvier 2015.

103 Le point de débat est s'interroger sur la cause de l'éventuelle différence d'âge nuptial minimal pour les couples hétérosexuels et celle dictée aux couples homosexuels. Il faut évaluer si cela se fonde sur un argument rattaché à la filiation traditionnelle ou si cela reproduit une tendance adoptée dans certaines législations d'imposer un âge plus élevé – dans certains cas, la majorité, c'est à dire, la capacité civile – pour les rapports sexuels consensuels entre personnes du même sexe que celui imposé aux couples de personnes du sexe différent. Si la deuxième hypothèse se confirme, l'on identifie de la discrimination.

104 En France, l'article 144 du Code Civil français – modifié par l'article 1 de la Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 – a établi l'âge nuptial minimal pour tous époux à 18 ans révolus.

**134.** Comme une confirmation de l'aspect contractuel du mariage, le consentement des époux est un élément essentiel de l'acte juridique mariage et dépend de la capacité des époux pour contracter mariage. Le consentement des époux pour la célébration du mariage paraît une condition pas affectée par le caractère particulier de l'identité de sexe des conjoints. La manifestation du consentement des époux doit être libre et éclairé pour la validité du mariage. En France, le consentement acquiert une importance dès le changement légal du 2014 visant combattre les mariages forcés. Le législateur exige que le consentement des époux exprime une intention matrimoniale et soit libre et éclairé<sup>105</sup>. Sous cet aspect, il est important d'analyser certaines questions pratiques en DIP. Comme le consentement libre et éclairé est exigé pour la conclusion du mariage, le consentement des époux pour se marier visant consciemment obtenir d'autres fins que ceux compatibles avec les objectifs du mariage tachent l'institution de nullité. En revanche, à partir du moment où les époux ont exprimé leur consentement claire et librement, l'on réfléchit si l'expression du consentement formel serait suffisant pour la présomption du consentement valable, une fois que le consentement est régi par la loi personnelle de chaque époux<sup>106</sup>. Comme certains systèmes légaux autorisent même le mariage par représentation, sous certaines lois le consentement formel serait suffisant pour sa validité. Et cependant, pour certaines lois, comme la française, les mariages de ses ressortissants par représentation et ceux en absence d'une vraie intention matrimoniale faits à l'étranger ne seraient pas valables. Si l'absence d'une vraie intention matrimoniale n'annulerait pas le mariage à l'origine, sa circulation serait bloquée aux juridictions qui en exigent. Dans ce sens, la loi française prévoit la réalisation d'une audition préalable avec les époux, dans les cas de mariages des Français, par l'officier de l'état civil au cas de domicile en France, ou par l'autorité diplomatique ou consulaire au cas de domicile à l'étranger, en cas de soupçons de célébration d'un mariage de complaisance<sup>107</sup>.

**135.** Encore sur le thème de la manifestation de consentement des époux, deux modalités de mariages méritent de l'attention en ce qui concerne la présence physique des époux pour exprimer leur consentement : le mariage posthume et le mariage par représentation. Comme la manifestation du consentement des époux doit se faire de manière claire, l'on présume que les

---

105 L'article 202-1, modifié par la loi du 5 août 2014, exige que, indépendamment de la loi applicable au fond du mariage, le consentement des époux doit se faire selon le sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180. Si l'un des objectifs principaux de la réforme législative fut la lutte contre les mariages forcés – qui paraissent peu probables au cas du mariage homosexuel –, cette exigence sert à combattre les mariages de complaisance, puisque vidés de l'intention matrimoniale.

106 En DIP français, le consentement est apprécié selon la loi nationale de chaque époux. Cf. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 février 2009.

107 Selon l'article 171-3 du Code Civil français, cette audition, dispensable si l'intention matrimoniale est claire, vise élucider les objectifs du mariage.

conjointes soient vivants pour la conclusion du mariage. Pourtant, certains systèmes légaux autorisent le mariage posthume aux couples hétérosexuels, pour des raisons exceptionnelles ou pour la protection des futurs enfants du couple. L'on s'interroge si l'hypothèse semblable serait appliquée aux couples de personnes du même sexe. En principe, si l'ouverture du « mariage pour tous » s'annonce comme l'achèvement d'un statut égalitaire entre les couples ; il n'y aurait pas de raison pour exclure les couples homosexuels de ce bénéfice. Compte tenu le caractère exceptionnelle du mariage posthume, il faut souligner qu'il n'est autorisé que pour des hypothèses limités comme l'occurrence des circonstances graves qui empêche un couple qui ait exprimé un projet de contracter mariage, de le faire avant le décès soudain de l'un des potentiels époux. Récemment, la France a considéré la manifestation préalable de l'intention sans ambiguïté de se marier, pour un cas de mort soudaine d'un compagnon d'un couple d'hommes, si que les circonstances selon lesquelles un gendarme a été assassiné pendant l'exercice de ses fonctions, pour autoriser le mariage posthume d'un couple homosexuel à Paris<sup>108</sup>.

**136.** Certaines législations permettent aussi le mariage posthume hétérosexuel, quand la compagne est déjà enceinte du compagnon mort après la conception (parfois supplantée par la manifestation préalable du projet de mariage), ou si les démarches pour une AMP sont déjà en marche avant la mort et la conception réussite se produit après la mort du compagnon, possiblement avec du matériel génétique surgelé. L'on s'interroge si les mêmes bénéfices seraient applicables aux couples de personnes du même sexe dans des pareilles circonstances, une fois que le matériel génétique ne serait pas celui de la compagne morte dans un cas d'AMP pour un couple de lesbiennes ou pas forcément celui du compagnon mort pour un projet de GAP d'un couple d'hommes. L'on pense que si le système qui autorise la célébration du mariage reconnaît l'accès du couple homosexuel à l'AMP ou la GPA, il devrait autoriser le mariage posthume dans ce cas, surtout si le mariage posthume est autorisé pour les couples hétérosexuels dans les cas pareils d'AMP ou de GPA. Compte tenu les conséquences en matière d'état civil pour les deux conjoints, l'on envisage que le critère distributif serait applicable aux lois personnelles des conjoints pour vérifier la validité du

---

108 Le 30 mai 2017, le mariage posthume entre Xavier Jugelé, policier mort lors dans un attentat djihadiste aux Champs Élysées le 20 avril 2017, et Étienne Cardiles, son compagnon, a été célébré à la mairie du 14<sup>e</sup> arrondissement de Paris, en présence du Président de la République et du Maire de Paris. Le couple était déjà pacsé et avait le projet de se marier, qui fut interrompu par l'assassinat de l'époux. Le mariage a été autorisé par décret du Président François Hollande, puisque le cas remplissait les conditions exigées comme « une motivation matrimoniale non équivoque » et les « motifs graves ». Disponible sur [https://www.lexpress.fr/actualite/societe/etienne-cardiles-marie-a-titre-posthume-avec-le-policier-tue-xavier-jugele\\_1913386.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/etienne-cardiles-marie-a-titre-posthume-avec-le-policier-tue-xavier-jugele_1913386.html). Le 31 mai 2017 à 14:17.

mariage posthume. En outre, son admission par la *lex loci celebrationis* s'ajouterait comme une autre condition, si celle-là est distincte des lois personnelles des deux conjoints. Si la loi régissant la possibilité du mariage posthume est celle des conditions de fond du mariage, parce qu'il s'agit du consentement des époux ; il faut souligner que, face à l'impossibilité de la présence de l'époux décédé, la solution pour supplanter cette absence se fait à travers la loi régissant la forme du mariage, responsable pour la démarche formelle que permet d'achever un tel mariage en jouant une présomption de consentement.

**137.** À propos du mariage posthume, deux questions sont importantes : la date à partir de laquelle les effets du mariage se produisent et si les mêmes effets normalement attribués au mariage sont octroyés au mariage posthume. D'une part, en raison de la condition spéciale du mariage posthume, les effets remontent forcément à la date du décès du conjoint ou à une date préalable à cet événement, par une fiction juridique comme si le consentement serait présumé, comme s'il ait été donné encore du vivant de l'époux décédé. D'autre part, certains effets sont usuellement supprimés pour le mariage posthume, notamment des effets patrimoniaux, puisque les conjoints n'ont pas eu une vie ensemble sous la condition de conjoints<sup>109</sup>.

**138.** Une situation que l'on ne doit pas confondre avec le mariage posthume est celle du mariage *in extremis*<sup>110</sup>. Même s'il se fait en situation d'urgence, face au péril de mort imminente de l'époux, celui-là est encore présente et vivant, lors de la célébration du mariage, pour manifester son consentement. Raison pour laquelle la célébration exceptionnelle d'un mariage *in extremis* obéit à la loi régissant les conditions de forme du mariage. Ainsi, l'on estime qu'il n'y aurait pas de raison pour l'imposition de conditions plus restrictives aux conjoints homosexuels que celles dictées aux conjoints hétérosexuels, pour une cérémonie de mariage *in extremis* ; une fois qu'il s'agit d'une question de circonstances qui justifient des assouplissements en matière de forme pour la célébration du mariage.

**139.** Encore sur la thématique du consentement des époux pour le mariage, il convient d'examiner le mariage par représentation. Autorisé par certains systèmes légaux, le mariage par représentation est interdit dans certaines juridictions. L'on soupçonne le recours au mariage par représentation de favoriser les fraudes ou la réalisation des mariages forcés, à cause de l'absence des époux pour manifester personnellement leur consentement, lors de la

---

109 L'article 171 du Code civil français – modifié par l'article 19 de la Loi n. 2011-525 du 17 mai 2011 – autorise le mariage posthume, qui produit des effets à la date du jour précédant au décès de l'époux. Pourtant, le mariage « n'entraîne aucun droit de succession ab intestat au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux ».

110 Voir l'article 75, alinéa 2 du Code Civil français.



cérémonie. La possibilité de célébration d'un mariage par procuration est conditionnée à la loi applicable aux conditions de fond du mariage, pour la question du consentement. Pourtant, une fois le mariage par représentation autorisé en ce qui concerne la condition du consentement, la loi régissant la forme du mariage établit les formalités pour l'instrument pour la représentation – telles que l'utilisation d'un acte authentique ou sous seing-privé, des sceaux obligatoirement apposés sur le document, l'authentification des signatures et la mention à des pouvoirs spécifiques pour l'acte. Comme le consentement est régi par la loi personnelle de chacun des époux, si le mariage est autorisé par la loi nationale de l'une des époux, qui correspond aussi à la loi du lieu de la célébration, mais la loi de l'autre époux l'interdit, le mariage ne produira pas d'effets auprès l'État de nationalité de cet époux. Il est intéressant d'observer que les systèmes qui autorisent le mariage par représentation, autorise normalement aussi le recours à la représentation pour la demande de publication de bans ou démarches semblables préalables au mariage. Dans ce cas, l'on exige souvent le recours à une procuration faite par acte authentique<sup>111</sup>. La célébration d'un mariage par représentation suscite souvent les obstacles pour sa reconnaissance dans des juridictions qui ne l'autorisent pas<sup>112</sup>.

**140.** Il est important d'observer que toutes ces conditions considérées comme des conditions biologiques seraient des empêchements unilatéraux, parce qu'ils seraient examinés par la loi personnelle de chacun des époux, au cas où les époux n'ont pas la même loi personnelle. Dans cette hypothèse, très usuelle pour les couples mixtes, quand le critère de rattachement qui conduit à la loi personnelle applicable impose l'application des lois différentes pour les époux, l'application de la loi personnelle des époux se fait de manière distributive. La validité du mariage dépende ainsi de la vérification de la condition par la loi personnelle de chacun des époux<sup>113</sup>. Dans le cas d'incapacité de l'un des époux, cette vérification se fait par la loi personnelle de l'époux atteint par l'incapacité.

**141.** Parallèlement à l'examen des conditions classifiés comme des empêchements unilatéraux, il y a des conditions qui constituent des empêchements bilatéraux, parce qu'une fois constatées, elles touchent les deux époux à la fois. Raison pour laquelle même si l'on suit le même rattachement à la loi personnelle des époux, et plus précisément à la loi personnelle

---

111 Voir l'article 1542 du Code Civil brésilien.

112 Dans ce sens, la France refuse la transcription des mariages faites par représentation à l'étranger dans l'enregistrement civil, et même devant l'autorité consulaire ou diplomatique française de la juridiction de la célébration du mariage.

113 Dans ce sens, l'article 1 de la Convention de La Haye pour régler les conflits de lois en matière de mariage du 1902 prévoyait l'application de la *lex patriae* de chacun des époux pour régir leur « droit de contracter mariage », sauf si leur droit national renvoyait à une autre loi nationale.

de chacun d'eux, s'ils n'ont pas la même loi personnelle ; cette application se fait de manière cumulative. En effet, si la loi de l'un des époux prévoit l'empêchement, cela prévaut de manière à propager l'empêchement à l'égard de l'autre époux, conduisant ainsi à l'invalidité du mariage. Ces empêchements bilatéraux sont des conditions ayant une répercussion sociale, indépendamment de la volonté des époux. C'est comme si ces conditions empêchaient l'existence du mariage, en dépassant la volonté ou l'intérêt des époux ; et elles se réfèrent à la liberté d'état des époux et leurs liens familiaux préexistants pour contracter mariage.

**142.** Du côté sociologique, l'inexistence d'une union antérieure non dissoute est invoquée pour éviter des problèmes de bigamie. La polygamie est aujourd'hui légale dans des États qui se montrent ostensiblement réfractaires à la reconnaissance des couples de personnes du même sexe et même à la reconnaissance des droits des citoyens non-hétérosexuels. Comme ces pays ne démontrent pas un pronostic d'ouverture du « mariage pour tous » dans un futur proche ; il ne serait pas possible la revendication de la reconnaissance de mariages polygamiques ou polyandriques entre personnes du même sexe, sous le fondement du respect au culturalisme. Imaginons, par exemple, la situation d'un irakien marié à son pays natal à une femme, qui vient s'installer en France, où il décide de se marier à un Français. Même face à l'ouverture de la loi française d'autoriser exceptionnellement le mariage homosexuel au cas où la loi personnelle de l'un des époux l'interdise ; le mariage ne serait pas valable en raison de l'union antérieure non dissoute. Il faut souligner que l'interdiction fondée sur la bigamie se fait *in concreto*, en raison du mariage préalable du conjoint irakien, pas simplement parce que sa loi nationale autorise la bigamie. L'interdiction de la bigamie est considérée comme une mesure protectrice de la famille et s'est inscrite aussi au cercle d'États qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe depuis longtemps, même avant l'ouverture du mariage homosexuel dans ces systèmes légaux. L'objectif est d'éviter la simultanéité de mariages d'un même conjoint avec des personnes différentes.

**143.** Les lois autorisant les mariages entre personnes du même sexe interdisent la coexistence d'un mariage antérieur soit avec un autre conjoint du même sexe, soit avec un autre conjoint du sexe différent. Une question importante est vérifier l'inexistence d'autre forme d'union comme le partenariat antérieur au mariage et que ne soit pas dissous – semblable à la bigamie, mais pas forcément identique dans un niveau de terminologie et d'institution. La plupart des lois qui autorisent le mariage de personnes du même sexe conditionnent le mariage à l'inexistence d'union antérieure non dissoute, soit un mariage, soit un partenariat. La restriction à la simultanéité d'unions, fondée historiquement sur la

criminalisation de la bigamie en Occident, est reconnaissable aussi à travers la dissolution automatique d'un partenariat pré-existant à un mariage, en raison de la célébration du mariage. La bigamie et la restriction de simultanéité d'unions pour les couples de personnes du même sexe est pragmatique, pour la protection de la famille et notamment pour éviter des confusions patrimoniales entre les différentes unions, ayant un même conjoint/partenaire.

**144.** Les empêchements versant l'interdiction de mariage avec des personnes ayant des liens de parenté ou d'alliance sont établis depuis longtemps, comme manière d'éviter les incestes et aussi les confusions patrimoniales. Ces restrictions historiques se justifiaient par la morale ou par la crainte de progéniture portant des maladies congénitales, pour des raisons génétiques. D'un côté, une fois que le mariage se neutralise quant au sexe des conjoints, la chaîne de parents ou alliés avec qui une personne pourrait se marier augmente, en se doublant potentiellement, pour inclure les parents et alliés du même sexe et aussi ceux du sexe différent. En plus du rôle morale, l'objectif aussi est d'éviter la confusion des rôles entre les membres d'une même famille. D'autre côté, face à l'impossibilité de procréation dans le sens de la filiation biologique traditionnelle pour deux conjoints du même sexe, il surgit la réflexion sur la levée des empêchements fondés sur « l'inceste » pour les couples homosexuels. Comme certains systèmes légaux semblent plus flexibles à rediscuter l'étendu des empêchements fondés sur l'inceste et son interdiction, certains couples pourraient songer à effacer ces barrières<sup>114</sup>. Et cependant, l'on considère que les États ouvrant le mariage pour les couples homosexuels soient plus enclins à maintenir les empêchements matrimoniaux fondés sur l'inceste par les mêmes fondements moraux imposés aux couples hétérosexuels. En effet, le « mariage pour tous » est déjà assez polémique pour que les États se mobilisent à y ajouter la polémique de l'inceste pour son scrutin à l'opinion publique.

**145.** Malgré la suppression de la restriction du délai de viduité appliquée aux femmes en France<sup>115</sup>, cette restriction continue en principe à être appliquée dans plusieurs systèmes légaux. Originellement basée sur une potentielle gestation, quand l'épouse ait été mariée à un mari ; l'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe impose la réflexion de l'application du délai de viduité si la veuve était mariée à une épouse. Face à la possibilité d'une AMP ou GPA, au cas où la loi applicable reconnaît l'AMP ou la GPA aux couples de lesbiennes, il faut examiner si ce délai s'applique aux couples de lesbiennes. Il serait

---

114 Dans ce sens, la jurisprudence de la CEDH qui reconnaît une violation au droit de la vie familiale par l'interdiction de mariage entre un beau-père et son ex-belle fille, à travers l'arrêt du 13 septembre 2005.

115 La loi du 26 mai 2004 supprima l'empêchement de la restriction de mariage basée sur le délai de viduité, par respect à la liberté de mariage et au principe de l'égalité entre hommes et femmes.

important d'interroger la loi applicable à déterminer la possible incidence du délai de viduité pour la dissolution d'un mariage entre deux femmes, suite à la mort de l'une des épouses. Malgré l'évidente proximité avec le domaine de la filiation, en spécial avec la filiation par une procédure d'AMP, comme il ne s'agit pas d'un vrai rapport de filiation, mais d'une potentielle gestation, qui préventivement impose un délai de restriction pour un nouveau mariage, la loi applicable convenable serait celle qui régit les conditions de fond du mariage. Même si la loi applicable au cas reconnaisse le mariage pour les couples de personnes du même sexe, le délai de viduité ne s'appliquerait pas si le droit applicable ne reconnaît pas l'empêchement par délai de viduité, est surtout la présomption de parentalité (de maternité, dans l'espèce), pour les couples de femmes, possiblement à cause de la non ouverture de l'AMP aux couples de femmes.

*β) Les solutions alternatives*

**146.** Parallèlement au choix pour la loi personnelle des époux pour les conditions de fond du mariage ; d'autres critères de rattachement sont aussi utilisés. Soumettre les conditions de fond à la loi du lieu de la célébration du mariage est une solution qui apporte de l'équilibre, à travers l'utilisation de la même loi pour la forme et le fond du mariage, une fois que la *lex loci celebrationis* est presque universellement adoptée pour la forme du mariage. Pourtant, cette solution manque d'efficacité, parce que le mariage, valable au lieu de sa célébration, serait difficilement reconnu aux juridictions qui exigent le respect<sup>116</sup> aux critères de préférence pour la loi personnelle des époux, conduisant ainsi au refus de transcription et/ou de reconnaissance d'effets dans l'État requis.

**147.** Malgré la tradition en droit interne de soumettre les conditions de fond du mariage à la loi personnelle des époux, l'on aperçoit une préférence en droit conventionnel pour la loi du lieu de la célébration du mariage pour les conditions de fond. Dans ce sens, la Convention de La Haye sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages du 1978. L'Accord entre les États-Parties du Mercosur et les États Associés sur Juridiction Internationalement Compétente, Loi Applicable et Coopération Juridique Internationale en Matière de Mariage, Relations Personnelles entre Conjoints, Régime Matrimonial de Biens, Divorce, Séparation Conjugale et Union non Matrimoniale du 2012, à travers une solution simplificative, le choix pour la *lex loci celebrationis* à la fois pour les conditions de forme et de fond du mariage<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Voir l'article 9 de la Convention de La Haye sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages du 1978.

<sup>117</sup> Voir l'article 7 de l'Accord entre les États-Parties du Mercosur et les États Associés sur Juridiction Internationalement Compétente, Loi Applicable et Coopération Juridique Internationale en Matière de Mariage,

**148.** Une solution aussi utilisée par certains systèmes légaux est le recours à la loi du premier domicile conjugal ou la première résidence habituelle du couple, comme mesure pratique, par la présomption qui la vie en couple s'érige au premier centre de vie juridique après le mariage<sup>118</sup>.

### ***b) Loi applicable aux conditions de forme***

**149.** Le mariage est un acte juridique essentiellement solennel. Comme tel, il doit respecter certaines formalités pour sa validité, en obéissant une certaine forme. Les conditions de forme pour la validité du mariage sont classiquement régies par la loi du lieu de la célébration du mariage. Ces conditions de forme touchent certains aspects de l'acte, comme l'exigence des témoins et les conditions pour être témoin d'un mariage, le rite de la cérémonie de mariage et même la forme comme les conjoints échangent leur consentement lors de la célébration du mariage. Les conditions de forme touchent le débat si un mariage religieux suffit pour la production d'effets légaux au mariage ou, si l'on n'accepte que le mariage civil, si que la possibilité de célébration des mariages consulaires ou par procuration, ou encore sur l'acceptation des « mariages informels », usuels au *Common Law*. Madame Ralser observe que le choix des systèmes légaux entre le mariage religieux ou civil a des répercussions sur la qualification de la modalité de mariage choisi. Le classement de la célébration du mariage dans la catégorie forme est une caractéristique des systèmes laïques. En revanche, les systèmes qui adoptent le droit confessionnel préfèrent le classer dans la catégorie fond, à l'exception du droit musulman<sup>119</sup>.

### ***a) La prévalence de la loi de l'État de célébration du mariage***

**150.** La *lex loci celebrationis* exprime le critère consacré au mariage, comme une adaptation de la règle *locus regit actum*, en raison de l'importance et de la singularité du mariage, en tant qu'acte juridique. Son adoption pour la forme du mariage est usuelle et adoptée aussi aux conventions internationales régissant la matière, comme la Convention de

---

Relations Personnelles entre Conjoints, Régime Matrimonial de Biens, Divorce, Séparation Conjugale et Union non Matrimoniale du 2012.

<sup>118</sup> Voir l'article 7 § 3 de la loi de DIP brésilienne, dont l'application est contesté par la jurisprudence, pour des conflits avec d'autres dispositifs de la même loi, même qui soumet l'invalidité du mariage à la loi du premier domicile conjugal, au cas les époux avaient des domiciles distincts lors de la célébration du mariage.

<sup>119</sup> RALSER, *op. cit.* p. 203.

La Haye du 1902<sup>120</sup> et la Convention de La Haye sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages du 1978<sup>121</sup>.

**151.** Même si l'application de la *lex loci celebrationis* pour les conditions de forme du mariage est très répandue au Droit International privé, comme une règle universelle ; il y a des barrières qui se présentent. Certaines juridictions étrangères qui autorisent le mariage entre personnes du même sexe peuvent refuser la reconnaissance d'un mariage homosexuel fait ailleurs, par refus aux conditions de forme adoptés au lieu de la célébration comme valables. Un autre problème est la méconnaissance de la loi locale, celle du lieu de la célébration, qui pourrait guider les conjoints à s'unir par un mariage religieux dans une juridiction qui n'accepte que le mariage civil. Compte tenu le parcours polémique du mariage de personnes du même sexe, l'on estime que difficilement les conjoints du même sexe se laisseraient tromper pour des chemins différents de ceux réputés comme valables. La célébration des mariages religieux pour les couples de personnes du même sexe est encore très réduite, une fois que seulement quelques congrégations religieuses se sont positionnées favorablement à ministrer le sacrement du mariage aux couples de personnes du même sexe<sup>122</sup>. Pourtant, le nombre de congrégations religieuses qui accueillent les couples homosexuels et les familles homoparentales est en croissance, même dans les États où ces cérémonies religieuses ne produisent pas d'effets légaux. L'expansion du nombre de congrégations qui célèbrent le mariage religieux pour les couples homosexuels ou bénissent des unions entre personnes du même sexe – une fois que dans certains pays le mariage religieux homosexuel est interdit – confirme la valeur symbolique attribuée au mariage, à travers la figure du mariage religieux, comme un rite de prestigieuse inclusion sociale.

**152.** Il est important d'observer que si la *lex loci celebrationis* est la règle générale pour la loi applicable en matière de conditions de forme pour le mariage, la loi personnelle est subsidiairement applicable, au nom du principe de la protection, pour sauvegarder la validité du mariage<sup>123</sup>. Une question intéressante est la réflexion s'il y a une loi applicable à la forme du mariage informel du *Common Law*, une fois que le concept de mariage remet automatiquement à un acte formel. La réponse serait négative, parce que cette institution si

120 Voir l'article 5 de la Convention de La Haye pour régler les conflits de lois en matière de mariage du 1902.

121 Voir l'article 2 de la Convention de La Haye sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages du 1978.

122 Pour l'instant, seulement, les congrégations anglicanes, les congrégations protestantes dans certains pays d'Europe et certaines congrégations néo-penteconstales au Brésil.

123 Dans ce sens, l'article 7 de la Convention de La Haye pour régler les conflits de lois en matière de mariage du 1902 rassurait la validité du mariage, en matière de forme, s'il serait valable selon la loi personnelle des époux ou, distributivement, selon celle de chacun des époux, même si le mariage serait invalide d'après la *lex loci celebrationis*.

particulière renonce à tout formalisme. La loi applicable par substitution est celle du lieu de la constitution du mariage, établie par la communion de vie du couple.

*β) L'exceptionnalité des mariages consulaires*

**153.** Le mariage consulaire est une pratique coutumière, depuis longtemps reconnue au sein de la communauté internationale<sup>124</sup>. Institutionnalisée par la Convention de Vienne sur les Rapports Consulaires du 1963<sup>125</sup>, la pratique coutumière est née de la difficulté de célébration des mariages des ressortissants à l'étranger, sous l'égide des lois locales qui leur sont hostiles. L'on autorise aux consuls à agir comme notaire et officier d'état civil<sup>126</sup>. Il faut observer que l'État du drapeau de la mission consulaire ou diplomatique peut restreindre la célébration des mariages consulaires sous certaines conditions, comme l'exigence que les deux conjoints aient la même nationalité du drapeau de la mission. De même, l'État où la mission siège peut interdire la célébration des mariages consulaires aux missions étrangères sur son territoire. Même si l'État national de la mission reconnaît le mariage entre personnes du même sexe, les activités de la mission étrangère doivent respecter les lois et tribunaux – sauf les cas spécifiques d'immunité – de l'État national qui accueille la mission étrangère sur son territoire<sup>127</sup>. Ainsi, certains États qui ouvrent le mariage aux personnes du même sexe limitent la célébration de mariages consulaires dans ses missions à l'étranger aux juridictions étrangères qui reconnaissent aussi le mariage homosexuel ou orientent toutes ces missions à l'étranger à ne faire célébrer des mariages consulaires que pour les couples de sexe différent, même s'ils ouvrent le mariage aux couples de personnes du même sexe dans leur droit interne. Dans ce sens, les autorités françaises ont œuvré avec prudence, en limitant la célébration du mariage consulaire homosexuel par les consulats et ambassades françaises à

---

124 L'article 6 de la Convention de La Haye pour régler les conflits de lois en matière de mariage du 1902.

125 Voir l'article 5 de la Convention de Vienne sur les Relations Consulaires du 1963 :

Les fonctions consulaires consistent à :

(...)

f. Agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'État de résidence ne s'y opposent pas ; »

126 Malgré l'encadrement du mariage consulaire, comme une activité consulaire, en tant qu'activité visant les intérêts particuliers des ressortissants de la mission consulaire et des locaux à l'égard des ressortissants de l'État de la mission ; les missions diplomatiques – qui visent directement les intérêts de l'État représenté – peut aussi célébrer des mariages consulaires, par extension des activités consulaires, notamment à travers les sections consulaires qui opèrent souvent chez les missions diplomatiques.

127 Il est important d'éclairer que le consulat ou l'ambassade n'est pas une extension du territoire de l'État du drapeau de la mission. Les consulats et les ambassades étrangères sont autorisés à s'établir comme missions étrangères dans un certain État avec une série de prérogatives inhérentes aux activités développées, mais sous condition de respecter les lois et la juridiction de l'État où siège la mission.

l'étranger, pour les célébrations seulement aux États qui autorisent également le mariage pour tous<sup>128</sup>.

**154.** Il est important de considérer que les mariages consulaires échappent à la règle de la *lex loci celebrationis*. C'est une exception à la règle, parce que l'on applique la loi de l'autorité qui célèbre le mariage, la *lex auctoritatis*. Madame Ralser soutient que, dans le cas du mariage consulaire, il n'existe pas un conflit de lois (entre la loi de la juridiction où le mariage est célébré et la loi national de l'autorité consulaire célébrant le mariage), mais un conflit d'autorités<sup>129</sup>.

**155.** Une question importante rattachée à la célébration du mariage est la formalité préalable de la publication de bans. L'objectif de faire publier préalablement la notice de la célébration qui se projette est de la rendre connue, de manière à provoquer les possibles intéressés à s'opposer à la réalisation de la cérémonie et à la concrétisation du mariage. En tant que formalité préalable à la célébration, la publication des bans suit, comme les autres formalités de la célébration, la loi du lieu de la célébration. Et cependant l'on observe que le but de cette publication préalable est de soulever les possibles empêchements, matière considérée comme condition de fond et régie par la loi personnelle des époux. Raison pour laquelle certaines lois nationales exigent que ses nationaux fassent publier à leur pays natal les bans, s'ils se marient à l'étranger. Dans ce cas, une question importante surgit : est-ce que le droit du for a de la compétence pour exiger et régir la publication des bans dans une autre juridiction ? D'une part, l'on s'interroge s'il y a un cumul des lois applicables. L'incidence de la *lex loci celebrationis*, s'aperçoit pour l'exigence de la publication des bans, une fois que la loi du lieu de la célébration est appliqué pour la forme de la célébration et elle impose préalablement la publication des bans au lieu de la célébration, au milieu où le mariage prendra place, mais aussi dans le centre de vie de chacun des époux, au sein de la communauté à laquelle chacun d'eux appartient. La loi du lieu de la publication des bans dans la juridiction étrangère, à son tour, régit la forme de la publication des bans, même si la cérémonie ne prend pas forme sous cette loi. D'autre part, il faut réfléchir si l'absence de publication au pays natal entame seulement la non reconnaissance du mariage à ce pays et la conséquente impossibilité de la transcription de l'acte de mariage fait à l'étranger à son enregistrement civil ou si elle provoque aussi l'invalidité du mariage au lieu de sa célébration. Il paraît peut probable que la loi du lieu de la célébration exigerait la formalité de la

---

128 Voir la Circulaire du 29 mai 2013.

129 RALSER. *op. cit.* p. 244.



publication des bans au pays natal des époux pour la validité de la célébration au lieu de sa célébration. En revanche, si cette exigence est imposée par la loi du lieu de la célébration, il faut la respecter, comme condition pour la validité du mariage en matière de forme. En tout cas, il faut admettre que cette double exigence de publications des bans au lieu de la célébration et au lieu de rattachement personnel des époux (soit l'État de la nationalité ou de la résidence/domicile) serait préventive et éviterait les mariages boiteux.

**156.** Il est important d'observer que dans certains États la publication des bans se fait remplacer par la délivrance d'un certificat qui atteste que le conjoint étranger a la liberté d'état pour se marier, id est, qu'il est célibataire, divorcé ou veuf, mais pas marié<sup>130</sup>. Dans ce cas, ce certificat est souvent délivré par le consulaire de son pays natal ou, à la distance par une autorité du pays natal, mais avec l'intermédiation du consulat ou ambassade de ce pays dans la juridiction où le futur époux vit.

**157.** La divergence des lois et la vitesse comme le mariage pour tous se propage dans certains pays, avec un certain décalage d'un État à l'autre, emmène les couples de personnes du même sexe à faire des doubles célébrations. Ce phénomène présente des subtiles différences par rapport à la bigamie. Dans un premier moment, un partenariat est enregistré dans un État, qui se montre l'alternatif disponible pour le couple à ce moment. Et puis le même couple se marie quelque temps plus tard dans ce même État ou dans un tiers État, en raison de l'ouverture de la législation. La transition du partenariat au mariage sous l'égide du même système légal ne pose pas de problèmes, une fois que la plupart des lois prévoit cette possibilité et même une conversion facilitée du partenariat en mariage. L'hypothèse du mariage postérieur, dans un État différent de celui où les conjoints avaient enregistré leur partenariat, pose la réflexion du besoin d'une mesure bureaucratique dans l'État où le partenariat a été enregistré pour son extinction, peut-être en raison de la reconnaissance du mariage célébré à l'étranger.

## B. Les partenariats

**158.** Même si le partenariat s'érige à partir du modèle du mariage, par opposition ou ressemblance, différemment du mariage, il y a une diversité de modèles de partenariats en

<sup>130</sup> Même sans reconnaître le mariage homosexuel, les autorités japonaises ont déjà délivré plusieurs certificats de ce genre pour ses ressortissants qui les demandent pour se marier à un conjoint du même sexe à l'étranger.

droit comparé. Comme la formalité ou son absence joue un rôle important dans la formation du lien de partenariat qui unit le couple ; l'on divise l'étude de la formation du partenariat entre le partenariat enregistré et le partenariat informel.

## 1. Le partenariat enregistré

**159.** Même quand les droits d'un certain modèle de partenariat enregistré s'annonce beaucoup plus limité que ceux offerts par le mariage, le partenariat enregistré se rapproche du mariage en raison de sa formalité. Même si moins chargé que le symbolisme de la célébration de la cérémonie de mariage, l'enregistrement du partenariat contient le contrôle par l'autorité étatique et une publicité, qui s'appuie sur l'opposabilité à l'égard des tiers. Compte tenu la formalité du partenariat enregistré, l'on examine sa formation selon la compétence pour l'enregistrement du partenariat et la loi applicable aux conditions de fond et de forme.

### *a) Compétence pour l'enregistrement*

**160.** Pareillement à la réalité du mariage entre personnes du même sexe, le partenariat enregistré entre personnes du même sexe n'est reconnu que par un nombre réduit d'États. D'un côté, certains États restreignent la compétence de ses autorités pour l'enregistrement des partenariats de ses nationaux et/ou des résidents habituels ou domiciliés sur son territoire, en adoptant une approche plus restrictive. D'autre côté, quelques États sont plus ouverts et permettent l'enregistrement du partenariat lorsque seulement l'un des partenaires a la nationalité ou la résidence habituelle ou le domicile sur son territoire, ou sous certaines conditions spécifiques, en préférant une approche plus inclusive. Comme pour le mariage, en raison de la probable non reconnaissance du partenariat aux juridictions qui n'autorisent pas le partenariat entre personnes du même sexe, les États qui restreignent le partenariat à ses nationaux ou aux résidents habituels ou domiciliés dans son territoire estiment que cette restriction éviterait des problèmes futurs pour la circulation d'un statut familial, où il serait inconnu. Pour surmonter ces conditions restreints, certains États élargissent leurs chefs de compétence et assouplissent l'exigence de la nationalité ou de la résidence habituelle/du domicile à seulement l'un des partenaires ou la conditionne à la simple résidence, qui se

constate facilement à partir d'un séjour raisonnablement court sur le territoire de l'État de l'enregistrement.

**161.** Il est intéressant d'observer que certains États autorisent leur autorités consulaires et diplomatiques à enregistrer le partenariat de leurs ressortissants à l'étranger. Une mesure qui rapproche le partenariat enregistré du mariage consulaire ou, au moins, d'un acte formel comme les contrats sous acte authentique que l'on enregistre devant une autorité consulaire ou diplomatique, quand l'on espère la production d'effets devant la juridiction de l'État de l'autorité de l'enregistrement. Dans ce cas, comme pour le mariage consulaire, l'enregistrement est conditionnée à l'exigence de la nationalité de la mission par les partenaires, ou exceptionnellement, par l'un d'eux.

**162.** Autre question importante qui dérive de l'enregistrement d'un partenariat enregistré est la compétence pour la conversion du partenariat enregistré en mariage. Plusieurs systèmes légaux autorisent la conversion du partenariat en mariage et fonde la compétence pour le mariage dans l'enregistrement du partenariat par ses autorités, comme une sorte de prorogation de compétence pour le mariage<sup>131</sup>. Et cependant il faut observer que la conversion en mariage suit la procédure traditionnelle de célébration du mariage, en obéissant l'exigence des délais de publication de bans, quand la loi le prévoit.

### ***b) Loi applicable aux conditions exigées pour la validité***

**163.** Comme pour le mariage, les conditions de fond du partenariat entre personnes du même sexe touchent des conditions essentielles à l'institution, à son contenu, mais aussi relatives à sa forme. Comme l'enregistrement du partenariat comporte un caractère proche à une acte juridique, malgré sa proximité avec le mariage, l'on commence l'examen des lois applicables à sa validité par la question de la forme, une fois qu'elle aura une influence même sur certains aspects du fond du partenariat.

#### *α) Conditions de forme*

**164.** Il appartient à la loi régissant la forme du partenariat d'établir la manière comme l'enregistrement se fait : si les partenaires comparaissent pour manifester personnellement leur consentement devant une autorité comme le notaire ou le greffier d'un tribunal, ou si

---

<sup>131</sup> Voir l'article 1726 du Code Civil brésilien.

l'enregistrement se fait à partir des formulaires remplis et signés par les partenaires, et déposés auprès un tribunal ou un notaire, ou à partir une forme de contrat enregistré sous un acte authentique devant le notaire. Même semblable au mariage, le partenariat garde encore un caractère contractuel. Ce que le rapproche de l'application des règles rattachés aux actes juridiques ou aux contrats pour sa forme, dans certains systèmes légaux. Même si le rapprochement aux questions contractuelles seraient dangereuses, parce qu'il pourrait affaiblir l'encadrement familial du partenariat, il est important que sa forme soit régie par la loi du lieu de l'enregistrement du partenariat, pas pour ressemblance à un contrat, mais pour proximité au mariage. Ainsi, l'on suggère l'application de *lex loci actus*, la loi du lieu de l'enregistrement pour régir ses formalités.

### *β) Conditions de fond*

**165.** En raison de son inspiration au mariage, les conditions de fond du partenariat enregistré s'approchent des fameux empêchements en matière de mariage. entre personnes du même sexe. L'on examine les conditions semblables comme la condition de sexe des partenaires, leur capacité pour enregistrer un partenariat et leur consentement pour le faire. Ainsi, la loi ou les lois régissant ces conditions de fond doivent autoriser le partenariat entre deux personnes du même sexe<sup>132</sup>. La capacité pour enregistrer le partenariat se mesure d'habitude par la capacité civile des partenaires, comme la capacité en général pour un acte juridique. Ce qui est pris en compte aussi pour leur consentement. Comme pour le mariage, certains systèmes légaux autorisent le recours à la représentation, mais la même conséquence de non reconnaissance dans une juridiction qui n'autorisent l'enregistrement à travers le recours à un instrument de procuration se produirait. Malgré la proximité avec le mariage, la plupart des États conditionnent le conditions de fond du partenariat enregistré à la loi du lieu de l'enregistrement en DIP<sup>133</sup>. Seulement certains systèmes légaux rattachent ces conditions à la loi personnelle des partenaires, à travers un critère distributif, ou le font de manière résiduelle, pour certaines conditions comme la capacité par exemple.

---

132 En effet, dans plusieurs pays, le partenariat n'est ouvert qu'aux couples du même sexe et il s'est érigé comme institution légale, avec ce profil.

133 Dans ce sens, l'Accord entre les États-Parties du Mercosur et les États Associés sur Juridiction Internationalement Compétente, Loi Applicable et Coopération Juridique Internationale en Matière de Mariage, Relations Personnelles entre Conjoints, Régime Matrimonial de Biens, Divorce, Séparation Conjugale et Union non Matrimoniale du 2012 consacre l'application de la loi du lieu d'enregistrement du partenariat pour toutes les question qui le concerne, à savoir la capacité des partenaires pour l'acte, si que la forme, l'existence et la validité de l'acte, selon l'article 8, première alinéa.

**166.** Pour les conditions de l'inexistence d'union non dissoute préalable au partenariat, l'impossibilité d'enregistrer un partenariat avec une personne avec laquelle un partenaire a un lien de parenté ou d'alliance ou le classique délai de viduité, l'on vérifie une tendance presque absolue de recours à la loi du lieu de l'enregistrement du partenariat. Possiblement parce que le partenariat enregistré renonce parfois à ces exigences, la liberté d'enregistrement est plus ample que pour le mariage. En revanche, il faut observer que même si certaines lois prévoient souvent l'exigence d'une union non dissoute – mariage ou partenariat – préalable à l'enregistrement du partenariat, sa faiblesse s'aperçoit face à sa dissolution automatique lors de la célébration d'un mariage postérieur au partenariat. Pour la restriction à l'enregistrement d'un partenariat avec une personne ayant un lien de parenté ou d'alliance avec le partenaire, cette condition confirme le rapprochement du partenariat enregistré avec le mariage. Même si l'extension du degré de parenté ou d'alliance ou sa dispense est régie par la loi du lieu de l'enregistrement, le partenariat risque la non reconnaissance dans une juridiction étrangère, comme celle de la nationalité du partenaire, si le critère de rattachement de la juridiction étrangère reproduit le critère classiquement utilisé pour le mariage, comme le recours à la loi personnelle de chaque partenaire, à travers un critère distributif.

**167.** Il est important d'observer que, malgré l'importance du thème du partenariat enregistré en DIP, il n'y pas de droit conventionnel consistant sur le thème. Au sein de la CHDIP, il y a un projet de convention sur les partenariats enregistrés, mais qui semble loi de voir le jour. Au niveau de l'UE, le partenariat enregistré ne fut touché partiellement comme dans le règlement sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés, frère jumeau du règlement sur les régimes matrimoniaux du 2016.

## 1. Le partenariat informel

**168.** La formation du partenariat informel est complexe en raison du manque de formalité pour ce type de rapport. Même s'il se rapproche de l'union libre du droit français, l'on adopte pour ce travail, la nomenclature partenariat informel, parce que dans plusieurs systèmes légaux, même en toute absence de formalité, ses effets sont équivalents à ceux d'un partenariat enregistré. Comme l'on ne départ pas de la notion d'enregistrement, mais de celle de constatation, dans l'effort de maintenir la même méthodologie de prestigier la méthode

classique conflictuel du DIP – attentive au conflit de juridictions et au conflit de lois – l'on analyse la compétence des autorités pour la constatation de l'existence du partenariat informel, et la loi applicable à son existence et sa preuve.

#### ***a) Compétence pour constater la constitution du partenariat informel***

169. D'abord, il faut éclairer que, face au manque de formalité, le partenariat informel se constitue par des conditions vérifiées pour son existence. Ainsi, en partant des conditions exigées pour l'union libre française, l'on exige la convivence durable, publique de deux partenaires avec une intention semblable à une union matrimoniale, sans l'être en revanche. La grande difficulté, en matière de compétence pour le partenariat informel, est déterminer qui a la compétence pour vérifier l'existence de ces conditions de manière à constater l'existence du partenariat informel. La tendance, comme la convivence durable est l'élément probablement le plus important pour le partenariat informel, est que la juridiction où le couple vit ensemble ait la légitimité pour la constatation de l'existence du partenariat informel. Ainsi, la compétence se revêt des critères classiques du for de la résidence habituelle ou du domicile du couple, même si un critère subsidiaire de la nationalité soit adopté. Pourtant, les problèmes surgissent face à la mobilité du couple, notamment dans un cas de conflit mobile international.

#### ***b) Loi applicable à la constitution du partenariat informel***

170. Face à l'absence de formalité du partenariat informel, l'on remplace les traditionnels paramètres de fond et forme, en matière de loi applicable, respectivement, par son existence et sa preuve.

##### *α) Loi applicable aux conditions pour son existence*

171. Les conditions équivalentes au fond d'un partenariat informel semblent plus complexes que pour un partenariat enregistré. Les traditionnelles conditions de la condition de sexe des partenaires est observer de manière ouverte, pour la reconnaissance des partenariats informels des couples homosexuels. Le consentement des partenaires se vérifie par la présomption de vie ensemble, de forme tacite en raison de la convivence *more uxore* entre les partenaires, sauf dans le cas où ils ne seraient pas capables. Les conditions comme

l'inexistence d'union non dissoute et l'inexistence de lien de parenté ou d'alliance avec l'autre potentiel partenaire doit se vérifier sous peine de non reconnaissance du lien selon la loi applicable. L'on s'interroge si la non exigence de l'enregistrement serait une condition rattaché au fond ou à la forme, pour la validité du partenariat . Même si l'on choisit de maintenir l'application de la loi personnelle des partenaires pour les conditions comme des empêchements à régir la liberté d'état ou l'âge minimale, il serait envisageable de traiter la question de la non exigence de l'enregistrement sous la loi du lieu où le couple établit leur rapport de partenariat, sans l'exigence de l'enregistrement.

**172.** Des questions se posent en DIP pour la question de la validité d'un partenariat informel . Quid le couple établit un rapport de vie ensemble caractérisant un partenariat informel et change de résidence ou de domicile, après quelques ans de vie ensemble ? Si le changement de résidence ou domicile a lieu après le délai considéré comme adéquat pour considéré un couple comme vivant en partenariat, il n'y a pas de problèmes. En revanche, si le délai de la loi du pays où ce rapport a commencé est de cinq ans, et le couples change de résidence ou domicile pendant la troisième ou quatrième année, il y aurait de problèmes, de même façon si le changement se fait pour un État qui reconnaît le partenariat informel, mais avec l'exigence d'un délai plus long de communion *more uxore* entre les partenaires, par exemple.

**173.** En matière de loi applicable à l'existence du partenariat informel, en faisant une comparaison avec le partenariat enregistré, comme la loi du lieu de l'enregistrement a une vocation naturelle pour régir celui-ci, la loi du lieu de constitution du partenariat revendique une pareille vocation pour régir celui-là<sup>134</sup>. La meilleure solution serait possiblement élargir les critères pour la loi applicable à la validité des partenariats informels, peut-être à travers des critères subsidiaires. L'on peut prévoir l'application de la loi du lieu où la convivence des partenaires est commencé et s'est prolongé, s'il y a un changement de résidence ou domicile et la loi de ce nouveau État de résidence ou domicile ne considérerait pas comme valable le partenariat.

---

134 Dans ce sens, l'Accord entre les États-Parties du Mercosur et les États Associés sur Juridiction Internationalement Compétente, Loi Applicable et Coopération Juridique Internationale en Matière de Mariage, Relations Personnelles entre Conjoints, Régime Matrimonial de Biens, Divorce, Séparation Conjugale et Union non Matrimoniale du 2012 consacre l'application de la loi du lieu de constitution d'un partenariat informel, en choisissant la loi du lieu de reconnaissance, c'est à dire, de constatation de l'existence de l'union non matrimoniale, selon l'article 8, première alinéa.

*β) Loi applicable à la preuve de son existence*

**174.** Pour faire la preuve du partenariat informel, l'on pourrait utiliser des témoignages, la preuve de la possession de l'état de partenaires, etc<sup>135</sup>. Pour la preuve de l'existence d'un partenariat informel, il faut considérer deux situations distinctes où la preuve serait exigée ou utilisée, la preuve dans l'État où le partenariat informel est constitué et la preuve dans un tiers État. Au premier cas, la force probante des moyens utilisés pour prouver le partenariat seraient soumise à loi de cet État, c'est à dire, la loi du lieu de la conclusion du rapport. Au deuxième cas, la loi applicable est celle du tiers État et le problème pose le retour au débat sur la perméabilité du système local du for aux partenariats informels. Il faut que la loi du for non seulement reconnaissent les couples de personnes du même sexe en tant que couples, mais qu'elle accepte ce genre de partenariat dépourvu des formalités pour la reconnaissance du partenariat. Dans ce cas, l'ordre public jouerait un rôle très important.

**175.** Une question importante pour la preuve de l'existence du partenariat informel est la constatation de son existence légale. Face à la situation d'informalité du partenariat, son existence n'est rarement vérifié que dans un moment où les partenaires ont besoin de faire preuve du rapport pour jouir certains effets. Ainsi, très souvent la preuve du rapport se fait ou pendant le rapport ou lors de sa dissolution. Au premier cas, l'on veut constater l'existence du rapport pour en jouir ses effets ; au deuxième cas, l'on essaie simultanément de reconnaître son existence pour en déduire les effets de sa dissolution, en spécial sa liquidation. Si pour la première hypothèse, il n'y a pas de doute que la loi applicable est celle du lieu du centre de vie du couple, qui correspond souvent au lieu de constitution du partenariat. Sauf pour le cas de conflit de mobile, où la loi est celle d'un lieu de constitution du partenariat, mais probablement celle du lieu de continuité de la vie ensemble. Dans la deuxième hypothèse, la loi applicable est celle du lieu de dissolution du partenariat, mais qui est certainement correspondante au lieu de constitution du partenariat, ou au moins, au lieu de continuité de la vie ensemble du couple. En tout cas, toutes ces hypothèses convergent pour la loi du centre de vie du couple, à savoir, la loi du lieu de résidence habituelle ou de domicile du couple.

---

135 Un point important est que le partenariat informel, malgré son établissement sans exigence de formalité, peut être prouvé très souvent à travers des documents tels que des arrêts des cours de famille, qui tranche de demandes de reconnaissance du partenariat informel, lors d'une demande de sa dissolution ou de la succession de l'un de présumés partenaires. Et, dans le pays comme le Brésil, la décision pourra même déterminer de manière rétroactive la date du début du lien, la date de sa formation, pour des effets légaux.



## §2. L'existence valide du lien légal unissant les couples de personnes du même sexe

**176.** Comme il est impossible pour l'État de contrôler le libre arbitre de ses sujets, il y a des rapports qui sont certainement existantes, mais qui ne sont pas aptes à produire des effets ou desquels ne découlent que des effets très limités. Un rapport tel comme un mariage ou un partenariat doit remplir certaines conditions pour avoir de la validité, c'est à dire, pour produire des effets légaux. Si l'État ne réussit pas à empêcher que les gens s'engagent en certains rapports soupçonnés comme invalides, il essaie de les sanctionner à travers le refus à célébrer un mariage ou enregistrer un partenariat, la non reconnaissance légale du lien ou sa reconnaissance aux effets limités comme le mariage putatif.

### A. Régime légal de la validité

**177.** En obéissance à la méthode traditionnelle du DIP, l'on analyse le régime légal de la validité du lien unissant le couple à travers le for compétent à se prononcer sur cette question et par la loi applicable.

#### 1. Le for compétent

**178.** Pour examiner toute question relative à la juridiction compétente en matière de (d'in)validité d'un mariage ou d'un partenariat, il est important d'observer qu'il y a deux moments où la validité d'un acte formel comme un mariage ou un partenariat enregistré est contestée. D'abord, lors de la célébration du mariage ou de l'enregistrement du partenariat, l'autorité responsable vérifie si les conditions exigées pour l'acte sont présentes. À ce moment, l'autorité responsable pour la célébration du mariage ou pour l'enregistrement du partenariat fait un examen des conditions de fond et de forme exigées pour l'acte. En effet, dans le cas du mariage, la publication des bans vise à laisser l'opportunité aux intéressés pour se manifester leur opposition à l'acte. En thèse, jusqu'au moment de la célébration de l'acte, ces manifestations peuvent avoir lieu. Au cas de l'enregistrement d'un partenariat, comme il n'y

pas d'habitude une formalité semblable à la publication des bans, mais l'acte d'enregistrement, parfois suivi de la publication de l'acte ou de son extrait, l'opposabilité est plus limitée. En tout cas, il est usuel qu'il y a au moins une procédure notariale ou administrative qui permette de susciter l'examen de la validité de l'enregistrement, en cas de doute ou soupçon d'invalidité.

**179.** *A posteriori*, même après l'apparente célébration régulière du mariage ou de l'enregistrement régulier du partenariat, l'on peut questionner la validité de l'acte, si l'on doute que l'acte manque de conditions pour sa validité. Il n'est pas rare que l'invalidité d'un mariage ou d'un partenariat soit suscitée longtemps après la formation du lien. Parfois, la validité d'un mariage est contestée à travers une action en nullité visant son annulation, lors d'une demande de divorce, par exemple. Même si les conditions requises pour la formation valide du lien soient analysées lors de sa formation, comme une radiographie dans un moment précis, certaines conditions sont tellement essentielles pour l'acte, que leur absence permet de remettre la validité de l'acte en cause, longtemps après sa célébration. En revanche, certaines conditions semblent perdre leur force à mesure que le questionnement s'éloigne du moment de formation de l'acte. C'est la *mens legis* motivant la reconnaissance d'effets au mariage putatif, où la vie ensemble du couple contribue à surmonter les imprécisions organiques de formation du lien. Dans ces cas, il y a tendance que la loi régissant les conditions de fond se montre plus puissante que celle qui régit la forme de l'acte. Comme l'examen de la demande d'invalidité se fait par le juge, souvent lors d'une question de dissolution du lien inter vivos ou à cause de mort, l'on serait devant la question préalable en DIP<sup>136</sup>.

**180.** Pour la situation spécifique du partenariat informel, en établissant un parallèle par rapport au mariage ou au partenariat enregistré, il est possible de reconnaître que l'on pourrait d'abord questionner la validité du partenariat informel, lors de sa reconnaissance formelle à travers une décision judiciaire ou administrative, à travers un recours par exemple, mais aussi *a posteriori*, pendant la jouissance des potentiels effets dudit partenariat informel, à travers une action spécifique pour ces objectifs.

**181.** En ce qui concerne le for compétent à juger la validité du lien unissant le couple, il y a une compétence naturelle des tribunaux du for de célébration du mariage ou d'enregistrement du partenariat, lors de la célébration de l'acte. S'il y a une vocation naturelle du juge du for de l'autorité responsable pour l'acte pour examiner la question, cette compétence se proroge même après la célébration de l'acte par ce fondement. Et cependant, à mesure que le temps

136 RALSER. *op. cit.* p. 219.

pas et le lien se renforce, malgré sa base irrégulière, la tendance est l'ouverture du lieu du centre de vie du couple. C'est la compétence de la résidence habituelle ou du domicile du couple<sup>137</sup>, ou au moins de la première résidence habituelle conjugale ou du premier domicile conjugal, pour certains systèmes légaux.

**182.** Comme le questionnement de la validité du lien n'apparaît parfois que lors d'une demande de sa dissolution inter vivos ou à cause de mort, il est usuel que la question de la validité du lien soit traitée comme une question préalable à la question principale. Loin du débat si la loi régissant la question préalable serait autonome ou dépendant du critère de rattachement de la question principale ; au domaine du conflit de juridictions, l'on vérifie la dépendance en matière de for pour l'examen de la question préalable de la validité du lien par rapport à la question principale, parce qu'il s'opère une prorogation de compétence en faveur du for successoral ou du for du divorce ou de celui de la dissolution du partenariat, par exemple.

**183.** En ce qui concerne le questionnement de la validité du partenariat informel, le même raisonnement pour reconnaître la compétence du for du centre de vie du couple, pendant la vie quotidienne du couple s'applique. Pareillement, l'on vérifie aussi une prorogation de compétence en faveur du for qui examine une demande de reconnaissance du lien<sup>138</sup>, pour analyser sa possible invalidité par manque de conditions de fond, c'est à dire, des conditions pour son existence valide.

---

137 Dans ce sens, l'article 3 de l'Accord entre les États-Parties du Mercosur et les États Associés sur Juridiction Internationalement Compétente, Loi Applicable et Coopération Juridique Internationale en Matière de Mariage, Relations Personnelles entre Conjoints, Régime Matrimonial de Biens, Divorce, Séparation Conjugale et Union non Matrimoniale du 2012 établit la compétence, pour une action en nullité d'un mariage, du for du domicile du couple, et subsidiairement, le for du dernier domicile conjugal si au moins l'un des conjoints y réside lors de la saisine du for, ou, le domicile du demandeur ou celui du défendeur. Et cependant il faut souligner que l'application des règles de cet Accord aux mariages entre personnes du même sexe n'est pas obligatoire si l'État concerné ne discipline pas le mariage homosexuel dans son droit interne, selon l'article 7, deuxième alinéa. Pareillement, pour le partenariat, l'article 4 de l'Accord entre les États-Parties du Mercosur et les États Associés sur Juridiction Internationalement Compétente, Loi Applicable et Coopération Juridique Internationale en Matière de Mariage, Relations Personnelles entre Conjoints, Régime Matrimonial de Biens, Divorce, Séparation Conjugale et Union non Matrimoniale du 2012 prévoit la compétence, pour une action en nullité d'un partenariat, du for du lieu de l'enregistrement ou de reconnaissance (constitution) du partenariat, celui du domicile du demandeur ou celui du défendeur, au choix du demandeur. Et cependant il faut observer, comme pour le mariage, l'application restreinte des règles de cet Accord aux unions non matrimoniales entre personnes du même sexe, une fois que l'État concerné n'est pas obligé à les reconnaître, s'il ne discipline pas le partenariat homosexuel dans son droit interne, selon l'article 8, troisième alinéa.

138 Cela se fait souvent à travers lesdites « actions déclaratoires d'existence de partenariat », même si leurs effets soient, d'un point de vue procédural, des effets constitutifs, pas simplement déclaratifs.

## 2. La loi applicable

**184.** Pour la question de la loi applicable à la validité d'un mariage ou d'un partenariat, l'on revient certainement aux arguments exposés à propos de la loi applicable aux conditions de fond et de forme du mariage et du partenariat enregistré, si que sur la loi applicable à l'existence et à la preuve du partenariat informel. Comme l'on vérifie plusieurs conditions pour la validité de l'acte, l'on doit observer exactement le motif relatif à la potentielle invalidité de l'acte. Il appartient à la loi régissant la condition qui motive le soupçon d'invalidité de la discipliner. En effet, il appartient à la loi régissant la condition qui motive l'invalidité de l'acte de l'éclairer, mais aussi de déterminer la titularité des personnes légitimés à susciter l'invalidité, les délais pour le faire et les effets qui en découlent de la reconnaissance partielle ou totale de l'invalidité, y inclus le moment à partir duquel ses effets se produisent. Raison pour laquelle, l'on s'abstient de disserter du nouveau sur les lois qui régissent la formation du lien unissant le couple ; sauf pour certains commentaires à propos de l'invalidité du lien à cause de manque de consentement invalide pour la formation du lien.

**185.** La pratique des mariages blancs, très usuels au champ du DIP, pour certains couples mixtes, est sévèrement réprimée dans certaines juridictions. La fraude accordée par les époux de contracter mariage avec l'objectif de favoriser un époux étranger à travers l'obtention d'un titre de séjour ou autorisation semblable de résidence dans l'État de nationalité de l'autre conjoint et ensuite l'acquisition de la nationalité de cet État rend l'acte invalide. Une hypothèse qui se distingue des mariages blancs est celle des mariages gris<sup>139</sup>, où l'un des époux trompent l'autre conjoint, en cachant ses vrais objectifs avec le mariage et en se portant de manière incompatible avec les devoirs du mariage. Même si de difficile constatation en matière de preuve, ces cas seraient aussi susceptibles de nullité, en raison du consentement maculé par l'erreur de la part du conjoint de bonne foi. Dans cet hypothèse, face à la possible divergence en matière d'erreur comme vice de consentement pour le mariage entre les lois personnelles des deux conjoints, il faut faire prévaloir la loi personnelle du conjoint de bonne fois, puisque l'erreur vise protéger le consentement maculé de l'*errans*.

**186.** Comme en matière de validité d'un mariage ou d'un partenariat l'on glisse sur un terrain sensible, parce qu'il s'agit des effets qui peuvent toucher non seulement les époux ou

---

139 À propos des mariages gris, la différence est que les mariages blancs s'appuient sur l'accord des deux époux pour la fraude, les mariages gris se matérialisent par le *falsum* de l'un des conjoints que cachent ses « vrais sentiments et ses objectifs » de l'autre conjoint de bonne foi. Voir OLSON, Stéphanie. *Mariage gris : nullité ou divorce ?*. Disponible sur <https://www.alexia.fr/fiche/7939/mariage-gris-nullite-ou-divorce.htm> le 21/09/2017 à 12:32.

les partenaires, mais aussi les tiers tels que les enfants issues du foyer établi par le lien, il convient de réfléchir sur la pertinence d'une flexibilité pour la détermination de la loi applicable à statuer sur les conditions de la validité du rapport. Ainsi, il s'agit de considérer le recours à l'application du principe de la protection, dans le but de sauver le mariage ou le partenariat condamné . Il se fait à travers une interprétation plus favorable des règles de conflit de lois de manière à accueillir une loi plus favorable à la validité du rapport. Cette opération s'inspire d'une interprétation ou application *favor matrimonii* déjà adoptée pour sauver certains mariages, en bénéfice du conjoint de bonne fois, de même que le raisonnement de la figure du mariage putatif, une solution pour reconnaître certains effets d'un mariage à l'origine non valide, de manière à protéger les enfants issues du rapport défectueux.

**187.** Une alternative serait le renvoi favorable. Pour un mariage célébré à l'étranger, le juge national est saisi d'une action en annulation, les règles de conflit du for céderaient la place aux règles de conflit de la loi étrangère indiquée. L'avantage de cette application au renvoi favorable est de honorer le système implicitement choisi par les parties, une fois qu'elles ont décidé de s'y marier ou d'y enregistrer leur partenariat ou d'y s'établir comme couple. La critique à cette solution s'appuie sur le risque des cercles vicieux de la mise en jeu du renvoi et sur un argument pratique : si les tribunaux nationaux sont saisis à propos d'une demande d'annulation d'un mariage ou d'un partenariat fait ou conclu à l'étranger, ou pour examiner sa validité en tant que question préalable par rapport à une question principale de divorce ou de dissolution d'un partenariat, cela ne se passe pas forcément pour des raisons fortuites. La compétence du for se justifie parce que malgré la formation du lien à l'étranger, les époux ou les partenaires ont établie leur vie conjugale au for ou y ont vécu pour une période considérable. Ainsi, au moment du litige, les règles de conflit de lois du for jouissent d'une légitimité bien établie pour déterminer la loi applicable à la validité du lien .

## B. Domaine de la validité

**188.** Une fois éclairé que la loi régissant la condition objet de l'invalidité se propage sur tous les aspects de l'examen de la validité du lien unissant le couple ; il faut analyser le domaine de la loi applicable à la validité du lien en DIP. Ainsi, l'on examine le domaine de la validité, à travers les questions qui assument le rôle des véritables conditions supplémentaires,

telles que la titularité des personnes légitimés à susciter l'invalidité, les délais pour le faire et. Ensuite, l'on examine les effets qui en découlent de la reconnaissance partielle ou totale de l'invalidité, y inclus le moment à partir duquel ses effets se produisent.

## 1. Les conditions supplémentaires

**189.** La loi qui régit la condition violée discipline aussi la légitimité pour l'exercice de l'action en nullité. Le problème qui se pose est l'extension de la légitimité au parquet ou sa restriction aux légitimés habituels, qui sont les membres de la famille. Pour la légitimité du ministère public, un point intéressant du débat est qu'il ne serait légitimé que si la loi de la juridiction dans laquelle le parquet exerce ses fonctions est appliquée. En autres termes, si le problème de l'invalidité du mariage est suscité en raison d'une condition de fond régie par la loi personnelle de l'un des époux, est-ce que le ministère public de la juridiction étrangère correspondant à la loi étrangère appliquée pourrait agir au for ? ou est-ce que le ministère public du for devrait agir, même si l'invalidité s'origine à partir de l'application du droit matériel étranger, en raison du commandement de la règle de conflit de lois du for ? En ce cas, est-ce que sa légitimité se justifierait au nom de la protection de l'ordre public ?

**190.** Autre question importante sur la légitimité pour susciter l'annulation d'un lien est le rôle des époux ou des partenaires. Si les époux ou partenaires ont d'une certaine manière contribué et même été les responsables pour la formation du lien douteux, comment pourraient-ils venir en arrière et questionner son comportement ? L'article 196 du Code Civil Français est un bon exemple de mesure de bon sens, à partir du moment où il déqualifie les époux à demander l'annulation du mariage, par défaut de célébration, s'ils ont vécu ensemble comme époux. La possession d'état d'époux convolerait le mariage défectueux en valide.

**191.** La validité d'un lien de mariage ou partenariat touche aussi des questions processuels telles que les délais pour la proposition de la demande et ses causes d'extinction. D'après la tradition de l'École Statutaire Italienne en DIP, basée sur Balduini, les questions processuelles seraient régies par la *lex fori*, parce qu'elles sont rattachées au cours du procès, à la mise-en-œuvre de la juridiction. Même si l'opposabilité à la reconnaissance d'un mariage ou partenariat fait ou constitué ailleurs se fait au for où l'on suscite l'invalidité, et sera examinée par l'autorité compétent selon le droit du for ; les délais à respecter si que les causes pour

l'annulation sont régis par la loi applicable à la condition dont l'invalidité motive la demande d'annulation.

## 2. Les effets de l'invalidité

**192.** Une fois reconnue l'invalidité du lien du couple, il faut déterminer le moment à partir duquel les effets de l'invalidité se produisent. En effet, il faut déterminer si l'invalidité produit des effets *ex tunc* ou *ex nunc*, respectivement, si les effets rétroagissent à un moment antérieur, tel comme la célébration du mariage ou l'enregistrement du partenariat, ou si les effets sont immédiats à partir de la constatation de l'invalidité, sans rétroagir. Encore une fois, il appartient à la loi régissant l'invalidité de déterminer le moment de la production d'effets découlant de l'annulation.

**193.** Autre question relative aux effets de l'invalidité du lien est la possibilité de reconnaître un mariage ou un partenariat putatif homosexuel. Comme le mariage putatif est une sous-catégorie consacrée pour le mariage traditionnel et qui envisageait ratifier la validité d'un mariage invalide pour sauvegarder la légitimité de la progéniture ; il convient de s'interroger sur son application pour les couples homosexuels. L'on croit que les mêmes conditions qui régissent le mariage putatif sous la loi applicable sur la validité du mariage seraient applicables au mariage des couples de personnes du même sexe, sous peine de discrimination, notamment si cette loi ouvre l'accès à la filiation pour ces couples. Le même pour le partenariat putatif homosexuel. En tout cas, la même loi qui examine l'invalidité et reconnaît le caractère exceptionnellement putatif du lien détermine l'extension des effets sauvegardés.

## **Conclusion de la Section 1**

**194.** Pour la question de la validité d'un mariage ou d'un partenariat en DIP, l'on suit la méthode classique conflictuelle. L'on examine la compétence des autorités pour faire célébrer le mariage, faire enregistrer un partenariat ou reconnaître l'existence ou la constitution d'un partenariat ; qui s'affirme de manière exclusive et unilatérale par chaque État, comme la

compétence juridictionnelle. L'on vérifie les conditions pour la formation du lien, selon les lois régissant le fond et la forme du mariage et du partenariat, si que les lois applicables à l'existence et à la preuve du partenariat informel. Si la loi du lieu de l'enregistrement paraît prévaloir pour le partenariat enregistré ; la *lex loci celebrationis* et la loi personnel des époux sont majoritairement reconnues pour régir, respectivement, la forme et le fond du mariage. Le partenariat informel, à son tour, a son existence et sa preuve gouvernées par la loi du lieu de constitution du lien. Exceptions sont faites pour la célébration d'un mariage consulaire et l'enregistrement d'un partenariat consulaire.

**195.** Pour l'examen de la validité d'un mariage ou d'un partenariat, l'on revient sur les mêmes lois applicables à leur formation. Il appartient à la loi régissant la condition soupçonnée d'invalidité de confirmer ou pas l'invalidité, et de délimiter l'extension de l'invalidité, à travers les conditions supplémentaires pour susciter l'invalidité, comme la légitimité subjective et les délais pour le faire. Cette même loi confirme également les effets de l'invalidité et le moment à partir duquel elle se produise.

## **Section 2. La preuve et la reconnaissance des couples de personnes du même sexe à l'étranger**

**196.** Un élément essentiel pour assurer la circulation des couples de personnes du même sexe à l'étranger est la preuve de leur condition et la reconnaissance de leur statut dans d'autres juridictions. Si le lien qui unit le couple homosexuel bénéficie du principe de la reconnaissance et de la théorie des droits acquis en DIP, pour la preuve de l'acte qui forme le lien du couple ou de la constitution du rapport du couple ; cette preuve est parfois contesté par manque de certaines conditions qui vident le lien de toute validité ou au nom de l'ordre public, qui barre son admission. Également la reconnaissance du lien unissant le couple de personnes du même sexe est refusée au nom de l'ordre public, quand l'État requis est réfractaire à ce type d'union. En raison du mosaïque de catégories existantes en droit comparé pour les couples de personnes du même sexe, la reconnaissance de chaque catégorie d'une juridiction à l'autre se fait avec fluidité, en ajustant les contours de chaque catégorie aux limites du for de la reconnaissance.



## §1. Preuve

**197.** En matière de preuve, l'on revient sur la distinction entre l'existence et la validité du rapport en question. Malgré son existence incontestable, le rapport unissant le couple peut être considéré non valide, par manque de conditions de validité, et par conséquent ne pas produire d'effets. Il est important d'observer que quand l'on discute la preuve d'un acte formel comme un mariage ou un partenariat enregistré, l'on s'attache à la force probante de l'acte de l'état civil<sup>140</sup>. En effet, la preuve de l'acte énoncé par un certificat n'assure pas son efficacité elle-même, dont l'invalidité peut être contestée pas sur la base du document (certificat), mais sur d'autres conditions, telles que le respect aux conditions de fond et de forme de l'acte juridique. Pour mieux analyser la question de la preuve du lien unissant un couple de personnes du même sexe, l'on étudie la loi applicable en matière de preuve (A) si que la circulation de la preuve (B).

### A. La loi applicable à la preuve

**198.** Traditionnellement, la loi applicable à la preuve est la loi du lieu où l'acte est accompli, parce que l'on part de la présomption que l'on y trouve les éléments qui forme l'acte juridique. Son application sert sur mesure pour la preuve du lien de mariage et de partenariat enregistré d'un couple de personnes du même sexe. En matière de preuve, c'est peut-être l'un des domaines où la différence de forme entre le partenariat enregistré et le partenariat informel se fait plus perceptible. Quant au partenariat enregistré, il n'y a pas de mystère, une fois qu'ils se reprochent du mariage en tant que formalisme, en raison de l'enregistrement qui génère ainsi un document comme un acte notarial ou un certificat de partenariat. La loi applicable à sa preuve est la loi où l'acte juridique de l'enregistrement du partenariat a été célébré. Au cas du partenariat informel, sa preuve se fait par la loi du lieu de constitution du partenariat à travers la communion de vie du couple durablement établie dans une juridiction, qui utilise probablement la possession d'état et d'autres moyens pour le constater. En effet, l'on fait preuve de son existence.

---

<sup>140</sup> La Cour de Cassation définit les actes de l'état civil comme « les écrits dans lesquels l'autorité publique constate d'une manière authentique un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes » (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 1983).

**199.** La loi applicable à la preuve du mariage reconnaît la force probante de l'acte de mariage ou confirme la validité de la cérémonie célébrée, ce que n'implique pas forcément la validité du mariage, comme déjà exposé. La transcription d'un certificat de mariage ou d'un enregistrement de partenariat étranger dans l'État requis vise la continuité du statut de conjoint ou partenaire. La transcription de l'acte étranger fait preuve de l'existence de l'événement énoncé dans l'acte, pas de sa validité, qui peut être contestée, selon les critères de rattachement applicables à la validité du lien. Dans ce sens, la loi applicable aux exigences pour faire la transcription d'un acte étranger est la *lex loci actus*, qui régit ainsi la forme de la transcription au for. L'acte dont le contenu heurte l'ordre public de l'État requis ne serait pas transcrit<sup>141</sup>. La rédaction et les restrictions de contenu de l'acte sont soumises à la loi du for<sup>142</sup>, mais le contenu de l'acte est soumis à la loi qui régit le rapport énoncé. Au nom de la bonne foi, la transcription de l'acte étranger jouit de la présomption de véracité, sauf preuve contraire<sup>143</sup>.

**200.** Une question importante serait la possibilité d'application de la loi personnelle des époux ou partenaires pour régir la matière de preuve du lien. Pour les raisons ci-dessus exposées, il ne serait pas convenable de utiliser la loi personnelle, même en cas de renvoi favorable, pour la preuve du lien unissant le couple. Par exemple, l'hypothèse de deux brésiliens vivant en Italie, qui se considèrent vivant en partenariat informel, à travers leur loi nationale. Comme l'Italie n'admet que le partenariat enregistré, à travers l'unione civile enregistré par un officier d'état civil, même par renvoi à la loi nationale des partenaires, en espèce la loi brésilienne qui admet la constitution d'un partenariat informel, sous certaines conditions, même sans un acte formel d'enregistrement ; le couple de deux brésiliens aura un statut boiteux et aucun statut comme couple reconnu en Italie.

## B. La circulation de la preuve

**201.** Sur l'efficacité de la preuve du lien unissant le couple à l'étranger, il est intéressant d'analyser l'exigence ou pas de la transcription de l'acte de célébration de mariage ou

---

141 Dans ce sens, n° 529 et 530 IGRED prévoient que l'officier de l'état civil doit refuser de dresser l'acte étranger et saisir le parquet, quand l'acte heurte l'ordre public international français.

142 Dans ce sens, voir l'article 35 du Code Civil français.

143 En France, l'article 47 du Code Civil prévoit que l'acte de l'état civil fait régulièrement à l'étranger fait foi, sauf si « cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

d'enregistrement d'un partenariat fait à l'étranger, pour que le document, l'acte d'état civil fasse foi dans l'État requis. En vérité, l'on examine si les actes d'état civil étrangers font foi indépendamment de leur transcription. Il est utile de rappeler que même si une loi dispense la transcription de la célébration de mariage ou d'enregistrement d'un partenariat à l'étranger pour certains effets, il n'existe pas d'opposabilité à l'égard de tiers sans la transcription de l'acte étranger dans l'enregistrement civil de l'État requis. L'opération de transcription de l'acte d'état civil étranger attribue en effet existence à l'acte dans la juridiction étrangère. En règle, sur les actes d'état civil doivent être enregistrés les événements relatifs à l'état civil des individus et leurs mises à jour. En raison de la force accordée à l'*instrumentum*, la commodité de faire reposer sur le certificat la constatation d'un acte de mariage ou de l'enregistrement d'un partenariat, il est facile à faire circuler la preuve de l'acte et envisager la circulation du statut personnel.

**202.** S'il est clair que la preuve soit régie par la loi du lieu de l'acte ou du fait dont l'on fait preuve ; il est nécessaire reconnaître l'intervention de la *lex fori* lors de la réception ou circulation de la preuve au for. Certaines renseignements du certificat étranger original peuvent être exclues ou résumés dans la transcription faite au for. Par exemple, la France supprime certaines informations comme la référence à la religion de l'individu dans un acte d'état civil. En matière de circulation des preuves du lien familial entre un couple des personnes du même sexe, plusieurs questions surgissent. Au cas de célébration de mariage ou d'enregistrement d'un partenariat à l'étranger, est-ce que la transcription est obligatoire dans l'État d'origine de l'un des conjoints ou partenaires ? Est-ce que la transcription d'un mariage célébré ou d'un partenariat enregistré à l'étranger est obligatoire dans le consulat ou l'ambassade du conjoint ou partenaire étranger dans cette juridiction ? Comme les systèmes registraires en général se base sur l'enregistrement des actes et leur publicité pour la production d'effets *erga omnes*, l'absence de transcription de l'acte dans la juridiction étrangère empêche toute revendication de ses effets à l'égard des tiers. De même, l'absence ou le refus de transcription de l'acte étranger devant l'autorité consulaire ou diplomatique dans la juridiction étrangère de célébration de l'acte bloque toute prétention du ressortissant à transposer l'acte pour sa juridiction d'origine. Le droit diplomatique évoque l'équilibre souverain parmi les États, consacrant le respect à compétence d'officier civil de l'autorité à l'étranger, mais que pour ces ressortissants. Ainsi, l'autorité étrangère ne peut dresser des actes d'état civil concernant ses ressortissants à l'étranger<sup>144</sup>.

---

144 Dans ce sens, l'article 48 du Code Civil français.

**203.** D'autres questions surgissent encore à propos de la transcription d'un acte civil étranger dans l'État requis. La première question est sur la titularité des personnes légitimés à demander la transcription. A part les conjoints ou partenaires, il est intéressant d'observer que d'autres personnes pourrait revendiquer un intérêt pour faire la transcription, comme les descendants du couple, en cas de succession, ou même des tiers comme des créanciers, pour éclairer le statut conjugal ou partenarial de leurs débiteurs, en ce qui concerne leur régime matrimonial ou le régime patrimonial en cas de partenariat. Autre question importante est s'il y a des délais fixés pour que la transcription soit faite<sup>145</sup> et si la transcription doit se faire de manière intégrale ou résumée. Dans ce cas, la loi française n'exige pas de délais pour la transcription, mais elle est indispensable pour que le mariage d'un français soit opposable aux tiers en France<sup>146</sup>. Comme le domaine de l'enregistrement civil touche particulièrement chaque État dans sa souveraineté, la loi applicable à discipliner toutes ces questions est la loi de l'État qui effectue la transcription.

**204.** Pour la présomption de véracité d'un certificat étranger, il est souvent exigé une formalité envisageant attester l'authenticité du document, pour éviter des fraudes. Ainsi, les États suivent la pratique de conditionner la validité des documents étrangers sur son territoire à l'authentification par les missions consulaires ou diplomatiques de l'État où les effets soient envisagés<sup>147</sup>. Parallèlement au recours à l'authentification des documents étrangers, l'on a établi des pratiques semblables, mais plus standardisées - et moins bureaucratisées - au niveau de la coopération internationale, comme la substitution de authentification par l'apostille, à travers la Convention de La Haye. En outre, par une coopération internationale plus étroite, normalement bilatérale, certains États renoncent même à toute exigence d'authentification ou légalisation de documents pour les rapports bilatéraux de leurs ressortissants<sup>148</sup>.

**205.** Une question importante est la circulation de la preuve d'un partenariat informel à l'internationale. L'absence de formalité du partenariat informel se traduit en précarité pour la circulation de sa preuve à l'étranger. En revanche, le manque de formalité ne rend pas

---

145 La Loi Brésilienne de Registres Publics (Loi 6015, du 1973), détermine que le mariage des brésiliens fait à l'étranger doit être registre dans 180 jours du retour du conjoint brésilien au Brésil. Les délais de l'exigence furent soulagés par les notaires, en raison d'une interprétation plus souple.

146 Selon la loi du 14 novembre 2006, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2007, la transcription des mariages faites à l'étranger peut se faire sans délai, mais elle se fait nécessaire si que le livret de famille du conjoint français mis à jour pour les effets tels que demandes de prestations sociales, adhésion à une mutuelle, inscription d'enfants dans un établissement scolaire, demandes diverses auprès des mairies françaises.

147 En France, la pratique remonte à l'ordonnance royale d'août 1681. Livre Ier, titre IX, article 23.

148 Par exemple, l'article 23 de l'Accord Bilatéral de Coopération en Matière Civile entre le Brésil et la France du 1996 – et entré en vigueur en 2000 – dispense toute exigence de légalisation ou authentification pour l'utilisation des documents en matière civile entre les deux États, n'exigeant que la traduction assermentée desdits documents.

impossible la preuve du lien à l'étranger. La circulation de la preuve se confond avec la circulation du rapport de partenariat informel lui-même. Le recours aux moyens de preuve disponibles pour la constatation de la constitution du rapport correspond rassemble à une nouvelle demande de reconnaissance du lien dans l'État requis, et risque les vicissitudes de la méconnaissance de l'institution dans cette juridiction. Une possibilité plus concrète pour la circulation de la preuve d'un partenariat informel serait à travers la reconnaissance d'une décision étrangère qui reconnaît un partenariat informel. L'hypothèse n'est pas absurde, vue qu'un couple pourrait demander la reconnaissance de son partenariat informel pour certains effets au tribunal du lieu où le rapport s'est établi et pourrai se déplacer à un autre pays ou pourrait y demander des effets du partenariat alors dissous ou même des effets relatifs à la dissolution du partenariat indiqués dans le même arrêt que l'a reconnu en tant que question préalable. En tout cas, cette hypothèse remet au domaine de la reconnaissance des décisions étrangères.

**206.** Une question intéressante est savoir si l'hypothèse d'annulation d'un mariage ou d'un partenariat enregistré, respectivement, par les tribunaux du lieu de célébration du mariage ou d'enregistrement du partenariat produira l'invalidité du lien dans l'État de la transcription de l'acte. En principe, toute demande formelle de reconnaissance de la décision d'annulation de l'acte conduira à la mise à jour de la transcription de l'acte au for, avec le résultat de son invalidité. En sens correspondant, toute constatation de l'invalidité de l'acte fait à l'étranger dans la juridiction de l'État où l'on fait ou demande la transcription ne produit pas d'effets automatiques à l'égard de la juridiction du lieu de célébration du mariage ou de l'enregistrement du partenariat. En principe, l'analyse initial de l'invalidité de l'acte par le for de la transcription se traduit par le refus de faire la transcription. Une fois la transcription faite, elle ne serait attaquée que par une demande spécifique sur la validité de l'acte. La reconnaissance au for où l'acte se produit de son invalidité prononcée au for de la transcription dépendra de l'agrément des autorités du premier Etat.

## §2. Reconnaissance

**207.** La reconnaissance du lien légal des couples de personnes du même sexe pressupose non seulement la tolérance de l'État requis à l'égard de ces couples, mais notamment une

coordination juridique entre l'État requis et l'État d'origine du rapport à l'égard de institution sous analyse. Pas seulement l'ordre public se révèle un ennemi des couples homosexuels pour leur reconnaissance à l'étranger, mais aussi les contours parfois limités des catégories qui leur sont offertes dans l'État requis, imposant ainsi des obstacles à leur reconnaissance. En sens contraire, le niveau d'avancement de l'État requis sur le thème pousse l'adaptation du lien à un profil plus avantageux pour le couple. Pour une analyse précise de la reconnaissance ou du refus à reconnaître les couples de personnes du même sexe à l'internationale ; l'on revient à un examen attentif aux différents catégories utilisés pour la reconnaissance de leur statut familial.

## A. Le Mariage

**208.** Il est intéressant d'observer que les conjoints ne cherchent pas toujours une reconnaissance formelle du mariage à l'étranger, à travers une décision qui reconnaisse le mariage ou la transcription du mariage. Les conjoints souhaitent quelques fois simplement jouir de leur statut de conjoints, pour certaines situations de la vie quotidienne, de manière transitoire ou très ponctuelle. L'on peut s'imaginer par exemple les situations vécus par un couple de personnes du même sexe dans un voyage à un pays étranger. Ils auraient des difficultés à profiter des privilèges attribués aux conjoints, faute de reconnaissance de leur mariage au pays de destin. De l'embarras pour une réservation de chambre d'hôtel à lit double aux questions plus spécifiques, comme la prise de décisions pour l'assistance médicale au conjoint, en cas d'accident ou de maladie, pendant le séjour temporaire à l'étranger. Et cependant les couples de personnes de sexe différent difficilement auraient des difficultés à jouir le statut de conjoint dans des situations analogues, probablement à cause de l'apparente possession de l'état de conjoint. En effet, un couple hétérosexuel résoudrait la situation avec la présentation de documents comme une carte d'identité ou un passeport qui contient la mention de l'état civil ou la présentation d'un certificat de mariage<sup>149</sup>.

**209.** En raison des discriminations encore subies par les couples de personnes du même sexe, la reconnaissance formelle de leur lien à l'étranger se rend presque obligatoire pour leur

---

<sup>149</sup> Le cas d'un couple britannique, qui passaient la lune de miel en Australie, quand l'un de conjoints est mort par accident, démontre cette difficulté. L'époux survivant n'a pas pu s'occuper du transport des dépouilles du conjoint décédé, faute de reconnaissance d'un lien familial par les autorités australiennes.

assurer des droits à l'étranger. Comme le mariage pour les couples de personnes du même sexe est encore restreint à un groupe de systèmes légaux, il y a des difficultés pour sa reconnaissance dans des juridictions que ne l'acceptent pas. La diversité de catégories adoptées pour la reconnaissance de couples de personnes du même sexe est autre facteur qui intervient pour le filtre de reconnaissance du mariage comme mariage ou partenariat à l'étranger. Le principe de la souveraineté et le principe de l'ordre public jouent un rôle décisif pour limiter la circulation du statut de conjoint, à travers le refus ou la reconnaissance, qui peut se faire avec différentes nuances, déterminées par la (l'in)tolérance de chaque système légal à l'égard des couples de personnes du même sexe.

## 1. Reconnaissance

**210.** Si pour les couples de personnes de sexe différent, le mariage est une catégorie obligatoirement offerte comme modèle familial, et d'autres catégories comme le partenariat ou le concubinage sont des catégories subsidiaires, existant à côté du mariage, comme de modèles familiaux hors mariage ; le même ne vaut pas pour les couples de personnes du même sexe. La plupart des systèmes qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe le font à partir du partenariat et quelques États l'élargissent jusqu'au mariage à un certain moment. Si le mariage traditionnel a toujours joui d'une considérable circulation internationale en raison de son universalité, la circulation du mariage pour les couples de personnes du même sexe est restreinte à un cercle de pays qui le reconnaissent ou le conditionnent à une reconnaissance limitée à une catégorie inférieure consacrée comme toit de reconnaissance par le système légal qui la reconnaît. Le degré d'équivalence ou de divergence entre la catégorie créée par l'État de célébration du mariage et celle existante à l'État où l'on demande la reconnaissance déterminent la reconnaissance ou pas du mariage, si que le degré de cette reconnaissance.

### ***a) Reconnaissance comme mariage***

**211.** La reconnaissance du mariage des personnes du même sexe comme mariage à l'étranger n'est possible que dans des juridictions qui ouvrent le mariage aux couples de personnes du même sexe. Et cependant les droits de conjoints du même sexe ne sont pas les mêmes parmi le cercle de pays qui reconnaissent le mariage pour tous, ni forcément les mêmes droits octroyés aux conjoints de sexe différent dans un même système légal qui ouvre le mariage aux deux catégories de couples. Il est opportune d'évaluer si ces différences de traitement interfèrent dans la reconnaissance du mariage d'une juridiction à l'autre.

#### *α) Systèmes égaux*

**212.** Quand il y a de la similarité des droits attribués aux conjoints du même sexe dans le système légal de l'État requis et dans celui où le mariage a été célébré, il ne se pose pas de difficultés à sa reconnaissance. L'on reproduit la facilité de circulation internationale que le mariage traditionnel joui en raison de son universalité, compte tenu l'harmonie entre les deux systèmes légaux. Il sera nécessaire observer les prescriptions de la loi de l'État requis pour cette reconnaissance, comme des formalités à suivre, dans le cas de transcription du mariage étranger au for.

#### *β) Systèmes différents*

**213.** L'écart des droits reconnus aux conjoints du même sexe au système légal où le mariage a été célébré et ceux reconnus au for impose des réflexions. Si l'on ne doute pas la reconnaissance du mariage ou du statut de conjoint, l'on s'interroge sur l'étendu des droits octroyés aux conjoints du même sexe. Il peut que le droit du lieu de la célébration du mariage prévoit des droits plus vastes aux conjoints du même sexe, comme l'accès à la AMP ou à la GPA. Peut-être le mariage étranger garantit des droits successoraux plus élargis, qui ne sont pas à leur tour reconnus dans l'État requis, soit parce qu'ils sont spécifiquement indisponibles aux couples de personnes du même sexe, soit parce que ce sont en effet des droits refusés à tous couples. Ou le contraire, le droit de l'État requis prévoit des droits plus étendus aux conjoints du même sexe qui ne sont pas reconnus par la loi du lieu de célébration du mariage. Ici, l'on a ni un problème de qualification du mariage ni de refus de reconnaissance du mariage, mais de différents effets reconnus au mariage à l'étranger. Le mariage certainement



sera reconnu. En vérité, la solution des divergences d'effets du mariage entre les deux systèmes légaux reconnaissant le mariage pour tous sera faite dans l'État requis à travers son DIP.

***b) Sous-reconnaissance comme partenariat***

**214.** La divergence des modèles familiaux ouverts aux couples de personnes du même sexe suscite des difficultés pour sa reconnaissance, selon l'écart des catégories reconnues par les deux juridictions. Faute de prévision du mariage pour les couples de personnes du même sexe, la reconnaissance du mariage se décale pour un niveau plus bas, quand la reconnaissance des couples de personnes du même sexe ne se fait qu'à travers une catégorie parallèle au mariage. Le mariage est ainsi requalifié et réduit à partenariat ou figure semblable. La reconnaissance dans une catégorie inférieure implique une requalification du statut de conjoint en partenaire ou figure semblable, et par conséquent, la réduction des droits disponibles au couple.

**215.** Cette solution est prévue et fût adopté spécifiquement dans plusieurs pays qui ne reconnaissent que les partenariats aux couples de personnes du même sexe. Préjudiciel aux époux, cette solution prend en compte les limitations du droit local, le respect à l'ordre public et le fait que le mariage entre personnes du même sexe est une institution inconnue au for. La requalification du mariage en partenariat ou figure semblable est une mesure conciliatoire, qui cherche dans le droit local l'institution la plus proche du mariage qui pourrait être offerte aux couples de personnes du même sexe, en raison de l'impossibilité de leur offrir le mariage. C'est une solution semblable à ce que l'on faisait autrefois dans les systèmes légaux qui ne reconnaissaient pas le divorce, pour la reconnaissance des décisions étrangères de divorce : l'on les reconnaissaient souvent comme des décisions de séparation de corps. C'est le recours à l'adaptation en DIP : l'on cherche l'institution au for qui soit la plus proche de l'institution étrangère que l'on veut reconnaître.

**216.** Une solution similaire et très intéressante fût adopté par Israël, qui ne prévoit ni le mariage ni le partenariat pour les couples de personnes du même sexe dans sa législation. Et pourtant Israël reconnaît depuis des années des couples de personnes du même sexe mariés ou enregistrés à l'étranger comme des « époux réputés », de la même manière que l'on fait pour des couples de personnes du sexe différent, qui sont de couples mixtes mariés à l'étranger à travers le mariage civil ou qui cohabitent selon le mariage informel du Common Law. Comme Israël suit un système multiconfessionnel et applique le conflits de lois interpersonnels basés

sur la religion en matière de droit de la famille, le pays adopte une solution égalitaire pour tous les couples qui sont unis hors un mariage religieux : l'on reconnaît tous les couples qui ne sont pas mariés sous une religion officiellement reconnue par l'État, dans un niveau inférieur au mariage (qui doit être religieux et autorisé si les deux époux appartiennent à la même religion). Comme Israël ne considère comme valable que les mariages religieux sous les conditions de son droit interne, tous les couples -soient hétérosexuels, soit homosexuels – sont au niveau subsidiaire du mariage, de la cohabitation hors mariage, mais semblable aux époux au niveau de droits. Raison pour laquelle la dénomination comme « époux réputés » s'avère pertinente.

## 2. Refus

**217.** Le refus de reconnaissance du mariage de personnes du même sexe peut se baser non seulement par la méconnaissance radicale de l'institution, mais par une question technique, c'est à dire, le manque de conditions exigées pour une reconnaissance minimale du lien matrimonial.

### *a) Restrictions de conditions*

**218.** Même au sein de la communauté de systèmes qui reconnaissent le mariage pour les couples de personnes du même sexe, il est possible que le mariage ne soit pas reconnu en raison de certaines conditions. Par exemple, l'on peut imaginer qu'un mariage purement religieux ne soit pas reconnu dans une juridiction qui n'accepte que le mariage civil, et vice-versa. Cette hypothèse paraît peu crédible, une fois que les systèmes qui exigent le mariage religieux semblent disparaître et ceux qui résistent encore ne semblent pas disposés à ouvrir le mariage aux couples de personnes du même sexe. Même si le nombre de systèmes qui permettent le mariage religieux aux couples de personnes du même sexe augmente, cette option se fait de forme parallèle au mariage civil et produit des effets civils dans la juridiction qui le discipline. Il n'y aurait pas de problèmes pour reconnaître un mariage homosexuel issu d'une célébration religieuse transposé à l'enregistrement civil ou équivalent, parce que l'on reconnaîtrait en effet un mariage civil. L'on partirait de l'enregistrement du mariage civil fait

à partir du mariage religieux ou d'un certificat de l'acte d'état civil pour sa reconnaissance à l'étranger.

**219.** Il est peu probable que d'autres conditions de fond ou de forme soient suscitées par l'autorité du for – probablement le notaire – pour la reconnaissance du mariage fait à l'étranger, parce que l'on se base souvent sur l'examen de la validité du document du mariage, pas sur la vérification des conditions implicites à la célébration faite par l'autorité étrangère. Et cependant si l'État requis considère inexcusable le manque d'une condition pour la reconnaissance du mariage, comme la présence des conjoints pour la manifestation de leur consentement ; un mariage célébré par procuration à l'étranger ne serait pas reconnu.

### ***b) Institution inconnue***

**220.** Faute de prévision du mariage pour les couples de personnes du même sexe, ou même d'autres modèles comme le partenariat, pour leur reconnaissance, l'on vérifie la totale impossibilité de reconnaissance du mariage dans l'État requis. Ce refus de reconnaissance implique une divergence d'état civil pour les conjoints : reconnus comme conjoints au lieu de la célébration – et peut-être dans d'autres juridictions –, mais pas reconnus comme conjoints dans l'État requis, où ils ne jouissent que leur état civil antérieur au mariage à l'étranger, probablement celui de célibataires, divorcé(e)s ou veuf(ve)s. Dans ce cas, comme le mariage entre personnes du même sexe est une institution inconnue dans l'État requis, les limitations du droit local et le respect à l'ordre public rendent le système local impénétrable au mariage homosexuel étranger.

**221.** Le refus total de reconnaissance se fait encore dans la plupart des pays. Comme plusieurs juridictions permettent le mariage pour tous aux étrangers, sous certaines conditions ; il n'est pas rare que des ressortissants des États qui n'autorisent pas le mariage entre personnes du même sexe se marient à l'étranger. Si l'État d'origine de ces étrangers ne reconnaît pas aucune catégorie pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, le mariage ne sera pas reconnu dans leur juridiction nationale. La demande de reconnaissance serait même dangereuse pour ces étrangers, s'ils viennent d'un pays que criminalisent les rapports entre personnes du même sexe, puisque ils produiraient des preuves contre eux-mêmes.

## B. Les partenariats

222. Une question intéressante pour le thème de la reconnaissance des partenariats pour les couples de personnes du même sexe est la divergence de modèles adoptés pour le partenariats. D'abord, l'on part d'une différence de forme à la base entre le partenariat enregistré, tel qu'il a été consolidé comme forme de reconnaissance pour les couples de personnes du même sexe, surtout en Europe, et le partenariat informel, consacré comme alternative parallèle au partenariat enregistré, en Amérique Latine. D'ailleurs, il existent des différences au niveau de droits entre les différents partenariats, même parmi les pays qui adoptent une même catégorie comme les partenariats enregistrés.

### 1. La reconnaissance des partenariats enregistrés

223. Même si les partenariats enregistrés sont plus répandus que le mariage au sein du groupe de systèmes légaux qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe, il y a des difficultés pour sa reconnaissance à l'étranger. Évidemment, l'ignorance à l'égard des couples de personnes du même sexe empêche leur reconnaissance, basée sur l'inexistence d'une figure pareille dans l'État requis. Une fois de plus, le principe de l'ordre public joue un rôle décisif pour barrer la circulation du statut de partenaire.

#### *a) La reconnaissance*

224. La reconnaissance du partenariat enregistré est favorisé par le fait qu'il y a une diffusion de l'institution dans la plupart de pays qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe. La formalité de l'enregistrement facilite son analyse, sa preuve et sa reconnaissance, comme pour le mariage.

##### *α) Dans un Système qui prévoit le partenariat*

225. Il ne se pose pas de problèmes pour la reconnaissance du partenariat enregistré d'une juridiction à l'autre, quand les deux juridictions reconnaissent des droits semblables et une terminologie pareille pour les partenariats constitués de manière formelle. Il sera nécessaire

observer les prescriptions de la loi de l'État requis pour cette reconnaissance, comme des formalités à suivre pour la transcription du partenariat enregistré étranger au for. Il est curieux d'observer que un certain nombre de pays, comme les pays scandinaves pendant une période, ont automatiquement prévu la reconnaissance du partenariat enregistré dans un autre État voisin, en raison de la similarité de l'institution dans la région et d'un système de coopération internationale dans la région.

**226.** Malgré la divergence de dénomination et des droits offerts aux partenaires de même sexe, il ne se pose pas de problèmes pour la reconnaissance du partenariat enregistré d'une juridiction à l'autre, quand les deux juridiction reconnaissent les partenariats faits, selon la formalité de l'enregistrement. Comme pour le mariage, si l'on ne doute pas la reconnaissance du partenariat enregistré ni du statut de partenaire, l'on s'interroge sur l'étendu des droits octroyés aux partenaires du même sexe. Il peut que le droit du lieu de l'enregistrement prévoie des droits plus vastes aux partenaires, qui ne sont pas à leur tour reconnus dans l'État requis, soit parce qu'ils sont spécifiquement indisponibles aux partenaires du même sexe, soit parce que ce sont des droits refusés à tous partenaires. Ou le contraire, le droit local prévoit des droits aux partenaires du même sexe qui ne sont pas reconnus par la loi du lieu de l'enregistrement du partenariat. La question relève la différence entre ce qu'on classifie comme les partenariats imparfaits et les partenariats parfaits, selon la différence de l'ensemble de droits offerts aux partenaires. Si l'on reconnaît, respectivement, des droits complexes similaires à ceux des conjoints ou si l'on limite ces droits à un niveau clairement inférieur au mariage.

**227.** Une question intéressante qui se pose est la reconnaissance du partenariat enregistré dans un système que ne prévoit le partenariat informel ou une forme semblable au concubinage. Le partenariat enregistré serait probablement requalifié en partenariat informel ou concubinage et les droits attribués aux partenaires seraient possiblement réduits, selon les limites de la loi du for. Il est important de comparer les systèmes légaux en jeu. La première hypothèse est l'existence du partenariat enregistré et du partenariat informel au lieu où le partenariat a été enregistré. Dans ce cas, une question importante est analyser si le même niveau de protection légale est maintenu, face à l'absence d'enregistrement. Si les droits des partenaires sont en général les mêmes, sans ou avec un enregistrement formel, l'on départ d'une demande de reconnaissance à partir d'une figure équivalente, mais le partenariat informel de la juridiction de la reconnaissance peut prévoir de droits plus limités que celui du lieu de l'enregistrement du partenariat enregistré. Même avec une possible perte de droits,

cela serait la solution pour la reconnaissance du partenariat enregistré. La deuxième hypothèse est l'inexistence du partenariat informel au lieu où le partenariat a été enregistré. L'on est face à une demande de transposition d'une catégorie plus élaborée à une juridiction qui n'accepte qu'une catégorie plus limitée. Malgré la réduction des droits et probablement de statut des partenaires, la reconnaissance serait limitée au niveau du partenariat informel, en raison des restrictions imposés par le droit de la juridiction de la reconnaissance.

### *β) Sur-Reconnaissance comme Mariage*

**228.** Une question intéressante qui se pose également est la divergence des modèles adoptés pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, une fois qu'il y a d'États aujourd'hui que ne reconnaissent que le mariage pour les couples homosexuels. S'il y a de problèmes pour reconnaître un mariage dans une juridiction que ne reconnaît que le partenariat pour les couples de personnes du même sexe, le même est valable à l'inverse : des difficultés pour reconnaître un partenariat dans une juridiction qui n'accepte que le mariage pour les couples de personnes du même sexe. Comment autoriser la reconnaissance d'un partenariat dans un système qui ne reconnaît qu'une forme supérieure ? Cela tend à se passer aux juridictions qui ont supprimé la catégorie partenariat enregistré avec l'ouverture du mariage aux conjoints du même sexe, parce que celle-là a perdu sa fonction d'institution parallèle au mariage et qui n'existait comme alternative à celui-ci. L'on considère que cette hypothèse de sur-reconnaissance ne pose pas de problèmes, parce qu'elle se fait au profit des partenaires. La seule question intéressante est que les partenaires pourront ainsi obtenir le statut des conjoints dans une juridiction étrangère, sans changer originalement leur statut de partenaires, mais maintenir leur statut de partenaires dans la juridiction de l'enregistrement du partenariat et même le reconnaître dans une juridiction étrangère tierce qui reconnaisse le partenariat comme tel.

### *a) Le refus*

**229.** Comme pour le mariage, le refus à reconnaître le partenariat enregistré se justifie par des aspects techniques relatifs au partenariat ou la méconnaissance de l'institution.

*α) Conditions*

**230.** Même au sein de la communauté de systèmes qui reconnaissent le partenariat enregistré pour les couples de personnes du même sexe, il est possible que le partenariat ne soit pas reconnu en raison de certaines conditions. En principe, il est peu probable qu'un partenariat enregistré ne soit pas reconnu dans un système qui reconnaît aussi une forme pareille de partenariat enregistré. Différemment de ce qui se passe pour le mariage, le partenariat enregistré n'est pas soumis à la problématique d'une célébration civile ou religieuse. Il est fait devant une autorité étatique, soit à la mairie, chez une répartition administrative ou devant le notaire, mais toujours de manière solennelle et selon les formalités de la loi de l'enregistrement. Cette similarité favorise sa circulation au sein de pays qui reconnaissent l'institution.

**231.** Il faut souligner que les partenariats enregistrés et formes analogues de vie familiale sont ouverts dans certains pays non seulement aux couples homosexuels, mais aussi aux couples hétérosexuels et aux personnes d'une même famille qui ne vivent pas en couple, mais ensemble, en raison d'une liaison familiale, comme deux frères ou deux sœurs. Les couples de personnes du même sexe seraient ainsi difficilement affectés par ces divergences de reconnaissance. Le problème possible serait un couple incestueux du même sexe, formé par deux sœurs ou deux frères ou par d'autres membres d'une famille qui serait dans certains systèmes empêchés de vivre maritalement ensemble comme un couple à travers un partenariat enregistré. Si l'enregistrement de ce couple est possible à l'étranger, en raison d'une législation plus ouverte, sa reconnaissance serait impossible dans l'État requis, si la *lex fori* a des règles précises pour l'enregistrement de couples de personnes du même sexe, selon les conditions de capacité et d'empêchement entre les partenaires. De même, des membres d'une famille qui ne vivent pas comme un couple de manière incestueuse, mais cohabitent abrités sous la protection d'une catégorie semblable à un partenariat enregistré, ne pourraient pas obtenir la reconnaissance de leur lien dans une juridiction qui limite l'enregistrement des partenariats aux vrais couples.

**232.** Il est peu probable que d'autres conditions de fond ou de forme soient suscitées par l'autorité locale, pour la reconnaissance du partenariat enregistré ailleurs, parce que l'on se base souvent sur l'examen de la validité du document du partenariat, pas sur la vérification des conditions implicites à l'enregistrement fait par l'autorité étrangère. Comme pour le mariage, il est plus crédible que des conditions de fond ou de forme du partenariat soient

suscitées lors d'une demande d'annulation de l'acte, mais probablement quelque temps après son enregistrement ou sa reconnaissance à l'étranger. Il est possible aussi que la reconnaissance du partenariat enregistré à l'étranger dans l'État requis soit attaquée par la demande de reconnaissance d'une décision d'annulation du partenariat rendue au lieu de son enregistrement ou dans une autre juridiction étrangère.

*β) institution inconnue*

**233.** Faute de prévision du partenariat enregistré ou même du partenariat informel pour les couples de personnes du même sexe dans l'État requis, l'on vérifie la totale impossibilité de reconnaissance du partenariat enregistré dans cet État. Semblablement à ce qui se passe pour le mariage, quand il n'y a aucune forme de reconnaissance, ce refus de reconnaissance implique une divergence d'état civil pour les partenaires : reconnus comme partenaires au lieu de l'enregistrement – et peut-être dans d'autres juridictions-, mais pas reconnus comme partenaires au for, où ils ne jouissent que leur état civil antérieur à l'enregistrement du partenariat à l'étranger, probablement celui de célibataires, divorcé(e)s ou veuf(ve)s. Dans ce cas, comme le partenariat enregistré entre personnes du même sexe est une institution inconnue dans l'État requis, les limitations du droit local et le respect à l'ordre public rendent le système local impénétrable au partenariat enregistré homosexuel étranger.

**234.** Le refus total de reconnaissance se fait encore dans la plupart des pays. Comme plusieurs juridictions permettent aux étrangers d'enregistrer sur son territoire un partenariat avec un national ou un autre étranger, il n'est pas rare que des ressortissants des pays qui n'autorisent pas le partenariats enregistrés entre personnes du même sexe le fassent à l'étranger. Si le pays d'origine de ces étrangers ne reconnaît pas aucune forme familiale de reconnaissance aux couples de personnes du même sexe, le partenariat enregistré ne sera pas reconnu dans leur juridiction nationale. La demande de reconnaissance serait même dangereuse pour eux, s'ils viennent d'un pays que criminalisent les rapports entre personnes du même sexe.



## 2. La reconnaissance des partenariats informels

**235.** Parmi les catégories disponibles pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, la reconnaissance des partenariats informels est la plus difficile. Le manque de formalité et la méconnaissance d'acceptation de cette catégorie par une grande partie des États qui reconnaissent les couples homosexuels créent des barrières à la circulation de cette institution.

### *a) La reconnaissance*

**236.** Si la reconnaissance du partenariat enregistré est favorisé par le fait qu'il y a une diffusion de l'institution dans la plupart de pays qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe et que la formalité de l'enregistrement facilite son analyse et sa reconnaissance, comme pour le mariage, il ne va pas de même pour le partenariat informel. D'abord, un cercle considérablement limité de pays considèrent la constitution du partenariat, sans l'exigence de l'enregistrement. D'ailleurs, en raison de l'absence de formalité, la reconnaissance du partenariat impose un examen attentif aux éléments qui caractérisent sa constitution.

#### *α) Dans un système qui accepte le partenariat informel*

**237.** Il ne se pose pas de problèmes pour la reconnaissance du partenariat informel d'une juridiction à l'autre, quand les deux juridictions reconnaissent des droits semblables et l'existence des partenariats informels. Un problème que s'impose est la constitution du partenariat informel. Les délais et les conditions varient, selon chaque système légal qui l'accepte. Des problèmes surgissent si le couple change de résidence ou domicile, mais vive en partenariat informel, surtout si ce changement se passe encore pendant les délais exigés pour la constitution du partenariat informel, selon une continuité dans le temps. Il peut que le droit du lieu de la constitution prévoit des droits plus vastes aux partenaires, qui ne sont pas à leur tour reconnus au for, soit parce qu'ils sont spécifiquement indisponibles aux partenaires du même sexe, soit parce que ce sont des droits refusés à tous partenaires. Ou le contraire, le droit du for prévoit des droits aux partenaires du même sexe qui ne sont pas reconnus par la loi du lieu de la constitution du partenariat. Ici, l'on a ni un problème de qualification du partenariat ni de refus de reconnaissance du partenariat, mais de différents effets reconnus au

partenariat à l'étranger. En vérité, la solution des divergences d'effets du partenariat entre les deux systèmes légaux reconnaissant le partenariat sera faite dans l'État requis à travers son DIP.

*β) Requalification en concubinage*

**238.** Une question intéressante qui se pose est la reconnaissance du partenariat informel comme concubinage, dans un système que ne prévoit pas la reconnaissance des couples du même sexe à travers le partenariat informel – soit parce que le système ne reconnaît aucune forme de partenariat, soit parce que le système ne reconnaît pas de partenariat sans enregistrement, mais reconnaît une forme familiale moins élevée mais si informelle, comme le concubinage. Dans ces cas, le partenariat informel serait probablement requalifié en concubinage et les droits attribués aux partenaires seraient possiblement réduits au niveau d'une union libre, selon les limites de la loi du for.

*b) Le refus*

**239.** Face à l'épanouissement réduit du partenariat informel en droit comparé, il est fort probable le refus à sa reconnaissance.

*α) Dans un système qui exige la solennité*

**240.** Si une demande de reconnaissance du partenariat informel est faite dans un système que ne reconnaît que le partenariat enregistré et/ou le mariage, la tendance est la non reconnaissance du lien, une fois que le for a des exigences plus fortes pour la reconnaissance. L'ordre public et la loi locale jouent un contrôle décisif pour la reconnaissance. Faute d'alternatives pour reconnaître le lien comme un partenariat informel ou une figure proche comme le concubinage, le résultat est la non reconnaissance du couple.

*β) Institution inconnue*

**241.** Faute de prévision du partenariat informel, d'une figure pareille ou de toute forme de reconnaissance des couples de personnes du même sexe dans l'État requis, l'on vérifie la totale impossibilité de reconnaissance du partenariat informel dans l'État requis.

Semblablement à ce qui se passe pour d'autres catégories, quand il n'y a aucune forme de reconnaissance, ce refus de reconnaissance implique une divergence d'état civil pour les partenaires : reconnus comme partenaires au lieu de la constitution – et peut-être dans d'autres juridictions-, mais pas reconnus comme partenaires au for, où ils ne jouissent que leur état civil antérieur à la constitution du partenariat à l'étranger, probablement celui de célibataires, divorcé(e)s ou veuf(ve)s. Dans ce cas, comme les familles basées sur les couples de personnes du même sexe sont une institution inconnue au for, les limitations du droit local et le respect à l'ordre public rendent le système local impénétrable au partenariat informel homosexuel étranger.

## **Conclusion de la Section 2**

**242.** Pour la loi applicable à la preuve, l'on revient sur la loi qui régit les conditions de forme pour la formation du lien, au cas du mariage et du partenariat enregistré, et sur la loi du lieu de la constitution, pour le partenariat informel. Pourtant, la *lex loci actus* régit les limites de la preuve au for, comme par exemple le contenu de la transcription de l'acte d'état civil étranger et les formalités pour cette transcription. La transcription des actes d'état civil étranger vise assurer la circulation de leur preuve. Il est important d'observer que la force probante des actes d'état civil n'est pas absolue, parce que leur contenu est soumis aux conditions de fond et de forme pour la validité de l'acte énoncé sur l'enregistrement. L'acte est présumé valide, sauf si des circonstances démontrent le contraire.

**243.** La reconnaissance du statut de conjoints ou partenaires pour les couples de personnes du même sexe exige le respect aux conditions pour la validité de la formation du lien, mais dépende surtout de la perméabilité du droit de l'État requis à l'égard des couples de personnes du même sexe. Les divergences existantes en droit comparé pour les divers catégories pour l'organisation de la vie familiale pour les couples homosexuels justifient les différentes solutions pour la reconnaissance ou le refus à reconnaître leur statut, mais aussi pour (re)qualifier leur lien.

## **Conclusion du Chapitre deuxième**

244. La formation valide du lien unissant le couple exige le respect à certains critères de compétence pour la célébration du mariage, l'enregistrement du partenariat et la constatation de la constitution du partenariat. Également, les conditions de fond et de forme doivent être respectés pour la validité du mariage et du partenariat enregistré. Le partenariat informel, à son tour, se fonde sur le respect aux conditions pour son existence et sa preuve.

245. L'existence valide du lien du couple se vérifie par rapport aux lois régissant les conditions exigés pour sa formation valide. La portée de ces lois détermine toutes les questions relatives à son invalidité, comme la titularité pour susciter l'invalidité du lien, les délais pour le faire, et les effets qui en découlent, si que l'admission du caractère putatif du lien.

246. La circulation à l'internationale du lien matrimonial ou partenarial homosexuel se fait par la circulation de la preuve, par les moyens pertinents, et dans le respect de l'ordre public et des conditions imposés par le for pour le réceptionner. La reconnaissance du lien lui-même se fait avec des différences, en raison des divergences entre des différentes catégories en droit comparé, mais aussi en raison de l'hostilité de l'État requis, pour admettre l'institution inconnue.

## **CONCLUSION DU TITRE PREMIER**

247. Malgré la diversité existante pour les catégories pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, leur épanouissement en droit comparé est encore très limité. Raison pour laquelle la circulation des différentes catégories est limitée à l'internationale. Cette circulation est affaiblie non seulement par le refus à reconnaître les couples de personnes du même sexe, notamment à travers la clause échappatoire de l'ordre public, érigée en filtre

protecteur de l'ordre juridique locale, mais aussi par le décalage existant d'une catégorie à l'autre, dedans le cercle limité d'États qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe.

**248.** En suivant la méthode classique conflictuel en matière de juridiction et de loi applicable en DIP, l'existence valide du lien unissant le couple homosexuel et sa circulation à l'internationale est soumise aux enjeux des différents critères de rattachement et des principes inhérents au DIP. Comme le mariage et toutes formes de cohabitation hors mariage des couples de personnes de sexe différent, le mariage et le partenariat des couples de personnes du même sexe obéissent les différentes règles de DIP. Et ces opérations se rendent encore plus complexes en raison de la méconnaissance de l'institution « couple homosexuel » dans la grande majorité d'États au monde, si que les restrictions aux catégories autorisés dans plusieurs États.

## **TITRE DEUXIÈME:**

### **Les effets de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe et leur dissolution en Droit International privé**

249. Dans le deuxième titre de la première partie, une fois légalement établie la vie en couple, l'on examine les différents effets qui découlent du modèle de lien légal qui gouverne la vie commune des couples de personnes du même sexe, soit le mariage, soit le partenariat enregistré, soit un autre modèle plus limité. Pour une meilleure analyse de ces effets, l'on adopte une sous-division traditionnelle entre les effets patrimoniaux et personnels. Comme conséquence naturelle de toutes formes de vie en couple, l'on considère la dissolution de la vie en couple de personnes du même sexe, soit à travers la dissolution à cause de mort, soit à travers la dissolution *inter vivos*. Ainsi, l'on propose de sous-diviser ce titre en deux parties que se dédient à étudier **1) les effets de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe en Droit International privé (chapitre premier) ; et 2) la dissolution des couples de personnes du même sexe en Droit International privé (chapitre deuxième).**

## **Chapitre premier: les effets de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe**

**250.** L'entrée en vie en couple provoque un bouleversement dans toutes les sphères de la vie des conjoints ou partenaires, non seulement au niveau endogène, relatif aux rapports entre eux, mais aussi dans un niveau exogène, par rapport aux rapports entre les conjoints ou partenaires ou seulement l'un d'eux – mais avec des conséquences pour l'autre conjoint ou partenaire – et des tiers. La vie en couple marque le passage d'une approche « égoïste », centrée sur l'individu vers une réalité qui impose forcément le partage des devoirs et concessions de l'un conjoint ou partenaire vers l'autre. Un univers de droits et obligations s'ouvre aux conjoints et partenaires en raison de la vie en couple, parfois sans qu'ils puissent exercer un contrôle sur ces questions, parfois selon les modulations imposées par l'exercice de leurs choix. Pour étudier les divers conséquences de la vie en couple pour les conjoints ou partenaires, en suivant des critères traditionnels de droit privé ; l'on adopte une sous-division traditionnelle entre les effets patrimoniaux et personnels. Il est important de dire que, pour cette partie du travail, priorise une division selon le type d'effets analysé, pas sur la modalité de catégorie utilisé pour la vie en couple de personnes du même sexe, parce que cette approche permet de démontrer comment l'étendue de certains effets change entre le mariage et le partenariat.

### **Section 1. Les effets patrimoniaux**

**251.** Le côté économique joue un rôle important pour l'organisation de la vie en couple, à travers le mosaïque du patrimoine du couple et des droits et devoirs qui en découlent. Les effets patrimoniaux touchent l'universalité de biens, droits, devoirs et dettes des conjoints ou

partenaires, et comment ils interfèrent dans leur vie commune. Cette masse englobe des biens immeubles et meubles (corporels et incorporels), dont la titularité appartient au couple ou singulièrement à un conjoint ou partenaire, selon la loi applicable au régime patrimonial du couple, qui conditionne la divisibilité des biens entre les conjoints ou partenaires ou l'indivisibilité, avec le monopole à titre individuel des biens. Ces rapports divers révèlent un caractère très dynamique pendant la vie commune en couple, à mesure que les changements s'opèrent sur la composition du patrimoine et *ipso facto* sur les droits et devoirs qui en découlent, mais aussi en raison de la possibilité de modification de la loi applicable aux effets patrimoniaux et de changement du régime des biens, ou même à cause d'un conflit mobile avec des conséquences sur la loi applicable. Si ces effets sont perceptibles pendant la vie quotidienne du couple, ils assument une énorme importance lors du partage du patrimoine en raison de la rupture de cette communion de vie, soit à cause d'une dissolution inter vifs, soit à cause d'une dissolution à cause de mort.

## §1. Le régime de biens et les droits patrimoniaux du couple

**252.** La base pour l'organisation de la vie économique du couple est le régime de biens qui déterminent la titularité des biens des conjoints ou partenaires – à titre individuel ou sous communicabilité - et leurs droits patrimoniaux, en attention aux limites imposés par le régime de biens adopté. Cela touche non seulement le régime de biens qui régit le patrimoine du couple, mais aussi leurs droits patrimoniaux comme le rapport avec le logement (à travers le droit au bail et au logement) et le degré d'autonomie des conjoints ou partenaires pour la gestion des revenus et biens, ainsi que les mesures disponibles pour la protection du patrimoine du couple.

### A. Le régime de biens

**253.** Le régime des biens correspond à l'organisation du rapport des conjoints ou partenaires avec leur patrimoine en raison de leur vie en couple, si que les droits et devoirs qui en découlent. Le point essentiel à tous les régimes de biens – soient les régimes



matrimoniaux, soient les régimes patrimoniaux applicables aux partenariats – est l'organisation de la titularité du patrimoine des conjoints ou partenaires entre eux, à travers l'existence ou pas d'une présomption de divisibilité du patrimoine entre les conjoints ou partenaires. Quand cette communicabilité des biens se applique en fonction du régime adopté, elle découle du lien du couple, même si les biens n'apparaissent qu'au nom de l'un d'eux. Dans les cas où cette communion patrimoniale existe, le régime de biens détermine si elle produit des effets seulement à partir de la formation du lien ou si elle rétroagit. En effet, selon la loi interne applicable au régime de biens, chaque régime détermine le partage ou l'indivisibilité de biens, si que les biens qui échappent à la règle générale (de divisibilité) du régime à titre d'exceptions.

**254.** D'une part, certaines législations imposent un régime de base à une catégorie de couples (comme le régime primaire aux conjoints en droit français<sup>150</sup> ; ou un régime de communauté partielle aux partenaires informels, en raison de l'impossibilité de choix d'un régime qui dépendrait de la solennité, dans certains pays) ou à certains couples, sous certaines conditions (comme le régime de séparation de biens aux conjoints, en raison de leur âge avancé, lors du mariage, dans certains pays ; ou le régime de communauté partielle aux conjoints, comme statut supplétif aux conjoints qui ne choisissent pas un régime spécial, dans certains pays). D'autre part, certaines législations offrent une carte de régimes parmi lesquels les parties choisissent celui qui leur convient comme le plus convenable à l'intégralité de leur rapport, ou à certains biens spécifiques, ou même comme un régime subsidiaire et

---

150 Le régime primaire français comprend les droits et obligations suivants : a) les obligations de fidélité, de secours, d'assistance et de respect (article 212 du CC) ; b) le partage entre les conjoints de la direction morale et matérielle de la famille et de l'éducation des enfants (article 213 du CC) ; c) la titularité conjointe du logement conjugal et des meubles meublants (article 215 du CC) ; d) les mesures spécifiques pour la protection des intérêts du couple/des conjoints en situation de crise (articles 217, 218, 219 et 220-1 s. du CC) ; e) la solidarité des dettes ménagères (article 220 du CC) ; f) l'autonomie garantie aux époux pour (articles 221, 222, 223 et 225 du CC). Pourtant, certains points méritent des considérations spécifiques. Si autrefois, l'arrêt *Cressot* affirmait le caractère de loi de police de l'article 214 du CC, le revirement de jurisprudence (Cass. Civ. 6 novembre 1990) comprendra que la question des charges du mariage était soumise au droit conventionnel (alors la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 1973, aujourd'hui remplacée par le protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2007, qui renvoie au Règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires du 2008). Face au critère général de rattachement de la capacité à la *lex patriae*, par force du classique article 3, alinéa 3 du CC, il y a une hésitation à l'application de l'article 216 du CC, concernant la pleine capacité de droit de chaque époux. Il faut cependant considérer que le dispositif légal vise l'isonomie des conjoints pour la direction du ménage, en attention à la question de l'autorité maritale. En tout cas, toute loi étrangère prévoyant la réduction de capacité de l'épouse par rapport au mari, en raison seulement de sa condition comme femme est discriminatoire et donc contraire à l'ordre public international, sur le fondement de l'article 5 du protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Également, une loi étrangère qui établit un traitement discriminatoire entre les conjoints de même sexe, pour des motifs pas rélevants, serait aussi discriminatoire et donc inapplicable. Ce qui confirme, à notre avis, l'inclusion de l'article 216 du CC sous le régime primaire français.

conventionnel, qui serait applicable aux rapports non régis par un régime général, comme le choix d'un régime supplémentaire au régime primaire en France.

**255.** À propos du régime primaire français, il est important d'éclairer certaines particularités de ce régime sui generis. D'abord, il faut préciser que le régime primaire des conjoints en droit français touche certains droits et devoirs imposés aux conjoints, et qui, par leur diversité, englobent des effets patrimoniaux et personnels du mariage. Ce régime de base, s'il y a de la compatibilité, peut être intégré avec un autre régime matrimonial supplétif et complémentaire, à condition que le régime primaire soit préservé. Raison pour laquelle le régime primaire est compris comme une loi de police, compte tenu son impérativité en territoire français<sup>151</sup>. En effet, il est applicable aux couples vivant en France, et par extension aux Français vivant hors la France, par le critère de la loi personnelle, à savoir la *lex patriae*. En DIP, il est important sauvegarder ses conséquences pour tous les couples touchés par ce régime, une fois que, pour le juge français, il sera intouchable.

**256.** Comme toutes les catégories offertes aux couples de personnes du même sexe s'inspirent directe ou indirectement du mariage traditionnel, qui a, à son tour, un fort caractère contractuel ; tous les régimes de biens adoptés pour les partenariats s'inspirent des régimes adoptés pour le mariage. Une question importante est d'évaluer l'écart entre les différentes options de régime de biens qui sont offertes ou pas aux conjoints ou partenaires, selon la catégorie disponible aux couples de personnes du même sexe. Chaque État liste les régimes de biens disponibles aux différentes catégories de couples dans son droit interne, selon l'organisation sociale et la culture juridique du pays ; et les lois internes déterminent les contours de chaque régime de biens. L'existence de différents régimes de biens et les particularités des certaines catégories, théoriquement semblables, suscitent souvent des défis pour l'application des lois étrangères et des respectifs régimes de biens qui en découlent au for.

---

<sup>151</sup> Le caractère du régime matrimonial primaire français résulte d'une construction jurisprudentielle. L'arrêt Bologna (Cass. Civ. 1<sup>re</sup> . 12 octobre 1985) affirma que les règles du statut matrimonial de base relevaient de la loi des effets du mariage, autrement dit, elles étaient soumises à la règle de conflit de lois sur les effets du mariage, pas à celle de conflit de lois sur le régime matrimonial. Puis, l'arrêt Cressot (Cass. Civ. 20 octobre 1987) affirma que les règles relatives aux devoirs et droits des époux énoncés par les articles 212 et suivants du Code Civil sont d'application territoriale.

## 1. Le régime matrimonial

**257.** Bernard Audit et Louis d'Avout précisent que « les questions de régime matrimonial ne portent pas sur les droits dont les biens sont l'objet, car ces droits sont de même nature (propriété, privative ou indivise, usufruit...) quel que soit le titre auquel ils sont reconnus à leur titulaire ; elles sont davantage dans l'organisation de la société conjugale. »<sup>152</sup>. Ainsi, le régime matrimonial correspond à l'organisation du patrimoine des conjoints, en considérant la titularité de leurs droits et devoirs patrimoniaux, selon l'existence ou pas de divisibilité de patrimoine entre eux, selon les dispositions du régime pertinent. Dans ce sens, l'article 3 du Règlement de l'UE pour les régimes matrimoniaux du 2016 définit le régime matrimonial comme « l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution ». Malgré une consécration du mariage comme institution universelle pendant des siècles, le concept de régime matrimonial, typique du *Civil Law*, ne jouit pas de la même facilité de circulation internationale. La catégorie régime matrimonial n'est pas connue au *Common Law* ni au droit musulman<sup>153</sup>. L'on a recours à l'adaptation à travers des solutions comme considérer une organisation du patrimoine des conjoints semblable à un régime de séparation de biens, où il y a de l'indépendance patrimoniale de chaque conjoint, et l'idée de « marital property » du *Common Law*, comme alternative au régime de communauté partielle.

**258.** Le régime matrimonial s'épanouit dans tous les aspects de la vie patrimoniale du couple, de la titularité de leurs droits patrimoniaux et devoirs pécuniaires à l'administration du budget ménagère. La question du régime matrimonial est présente tout le temps dans leur vie commune à travers les décisions quotidiennes de partage ou pas de bénéfices et devoirs économiques des conjoints, mais surgit surtout en cas de dissolution du couple, dans une hypothèse de dissolution inter vivos ou de succession à cause de mort, ou même dans un cas d'annulation de mariage. Ainsi, pour examiner la question du régime matrimonial applicable aux conjoints et sa reconnaissance au for, il est important d'observer que le régime matrimonial dépend des règles de la loi interne qui le régit, même quand l'on admet l'autonomie de la volonté dans ce domaine.

---

152 B. Audit et L. D'Avout, n. 858. p. 754.

153 Quelques États nord-américains qui profitent d'un héritage espagnol adoptent une idée de communion de patrimoine à travers la community property. En droit musulman, la « dot » est considéré comme une condition de formation du mariage, pas un régime matrimonial.

### *a) Les rattachements envisageables*

**259.** Il appartient au DIP en vigueur dans la juridiction qui tranche la question de la loi applicable au régime matrimonial d'indiquer cette loi régissant la vie patrimoniale des conjoints, à travers son critère de rattachement : soient à travers les règles internes de DIP, soit à travers le droit conventionnel sur la matière. Au domaine des conflits de lois dans l'espace, il n'est pas rare qu'il s'ajoute des conflits de lois dans le temps, en raison d'un changement de règles sur la matière. En France, par exemple, il y a une situation spécifique pour les conjoints selon la date de célébration de leur mariage. Ainsi, pour les mariages faits avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978 - le 1<sup>er</sup> septembre 1992 -, il s'applique le critère interne de rattachement à la loi de la première résidence stable de la famille – hypothèse qui ne touche pas les conjoints homosexuels, parce que le mariage pour tous fut adopté en 2013. Pour les mariages faits entre le 1<sup>er</sup> septembre 1992 et le 29 janvier 2019, l'on applique ladite Convention de La Haye, qui a consacré aux conjoints le choix de la loi applicable au régime matrimonial avec un mécanisme correcteur pour la loi de la résidence habituelle. Pour les couples mariés ou modifiant leur régime matrimonial après le 29 janvier 2019, le Règlement de l'UE pour les régimes matrimoniaux du 2016 maintient le choix de la loi applicable aux conjoints, mais avec la consécration de l'unité de la loi régissant le régime matrimonial.

#### *α) La lex rei sitæ*

**260.** Auparavant applicable aux rapports patrimoniaux des époux, à cause de l'importance des biens immeubles pour le patrimoine du couple, la *lex rei sitæ* perdit sa prévalence, face à l'abandon d'une vision du territorialisme féodal, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle. L'adoption de la loi de la situation du bien pour le régime matrimonial suggère une confusion entre celui-ci et les droits réels rattachés aux biens. Si l'adoption de la loi de la situation des biens pour le régime matrimonial permet l'harmonisation entre la loi applicable au régime matrimonial et la loi applicable aux droits réels rattachés au patrimoine du couple, surtout quand il s'agit des biens immeubles, la *lex rei sitæ* conduit à un morcellement de la loi applicable au régime matrimonial. L'application simultanée de plusieurs lois internes, en fonction de différentes juridictions, où il y a des biens immeubles du couple, conduit à des situations d'inégalité entre les conjoints. Il peut qu'un conjoint se bénéficie de la totalité d'un bien immeuble dans une juridiction qui consacre un régime de séparation de biens, en dépit de l'autre conjoint qui

serait obliger à partager un bien immeuble dont il est titulaire, en raison d'un régime communautaire qui prévaut dans la juridiction où se situe ce bien-ci<sup>154</sup>. Une autre désavantage de l'application de la *lex rei sitæ* pour le régime matrimonial est une difficulté d'ordre pragmatique ou opérationnelle en termes de procès, pour le juge national. Monsieur le Professeur Devers remarque « qu'imposer au juge français de manipuler autant de lois étrangères que de lieux de situation des biens, loin de faciliter sa mission, alourdirait considérablement sa tâche »<sup>155</sup>. Un piège pour les conjoints du même sexe à travers une application à effet multiplicatif de la *lex rei sitæ* à différents immeubles distribués dans plusieurs juridictions serait l'application d'une loi locale qui ne reconnaît pas ces conjoints comme couple ou les reconnaît dans un niveau inférieur au mariage. L'ordre public interviendrait en réduisant les droits des conjoints.

**261.** Malgré son effet fractionnaire, l'application de la loi de la situation du bien est encore appliquée dans le *Common Law* pour les biens immeubles, lors de la liquidation du régime matrimonial, soit en raison d'un divorce, soit pour une succession à cause de mort. Comme la tradition du *Common Law* rompe le principe d'unité de la loi applicable au régime matrimonial, la *lex rei sitæ* garde sa place pour les biens immeubles, en cas de divorce ou d'une succession *mortis causa*, autant que les biens meubles seraient soumis à la loi personnelle des conjoints. Il est intéressant d'observer que la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978 permet aux conjoints de choisir la *lex rei sitæ* pour régir exceptionnellement les biens immeubles<sup>156</sup>, parallèlement au choix général d'une loi pour régir le régime matrimonial.

*β) Le rapprochement à la loi régissant le statut personnel*

**262.** Monsieur Devers observe que « le régime matrimonial ne fonctionne de façon harmonieuse que lorsque l'ensemble des biens est soumis à une même loi »<sup>157</sup>. Ainsi, la consécration de l'unité de la loi applicable au régime matrimonial conduit à un rapprochement avec la loi régissant le statut personnel, une fois que le mariage intègre les rapports de famille, même si le régime matrimonial est souvent traité comme une catégorie extérieure au statut

---

154 Voir Batiffol, *La treizième session de la Conférence de La Haye de Droit International privé*. In Rev. crit. DIP, 1977, p. 451 et s.

155 DEVERS. n.º 414. p. 255.

156 L'article 3, *in fine*, de la Convention détermine que les conjoints «peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation ».

157 DEVERS. n.º 414. p. 255

personnel. Plusieurs législations rattachent la loi applicable au régime matrimonial à la loi personnelle des conjoints ou partenaires : ainsi il est usuel que l'on utilise la loi de la nationalité des conjoints ou la loi de la résidence habituelle ou du domicile du couple. Comme les conjoints n'ont pas forcément la même nationalité, ce critère est inefficace quelques fois et l'on recourt à des critères subsidiaires, comme la résidence habituelle ou le domicile. L'on part souvent de l'idée de cohabitation, léguée par le mariage traditionnel, pour adopter un critère très répandu : la loi du premier domicile conjugal ou de la première résidence habituelle conjugale, c'est-à-dire, la loi du domicile ou de la résidence habituelle établi(e) suite au mariage.

**263.** Il est important de revenir sur la contribution de Dumoulin, lors de sa consultation délivrée aux époux *de Ganey* en 1525, où il recommandait d'appliquer au régime matrimonial la loi du lieu où le couple vivait, à partir d'une présomption de choix implicite des époux pour cette loi, en considérant la possibilité de choisir le domicile – parmi d'autres options de domicile – où le couple déciderait de mener sa vie<sup>158</sup>. Le rapprochement avec le critère utilisé pour le statut personnel est usuel dans plusieurs lois internes, mais aussi présent dans le droit conventionnel. Les deux instruments internationaux sur le thème, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978 et le Règlement de l'UE pour les régimes matrimoniaux du 24 juin 2016, offrent aux conjoints les choix pour des lois qui reproduisent les critères utilisés pour le statut personnel.

### ***b) La place pour l'autonomie de la volonté***

**264.** Les conjoints ont souvent la possibilité de choisir le régime matrimonial qui leur paraît le plus favorable pour régir leur vie patrimoniale commune. Dans certains cas, il n'est pas permis que les conjoints fassent cette choix, parce qu'il y a un régime matrimonial imposé aux conjoints. Ce choix ou son impossibilité dépend directement de la loi applicable au régime matrimonial, qui peut être élue par les conjoints dans certaines circonstances. *A priori*,

---

<sup>158</sup> L'exercice de l'autonomie de la volonté pour le choix de la loi applicable a comme précurseur le juriste français Charles Dumoulin (1500-1566). Dans la connue affaire des époux *de Ganey*, Dumoulin a répondu à une consultation formulée par les propres conjoints sur la loi applicable à leur biens. Monsieur avait son patrimoine familial en commune de Paris, donc soumis au coutume de Paris ; Madame avait son patrimoine familial en commune lyonnaise, donc soumis à la coutume lyonnaise. Sa réponse fût l'adoption de la loi en vigueur à Paris, parce que Dumoulin voyait dans la décision des conjoints de vivre et d'établir leur domicile conjugal à Paris un choix implicite pour une application extraterritoriale de cette loi comme loi applicable aux effets patrimoniaux de leur mariage. La consultation datée de juillet 1525 fut publiée dans les *Consilia de Du Moulin (Consilia et responsa iuris analytica consultissimi i. u. d. Caroli Molinaei, Franciae et Germaniae iurisconsulti, et in supremo parisiorum senatu antiqui advocati experientissimi.secunda editio ab ipsomet autore recognita. Lugduni, Apud Bartholomaeum Vicentium, MDLXVIII, Consilium LIII, pp. 252-257).*

il est essentiel de distinguer la possibilité de choisir le régime matrimonial de la possibilité de choisir la loi applicable au régime matrimonial. Si la première option est permise en droit interne par un nombre considérable de pays, la deuxième alternative n'est pas toujours acceptée. Et cependant le choix de la loi applicable au régime matrimonial peut se faire sur mesure, comme une stratégie au bout d'héberger un régime choisi par les conjoints avec le contours précis qu'il possède dans le système légal de la loi choisie. En outre, la consécration de l'autonomie de la volonté au droit de la famille favorise plusieurs couples à choisir le for ou le recours à l'arbitrage pour résoudre les différends qui touchent leur régime matrimonial, comme un divorce. Et cependant, il faut examiner la possibilité de soumettre certaines matières du droit de la famille aux arbitres, une fois que certains systèmes légaux considèrent comme pas susceptibles d'arbitrabilité les questions de droit de la famille<sup>159</sup>.

**265.** Les avantages de l'utilisation de l'arbitrage seraient la possibilité de soumettre la question à des experts et d'insérer possiblement dans la convention arbitrale ou dans le contrat une clause de confidentialité, qui préserverait la vie privée du couple. Pour les conjoints du même sexe, le recours à l'autonomie de la volonté en DIP dans les trois sphères (le choix de la loi applicable, l'élection du for et le choix pour l'arbitrage) en matière de régime matrimonial serait séduisant, comme une stratégie pour échapper aux juridictions et aux lois qui ne reconnaissent pas les couples de personnes du même sexe ou qui pourraient réduire leurs droits. D'habitude, l'autonomie de la volonté au domaine du régime matrimonial apparaît surtout dans le domaine du choix de la loi applicable, comme question incidente ou préalable en cas de dissolution du couple. Raison pour laquelle l'on concentre notre analyse sur la question du choix de la loi applicable au régime matrimonial.

*α) Le choix de la loi applicable*

**266.** Le choix de la loi applicable au régime matrimonial se fait souvent stratégiquement, en envisageant un régime matrimonial offert par la loi interne choisie, avec les contours que ce régime présente dans ce système légal, ou un régime fait sur mesure à partir des règles de ce même système. Le choix de la loi applicable au régime matrimonial peut aussi emmener indirectement à un certain régime matrimonial, quand la loi interne choisie prévoit un régime matrimonial à être adopté de manière obligatoire, en raison du silence des conjoints. En matière d'autonomie de la volonté, les limites pour l'exercice du choix sont très importants, si

---

<sup>159</sup> Voir par exemple l'article 1 de la Loi 9307 du 1996, la loi brésilienne d'arbitrage.

l'on considère qu'il y a un menu préalable des lois parmi lesquelles les conjoints pourraient choisir la loi applicable ou s'ils ont une totale liberté pour choisir n'importe quelle loi. En règle, le choix de la loi applicable en matière de régime matrimonial se fait entre les options classiques de lois qui se rapprochent du statut personnel, comme la loi de la nationalité des conjoints ou de l'un d'eux, la loi de la résidence habituelle ou du domicile des conjoints ou de l'un d'eux ; ou la loi du lieu de célébration du mariage. Le choix pour une loi complètement étrangère aux conjoints et sans aucun point de contact avec leur mariage risque d'être considéré invalide et sans effet.

**267.** Plusieurs systèmes légaux permettent aux conjoints de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. En droit conventionnel, l'on observe une tendance d'ouverture en ce domaine. L'article 3 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978 ouvre aux conjoints l'option, avant le mariage, entre la loi nationale de l'un des conjoints, la loi de la résidence habituelle de l'un des conjoints ou la loi de la nouvelle résidence habituelle de l'un des conjoints après le mariage. Cette paillette basique de choix est complétée par des règles subsidiaires pour indiquer la loi compétente : la loi de la première résidence habituelle conjugale, à défaut de choix des conjoints ; la loi nationale commune des conjoints, sous certaines conditions spécifiques (en raison d'une préférence pour l'application de la loi d'un État contractant de la Convention ou d'un État qui n'est pas partie de la Convention) ; ou la loi de l'État avec lequel les conjoints ont « les liens les plus étroits », au cas où les conjoints n'ont ni une nationalité commune ni la même résidence habituelle<sup>160</sup>. Les conjoints peuvent changer la loi applicable à travers un choix entre la loi de la nationalité de l'un des conjoints et la loi de la résidence de l'un des conjoints au moment du nouveau choix<sup>161</sup>. De même, la Convention prévoit un changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial, en raison d'une absence de choix ou de célébration de contrat de mariage entre les époux et après la fixation d'une nouvelle résidence pendant dix ans<sup>162</sup>. Il est intéressant de dire que la convention rompt l'unité de la loi applicable au régime matrimonial à travers la possibilité de sauvegarder l'application de la *lex rei sitæ* à l'un ou à certains biens immeubles du couple, lors d'un choix de loi applicable avant le mariage ou pendant le mariage<sup>163</sup>. Malgré sa qualité technique, cette convention de La Haye n'a pas obtenu de succès et est condamnée à l'oubli, parce que les trois États qui l'ont ratifiée – la

---

160 Voir les articles 4 et 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978.

161 Voir l'article 6 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978.

162 Voir l'article 7 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978.

163 Voir l'article 3 *in fine* et l'article 6 *in fine* de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978, respectivement, pour cette choix spécifique avant le mariage et pendant le mariage.



France, le Luxembourg et les Pays-Bas - passent à un nouveau système des règles conventionnelles, imposées au niveau européen.

**268.** Par rapport à la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux de 1978, le Règlement de l'UE pour les régimes matrimoniaux du 24 juin 2016 essaye de simplifier le labyrinthe d'options à la loi applicable au régime matrimonial, à travers un choix limité entre la loi de la résidence habituelle lors de la célébration du mariage ou de leur nationalité commune<sup>164</sup>. Faute de choix par les conjoints, il y a une prévision, en cascade, pour la détermination de la loi applicable au régime matrimonial : d'abord, la loi de la première résidence conjugale (après le mariage) ; puis, la loi de la nationalité commune des conjoints, au moment du mariage ; et en dernière instance, la loi de l'État avec lequel ils possèdent « les liens les plus étroits » au moment de célébration du mariage<sup>165</sup>. Il est important de remarquer que le Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux offre aussi aux conjoints l'élection du for pour la juridiction correspondant à la loi applicable au régime matrimonial, qui découle du choix des conjoints ou des prévisions réglementaires, supplétives à l'absence de choix des conjoints<sup>166</sup>. Comme la Convention de La Haye sur le même objet, le Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux a une ouverture universelle sur la possible loi applicable au régime matrimonial, en permettant l'application de la loi d'un État qui n'est pas partie au Règlement<sup>167</sup>. En revanche, différemment de ladite Convention de La Haye, le Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux impose l'unité de la loi applicable, sans exception pour l'adoption de la *lex rei sitæ* pour les biens immeubles<sup>168</sup>.

**269.** Traditionnellement, le choix de la loi applicable au régime matrimonial est explicite et solennelle, en obéissant certaines formalités. Néanmoins, il est important de considérer la possibilité de choix implicite ou tacite, à travers le comportement des conjoints ou leur silence face à certaines circonstances. Ici, l'on revient sur la leçon de Dumoulin sur la base de l'autonomie de la volonté à travers un choix implicite, lors de l'affaire des époux *de Ganey*. Dans une certaine mesure, les limites entre le choix implicite et le comportement spontané des époux qui leur conduit à la soumission à une certaine loi interne ne sont pas claires. Le choix implicite dépend certainement de l'interprétation du juge du litige, qui analysera les motivations des époux. Dans un autre niveau, en droit interne, il est important de considérer que l'on reconnaît un autre niveau de choix implicite dans l'absence de choix des conjoints en

---

164 Voir l'article 22 du Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux.

165 Voir l'article 26 du Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux.

166 Voir l'article 7 du Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux.

167 Voir l'article 21 du Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux.

168 Voir l'article 20 du Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux.

matière de régime matrimonial, quand ils pourraient le faire. Cette renonciation à l'exercice du choix a pour conséquence l'adoption du régime matrimonial considéré comme le régime standard ou dominant d'un certain système légal. Ainsi, le silence des conjoints pour le choix d'un régime matrimonial équivaut à un choix implicite pour le régime qui prévaut dans ce système légal.

**270.** Malgré toutes les facilités pour le choix de la loi applicable au régime matrimonial, il est important de réfléchir sur l'application de ces règles conventionnelles en bénéfice des couples du même sexe. Au moment de l'élaboration – les années 70s – et de l'adoption le début des années 90s – de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978, l'on n'envisageait pas la reconnaissance de ces couples, ni une possible application de la Convention à ces conjoints, qui n'existaient pas au niveau légal. De nos jours, il n'y aurait pas d'obstacles à l'application adaptée des règles de la Convention à ces couples, parce que les trois États qui ont ratifié la Convention reconnaissent le mariage entre personnes du même sexe. Et cependant, cette possibilité s'avère dépassée, une fois que le Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux remplace la Convention de La Haye dans le cercle limité des États contractants de la Convention. Le problème est la circulation de la loi applicable au régime matrimonial dans le cercle d'États qui font partie du Règlement, une fois que pas tous les États membres ne reconnaissent le mariage entre personnes du même sexe. L'on revient sur le filtre de l'ordre public, qui pose la possibilité de refus de l'application de la loi indiquée comme applicable, selon les critères du Règlement, si elle est manifestement contraire à l'ordre public<sup>169</sup>. Cela pose un problème pour les couples du même sexe, dans les juridictions où leur mariage ne serait pas accepté ou reconnu. Si l'on a des restrictions au niveau de l'UE avec ce règlement, il n'existe pas une convention à vocation universelle sur la matière, comme les conventions produites par la CHDIP, et spécifiquement ladite convention de La Haye, qui semble condamnée à l'oubli. Ainsi, les conjoints du même sexe s'appuient en partie sur le Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux, dans « la zone gay friendly de l'UE ». Hors l'UE, ils n'ont recours qu'aux règles de DIP de droit interne, même pour valider leurs choix en matière de régime matrimonial, à travers l'exercice de l'autonomie de la volonté.

---

<sup>169</sup> Voir l'article 31 du Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux.

*β) La mise en œuvre du choix*

**271.** Si un choix implicite pour la loi applicable au régime matrimonial dépend des circonstances du cas et de l'analyse du juge du litige, le choix explicite de la loi applicable au régime matrimonial est plus usuelle, mais obéit à certaines formalités et suscite quelques réflexions. La première question sur le choix exprès de la loi applicable au régime matrimonial est le moment du choix, *id est*, si le choix est fait lors de la formation du lien ou, postérieurement à sa formation, pendant le mariage. Le choix se fait normalement au moment de la formation du lien, lors de la célébration du mariage ou comme une formalité préalable à la cérémonie de mariage, comme par exemple, à l'occasion de la publication des bans ou comme une convention matrimoniale ou figure semblable (contrat matrimonial, marital clauses, pacte pré-nuptial), signé avant le mariage ou à la cérémonie de mariage et qui figure comme partie intégrante du contrat ou du document de mariage. Les conjoints ont aussi la possibilité de faire une convention postérieure à la célébration du mariage, mais pour changer la loi applicable au régime matrimonial. Compte tenu la solennité du mariage, il est inconcevable qu'on ne déduit pas une loi applicable au régime matrimonial à compter de la célébration du mariage. Face à l'impossibilité d'un choix aux effets rétroactifs pour le choix de la loi applicable au régime matrimonial, en absence de choix lors de la célébration du mariage ; l'on se penche sur une loi implicitement adoptée pour régir les effets patrimoniaux du mariage, qui détermine le régime matrimonial, même de manière supplétive.

**272.** Le moment de célébration du contrat intervient sur autre question importante pour le choix de la loi applicable au régime matrimonial : la validité du contrat de choix . Pour le contrat de choix de la loi applicable au régime matrimonial fait lors de la célébration du mariage, comme partie intégrale ou complémentaire du contrat de mariage ; il faut considérer que ce contrat est accessoire et soumis au contrat de mariage qui est le contrat principal. Si les conjoints signent une convention de mariage préalable, mais désistent de se marier, ce contrat qui détermine le choix de la loi applicable au régime matrimonial n'est pas valable, parce qu'il est subordonné au contrat principal – le mariage lui-même –, qui est inexistant. Si le mariage n'est pas valable pour une condition de fond ou de forme, le contrat du choix de la loi applicable sera invalide, « contaminé » comme conséquence de l'invalidité du contrat principal. En revanche, une fois le mariage valablement célébré, la tendance est que le contrat du choix de la loi applicable soit valide, mais il faut examiner les lois qui le régissent. Si le mariage civil ou religieux aux effets civils est fait dans le même lieu du contrat de choix de la loi applicable au régime matrimonial, la même loi interne sera appliquée pour la forme du

mariage (par la *lex loci celebrationis*) et pour la forme dudit contrat (par la règle *locus regit actum*). Pour la validité dudit contrat, la tendance est que le fond soit conforme à la loi du lieu où le contrat est signé ou à la loi choisie par ce contrat. Si le contrat de choix de la loi applicable au régime matrimonial est signé avant le mariage dans une juridiction différente de celle où le mariage est célébré, l'on applique la loi du lieu de célébration de l'acte pour sa forme, et la loi du lieu où ce contrat ait été fait ou la loi choisie au contrat pour le fond. Si le couple opte pour un mariage consulaire, la célébration du mariage obéit aux formalités de la loi du drapeau de la mission étrangère (*lex auctoritatis*) et le contrat du choix de la loi applicable suit cette loi, s'il est fait comme partie intégrante de l'acte de mariage. En revanche, si le contrat du choix de la loi applicable est fait avant le mariage consulaire, hors le consulat, il serait régi par la loi du lieu de célébration de l'acte pour la forme - probablement la loi du lieu de juridiction du consulat étranger -, en raison de l'application de la règle *locus regit actum* ; et soumis à la loi choisie pour le régime matrimonial ou à la loi du lieu où le contrat ait été signé, pour le fond. En outre, le consentement des conjoints pour le choix de la loi applicable au régime matrimonial doit suivre cette même loi ou la loi personnelle des conjoints, une fois qu'il s'agit d'une question de capacité, faute de critères plus spécifiques.

**273.** En droit conventionnel sur la matière, les solutions sont semblables. La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978 stipule que la forme du contrat de mariage ou d'autre type de désignation de la loi applicable au régime matrimonial doit être examinée alternativement selon la loi du lieu où l'acte ait été fait - en harmonie avec la traditionnelle règle *locus regit actum* -, ou selon la loi applicable au régime matrimonial<sup>170</sup>. Le consentement des conjoints pour le contrat ou la désignation est régi par la loi applicable au régime matrimonial<sup>171</sup>. À son tour, le Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux prévoit que la forme de la convention sur le choix de la loi applicable au régime matrimonial est considérée valable alternativement, selon la loi de la résidence commune des conjoints ; ou d'après la loi de l'État membre dont les exigences sont plus sévères, dans le cas où chaque conjoint a la résidence habituelle dans des États membres différents, lors de la célébration de la convention ; ou selon la loi de l'État membre, où il a sa résidence habituelle au moment de célébration de la convention, dans l'hypothèse où l'autre conjoint n'a pas sa résidence dans un État membre<sup>172</sup>. Le Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux utilise ces mêmes critères pour la validité de la convention

---

170 Voir les articles 12 et 13 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978.

171 Voir l'article 10 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978.

172 Voir l'article 23 du Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux.

matrimoniale quant à la forme et ajoute le besoin d'observer les exigences supplémentaires, au cas où la loi applicable au régime matrimonial les impose<sup>173</sup>. Le Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux conditionne la validité du consentement des conjoints et le fond à la loi choisie par les époux, à l'option entre la loi de la résidence habituelle lors de la célébration du mariage ou celle de leur nationalité commune, mais permet à l'un des conjoints d'avoir recours à la loi de sa résidence habituelle au moment de la saisine de cette juridiction, pour fonder son absence de consentement<sup>174</sup>.

**274.** Si un contrat de choix de la loi applicable fait après le mariage n'aurait pas d'effets rétroactifs sur la loi applicable au régime matrimonial, il est parfois possible aux conjoints de modifier la loi applicable au régime matrimonial, si que le régime matrimonial, pendant le mariage. De la même manière comme le régime matrimonial ne se confond pas avec la loi applicable au régime matrimonial ; la modification du régime matrimonial ne se confond pas avec le changement de la loi applicable au régime matrimonial. La modification d'un régime matrimonial à l'autre peut se faire souvent sans changer de loi applicable au régime matrimonial, sous l'abri de cette loi interne. En revanche, la modification de la loi applicable au régime matrimonial est plus complexe. Il faut analyser les conditions pour le changement de loi applicable au régime matrimonial à travers une convention faite pendant le mariage. Les formalités de la convention du choix de la nouvelle loi applicable au régime matrimonial sont régies par la *locus regit actum*, comme règle traditionnelle des formalités des actes juridiques. Le contenu du changement de la loi applicable – la modification elle-même – serait soumis aux conditions restrictives. La mutabilité du choix exige souvent certaines conditions, comme l'inexistence de certaines dettes ou de certains créanciers privilégiés qui empêcherait le changement, par soupçon de fraude ; certains délais préventifs, la publicité pour la production d'effets à l'égard des tiers. Admettre la modification de la loi applicable au régime matrimonial doit se faire avec prudence et seulement si la loi déjà applicable au régime matrimonial le permet. Soumettre la modification à la fois à la loi déjà applicable au régime matrimonial et à la nouvelle loi envisagée pour régir le régime matrimonial de manière cumulative serait trop restrictif, mais probablement un critère plus prudent aussi. Le droit conventionnel peut contribuer à diminuer les problèmes pour la modification de la loi applicable au régime matrimonial, à travers la coopération internationale et les efforts communs des États qui s'engage réciproquement. Et cependant le changement de loi applicable risque de ne pas être reconnu par un État non ratifiant du traité qui abrite la

---

173 Voir l'article 25 du Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux.

174 Voir l'article 24 du Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux.

modification de la loi applicable. Ainsi, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978 possibilité aux conjoints le changement pour la loi nationale ou de résidence habituelle de l'un des conjoints, au moment du changement<sup>175</sup>. En outre, la Convention contient un critère qui nous semble peu démocratique, parce qu'elle impose le changement de la loi applicable au régime matrimonial, sous certaines conditions, en raison d'absence de convention de choix de la loi applicable au régime matrimonial et après dix ans de résidence dans un nouveau État. Le Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux permet facilement aux conjoints de changer la loi applicable au régime matrimonial à travers l'option entre la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'un des conjoints au moment de la conclusion de la convention<sup>176</sup>.

**275.** Une question importante pour la modification de la loi applicable au régime matrimonial est sa divisibilité. L'on réfléchit sur la possibilité d'adopter plus d'une loi applicable au régime matrimonial, à travers le choix d'une loi générale pour le régime matrimonial et d'une loi parallèle pour un bien ou pour une certaine catégorie de biens. La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978 est généreuse envers cette possibilité, en permettant aux époux de déterminer l'application exceptionnelle de la *lex rei sitæ* à un ou certains biens immeubles, comme une concession à la règle traditionnelle de régence des biens immeubles. Le Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux consacre l'unité de la loi applicable au régime matrimonial. Une solution qui nous paraît plus harmonieuse, parce qu'elle maintient l'homogénéité des rapports patrimoniaux des époux.

## 2. Le régime patrimonial du partenariat

**276.** Comme le partenariat - enregistré ou informel - est une catégorie d'organisation de la vie familiale inspiré du mariage, il est naturel que l'on adopte un régime patrimonial semblable au régime matrimonial. Au stage actuel de diffusion du partenariat enregistré, et d'une certaine manière, du partenariat informel aussi ; il est clair que ces catégories sont des modèles familiaux, qui démontrent une *affectio maritalis*. Ainsi, il serait convenable d'éviter les rattachements qui se baserait sur une vision du partenariat comme un simple rapport

---

<sup>175</sup> Voir l'article 6 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978.

<sup>176</sup> Voir l'article 22 du Règlement (UE) 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux.

contractuel entre les partenaires. Cette vision viderait les partenariats de leurs fonction et objectif familial, surtout dans le cas de couples de personnes du même sexe, pour lesquels les partenariats sont souvent les seules alternatives accessibles ou initiales pour leur reconnaissance. Ainsi, l'on ne considère que les critères de rattachements semblables à ceux utilisés pour le mariage ou les critères appropriés aux partenariats, mais qui ne leur retirent pas leur caractère familial.

***a) La loi applicable au régime patrimonial du partenariat enregistré***

277. Pour le partenariat enregistré, les critères adoptés sont semblables à ceux adoptés pour le mariage. La solennité du mariage et du partenariat enregistré facilitent à préciser le moment de l'établissement du lien et par conséquent à déterminer quel serait le premier domicile ou la première résidence habituelle du couple, suite au mariage ou à l'enregistrement. Ainsi, l'article 3, b du Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés définit les « effets patrimoniaux du partenariat enregistré » comme « l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux des partenaires entre eux et à l'égard des tiers, qui résultent du lien juridique créé par l'enregistrement du partenariat ou par la dissolution de celui-ci ».

***α) Les rattachements possibles***

278. Les mêmes arguments qui découragent l'utilisation de la *lex rei sitæ* comme loi applicable au régime matrimonial dans le cas du mariage nous déconseille de l'utiliser comme loi applicable au régime patrimonial du partenariat. Si l'adoption de la loi de la situation des biens pour le régime patrimonial du partenariat enregistré permet l'harmonisation entre la loi applicable au régime patrimonial du partenariat et la loi applicable aux droits réels rattachés aux biens du couple, surtout quand il s'agit des biens immeubles ; la *lex rei sitæ* conduit à un morcellement de la loi applicable à ce régime patrimonial. L'application simultanée de plusieurs lois internes, en fonction de différentes juridictions où il y a des biens immeubles du couple conduit à des situations d'inégalité entre les partenaires, pour les mêmes raison *supra*, exposées pour l'application de la *lex rei sitæ* au régime matrimonial. De même, l'application multiplicative de la *lex rei sitæ* à différents immeubles distribués dans plusieurs juridictions soumettrait les partenaires enregistrés à la possible application d'une loi locale qui ne reconnaît pas ces partenaires comme un couple ou les reconnaît dans un niveau inférieur.

**279.** Une autre option de rattachement est la loi personnelle des partenaires : ainsi la solution serait utiliser la loi de la nationalité ou la loi de la résidence ou du domicile du couple, selon le critère utilisé par le DIP national ou conventionnel qui régit le cas. Comme les partenaires n'ont pas forcément la même nationalité, ce critère est inefficace quelques fois et l'on est propulsé sur des critères subsidiaires, tels que la résidence habituelle ou le domicile. En partant de l'idée de cohabitation du mariage traditionnel, l'on trouve un critère très répandu : la loi du premier domicile commun ou de la première résidence habituelle commune, c'est-à-dire, la loi du domicile ou de la résidence habituelle établi(e), suite à l'enregistrement du partenariat. Si ce critère a l'avantage d'affirmer le caractère familial du partenariat enregistré, en le rapprochant du statut personnel. Ce critère pose de difficultés pratiques si les partenaires n'ont pas le même domicile ni la même résidence habituelle, ce critère ne serait pas convenable.

**280.** Le critère idéal pour le partenariat enregistré est le rattachement de son régime patrimonial à la loi du lieu de son enregistrement. Cette solution a l'avantage de harmoniser le régime patrimonial avec les contours de l'institution telle qu'elle a été créée par la loi interne appliquée. En plus, cela évite l'application d'une loi discriminatoire que ne reconnaîtrait pas les partenaires enregistrés. La seule difficulté pour les couples de personne du même sexe serait la non reconnaissance ou la non application de la loi de l'enregistrement dans un État qui supprime la catégorie partenariat, en raison de l'ouverture du mariage. Dans ce cas, comme fait pour les partenariats enregistrés en droit interne, la solution conseillée par mimétisme serait l'application au régime patrimonial du partenariat enregistré étranger du critère de DIP applicable pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial dans ce cas.

*β) La place pour l'autonomie de la volonté*

**281.** Il est important de dire que dans le cas d'exercice de l'autonomie de la volonté pour choisir un régime de biens ou construire un régime idéal pour leur partenariat enregistré, les partenaires font leur choix à travers une convention partenariale avant ou lors de l'enregistrement. Dans certains systèmes, les régimes de biens identiques ou très proches des régimes matrimoniaux existants sont offerts aux partenaires et ils sont soumis à un régime présumé standard et supplétif, à défaut de choix d'un régime spécifique. En tout cas, le régime patrimonial choisi ou imposé serait régi par la loi applicable au régime patrimonial du partenariat enregistré. Ainsi, comme pour le mariage, il n'est pas inutile d'observer que



choisir le régime patrimonial du partenariat enregistré est différent de choisir la loi applicable au régime patrimonial du partenariat enregistré, qui se fait à travers la convention partenariale, selon certaines conditions.

**282.** Compte tenu la circulation plus réduite que celle du mariage et les différences entre les espèces de partenariats enregistrés d'un système juridique à l'autre, surtout pour les couples de personnes du même sexe ; l'on aperçoit une certaine prudence de la part des États d'ouvrir aux partenaires le choix de la loi régissant leur régime patrimonial, par une vocation pour l'application de la loi du lieu de l'enregistrement. Et cependant, quelques systèmes légaux permettent aux partenaires de choisir une loi applicable à leur régime patrimonial, autre que la loi du lieu de l'enregistrement. D'habitude, l'on a recours aux critères usuellement utilisés pour le statut personnel, comme la nationalité, la résidence habituelle ou le domicile ; et l'on conditionne le choix à l'élection d'une loi qui accueille la reconnaissance du partenariat enregistré. Le droit conventionnel sur le thème est pratiquement inexistant. Malgré un projet de convention sur la matière de la Conférence de La Haye, il n'existe pas actuellement un traité à vocation universelle qui régisse la question. Sur l'application de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 1978 aux partenaires enregistrés, et plus spécifiquement aux partenaires enregistrés du même sexe ; il nous paraît peu probable que les États soient disponibles à élargir l'application de cette convention à tel point. Non seulement parce que la Convention tend à tomber dans l'oubli, mais parce qu'une solution est disponible pour ce vide légal à travers l'initiative inédite du Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés – une version jumelle du règlement utilisé pour le régime matrimonial avec des règles de DIP qui s'adaptent au modèle des partenariats enregistrés dans le bloc européen.

**283.** Le Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés propose aux partenaires enregistrés le choix entre la loi de la résidence habituelle de l'un des (futurs) partenaires, la loi de la nationalité de l'un des (futurs) partenaires, ou la loi du lieu de son enregistrement, mais à condition que la loi choisie « attache des effets patrimoniaux à l'institution du partenariat enregistré »<sup>177</sup>. Cette mesure vise certainement empêcher l'application de la règle aux « partenariats domestiques » aux effets très limités, et qui ont un caractère souvent privé, aux effets limités aux partenaires. Faute de choix par les partenaires, la loi applicable serait la loi du lieu de l'enregistrement, et exceptionnellement, celle du lieu de résidence habituelle des partenaires, sous demande justifiée sur une résidence établie pour

---

<sup>177</sup> Voir l'article 22 du Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés.

une « période de durée significative » dans cet État et le fait que les partenaires se sont basés sur cette loi « pour organiser et planifier leurs rapports patrimoniaux »<sup>178</sup>. Il est important de remarquer que le Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés offre aussi aux partenaires l'élection du for pour la juridiction correspondante à la loi applicable à leur régime patrimonial, qui découle du choix des conjoints ou des prévisions réglementaires, supplétives à l'absence de choix des conjoints<sup>179</sup>. Comme le Règlement sur le régime matrimonial, le Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés a une ouverture universelle sur la possible loi applicable au régime matrimonial, en permettant l'application de la loi d'un État qui n'est pas partie au Règlement<sup>180</sup> et impose l'unité de la loi applicable, sans exception pour l'adoption de la *lex rei sitæ* pour les biens immeubles<sup>181</sup>.

**284.** Le choix explicite pour la loi applicable au régime patrimonial du partenariat enregistré exige certaines formalités et apporte quelques réflexions. La première question sur le choix exprès de la loi applicable au régime matrimonial est le moment du choix, *id est*, si le choix est fait lors de la formation du lien ou, postérieurement à sa formation, pendant la vie commune du couple après l'enregistrement. Le choix se fait normalement au moment de la formation du lien, lors de l'enregistrement ou à travers une convention partenariale préalable qui fait partie intégrale de l'acte ou y est référencée. Il est intéressant d'observer que dans certains systèmes légaux, les partenaires peuvent adopter un partenariat enregistré *a posteriori*, c'est à dire, ils peuvent enregistrer leur partenariat sous acte authentique devant le notaire, en passant une convention partenariale aux effets patrimoniaux rétroactifs et en déterminant que le partenariat lui-même aurait une date de formation (basé sur la cohabitation) antérieure à la date de l'enregistrement devant le notaire, raison pour laquelle tous les effets seraient rétroactifs<sup>182</sup>. Dans toutes ces hypothèses, il appartient à la loi du lieu de l'enregistrement de déterminer la possibilité d'enregistrer le partenariat aux effets rétroactifs ou pas. Les partenaires ont souvent la possibilité de faire une convention postérieure à l'enregistrement pour changer la loi applicable à leur régime patrimonial. Dans ce cas, la loi applicable au régime patrimonial au régime patrimonial du partenariat enregistré doit permettre le changement de loi applicable, que doit être possible aussi, selon la nouvelle loi choisie, pour la validité du changement.

178 Voir l'article 26 du Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés.

179 Voir l'article 7 du Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés.

180 Voir l'article 21 du Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés.

181 Voir l'article 20 du Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés.

182 Il faut observer que dans certains systèmes légaux, surtout en Amérique Latine, la compétence pour célébrer le mariage et enregistrer le partenariat appartient au notaire, pas au maire.

**285.** Le moment de célébration du contrat intervient sur autre question importante pour le choix de la loi applicable au régime patrimonial du partenariat: la validité du contrat de choix. Pour le contrat de choix de la loi applicable au régime patrimonial fait lors de l'enregistrement, comme partie intégrale ou supplémentaire – à travers une convention partenariale préalable – à l'enregistrement, il faut soumettre la validité de la convention aux mêmes lois applicables au fond et à la forme du partenariat enregistré. Au cas où une convention partenariale est faite avant l'enregistrement et les partenaires désistent de poursuivre le projet d'enregistrement du partenariat, ce contrat qui contient le choix de la loi applicable à leur régime patrimonial n'est pas valable, parce qu'il est subordonné au contrat principal, qui serait inexistant. Si le partenariat enregistré n'est pas valable pour une condition de fond ou de forme, la convention partenariale avec le choix de la loi applicable sera invalide, « contaminé » comme conséquence de l'invalidité du contrat principal. Compte tenu des spécificités du partenariat enregistré dans chaque système légal, l'on croit qu'une convention partenariale signée dans une autre juridiction serait rarement acceptée de façon à intégrer l'enregistrement du partenariat.

**286.** Pour les cas où les partenaires enregistrent leur partenariat dans un consulat, semblablement à un mariage consulaire, l'enregistrement obéit aux formalités de la loi du drapeau de la mission étrangère (*lex auctoritatis*) et cette même loi nationale serait appliquée pour les conditions de fond de l'enregistrement et le fond d'une éventuelle convention partenariale qui accompagne l'acte d'enregistrement. Dans ce sens, il faut souligner que l'enregistrement d'un partenariat est un acte qui garde toute proximité avec l'autorité qui l'autorise, l'enregistre, selon les conditions établies par cette même loi. En ce qui concerne le consentement des partenaires pour le choix de la loi applicable à leur régime patrimonial, il faut appliquer la loi du lieu de l'enregistrement ou la loi personnelle des conjoints, une fois qu'il s'agit d'une question de capacité, faute de critères plus spécifiques.

**287.** Pour le changement de la loi applicable au régime patrimonial à travers une nouvelle convention partenariale, il faut soumettre les formalités de la convention du choix de la nouvelle loi applicable au régime patrimonial à la *locus regit actum*, comme règle traditionnelle des formalités des actes juridiques. Comme pour le mariage, la mutabilité du choix exige des conditions rigides (l'inexistence de certaines dettes ou de certains créanciers privilégiés qui empêcherait le changement, par soupçon de fraude ; certains délais préventifs, la publicité pour la production d'effets envers les tiers) et permettre aux partenaires de modifier la loi applicable à leur régime patrimonial doit se faire avec prudence et seulement si

la loi déjà applicable au régime patrimonial le permet. Un critère probablement prudent, même si restrictif, serait soumettre la modification à la fois à la loi déjà applicable au régime patrimonial et à la nouvelle loi envisagée pour régir le régime patrimonial de manière cumulative.

**288.** Le Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés prévoit que la forme de la convention sur le choix de la loi applicable au régime patrimonial du partenariat enregistré (fait lors de l'enregistrement ou pour le changement de la loi applicable) est considérée valable alternativement, selon la loi de la résidence commune des partenaires ; ou d'après la loi de l'État membre dont les exigences sont les plus sévères, dans le cas où chaque partenaire a la résidence habituelle dans des États membres différents, lors de la célébration de la convention ; ou selon la loi de l'État membre, où il a sa résidence habituelle au moment de célébration de la convention, dans l'hypothèse où l'autre conjoint n'a pas sa résidence dans un État membre<sup>183</sup>. Le Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés utilise ces mêmes critères pour la validité de la convention partenariale quant à la forme et ajoute le besoin d'observer les exigences supplémentaires, au cas où la loi applicable au régime patrimonial les impose<sup>184</sup>. Le Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés conditionne la validité du consentement des conjoints et le fond à la loi choisie par les partenaires, selon les options *supra*, mais permet à l'un des partenaires d'avoir recours à la loi de sa résidence habituelle au moment de la saisine de cette juridiction, pour fonder son absence de consentement<sup>185</sup>. En effet, une approche semblable à celle adopté par le règlement jumeau en matière de régime matrimonial.

### ***b) La loi applicable au régime patrimonial du partenariat informel***

**289.** Si le partenariat informel s'avoisine du mariage en tant que modèle familial, mais comme une forme d'habitation hors mariage ; cette approximation est plus lointaine que celle du partenariat enregistré, en raison de l'absence de solennité. Les difficultés à préciser la date d'établissement du lien, qui se constitue à travers la cohabitation de fait, interfèrent pour la détermination de la loi applicable au régime patrimonial du partenariat informel.

---

183 Voir l'article 23 du Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés.

184 Voir l'article 25 du Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés.

185 Voir l'article 24 du Règlement (UE) 2016/1104 sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés.

*α) La restriction au recours à l'autonomie de la volonté*

**290.** Comme le partenariat informel manque de solennité, il n'est pas possible aux partenaires de choisir en avance la loi qui devra régir leur régime de biens. Toute absence de formalité emmène à toute impossibilité de choix exprès pour la loi applicable au régime patrimonial du partenariat informel. L'autonomie de la volonté en matière de partenariat informel n'a de place que pour l'option pour une transaction judiciaire, lors d'une demande qui touche le régime patrimonial d'un partenariat informel. D'abord, il faut remarquer que l'hypothèse ne serait pas rare, une fois que dans la plupart de systèmes légaux qui reconnaissent le partenariat informel, la « reconnaissance » se fait de manière indirecte ; quand l'on reconnaît le lien, comme question préalable, pour aboutir les effets de sa dissolution, soit lors d'une dissolution inter vifs, soit lors d'une demande successorale, suite à la mort de l'un des partenaires. Ainsi, une transaction judiciaire pourrait établir le choix, à travers l'accord des parties (des partenaires ou ses représentants/héritiers), d'une loi applicable au régime patrimonial du partenariat, différente de celle du for : par exemple, la loi du lieu de résidence habituelle ou domicile, où les partenaires ont vécu longtemps, établi leur vie commune/le lien et formé la plupart du patrimoine commun. Et cependant il faut observer que si le for où il y a lieu ladite transaction judiciaire n'autorise pas de recours à l'autonomie de la volonté ou à une transaction judiciaire en matière de régime patrimonial d'un partenariat, en interdisant ce choix pour le régime patrimonial d'un partenariat enregistré par exemple, il n'y aurait pas de place pour ce type de choix.

*β) Les rattachements possibles*

**291.** Face aux obstacles pour le choix de la loi applicable au régime patrimonial du partenariat informel, l'on cherche les rattachements traditionnels qui pourraient s'adapter au profil de l'institution. Ainsi, l'on revient sur l'approximation au statut personnel, une fois que l'institution se situe dans le domaine des rapports familiaux. Un argument favorable est l'utilisation de ce critère pour le régime patrimonial du concubinage, modalité qui correspondrait au partenariat informel, dans certaines juridictions, comme la France.

**292.** Face à la précarité pour l'organisation du partenariat informel, l'utilisation de la *lex rei sitae* comme loi applicable au régime patrimonial du partenariat informel serait une solution envisageable, mais peu favorable aux partenaires du même sexe. L'adoption de la loi de la situation des biens pour leur régime patrimonial permettrait certainement l'harmonisation

entre la loi applicable au régime patrimonial du partenariat et la loi applicable aux droits réels rattachés au patrimoine du couple, surtout quand il s'agit des biens immeubles ; mais la *lex rei sitae* conduirait en revanche au morcellement de la loi applicable au régime patrimonial. En outre, il y a l'effet multiplicateur de fors, puisque l'application simultanée de plusieurs lois internes, en fonction de différentes juridictions où il y a des biens immeubles du couple, conduirait à des situations d'inégalité entre les partenaires. L'ordre public interviendrait encore une fois pour anéantir leurs droits, parce qu'ils seraient soumis aux juridictions qui ne reconnaissent pas ces partenaires comme couple.

## B. Droits patrimoniaux spéciaux

**293.** Certains droits patrimoniaux méritent une analyse plus attentive en raison de leur importance pour la vie quotidienne du couple, même dans le cas de sa dissolution. En outre, il n'est pas rare que les conflits générés à propos des droits patrimoniaux soient la cause de la dissolution de plusieurs rapports. Ainsi, l'on examine plus spécifiquement le logement et l'organisation économique de la vie en couple, à travers l'équilibre de la gestion des dépenses et recettes des conjoints ou partenaires avec l'objectif de maintenir la paix au foyer.

### 1. La protection du logement familial

**294.** Comme le logement symbolise le « foyer » du couple, il y a des règles spécifiques pour protéger le droit au logement et pour discipliner sa continuité en cas de dissolution du couple, soit en cas de dissolution entre vifs, soit en cas de dissolution à cause de mort. La plupart des mesures visent éviter que les conjoints ou partenaires ou l'un deux, sous certaines conditions, soient arraché du logement avec lequel la famille a un rapport assez considérable.

#### *a) La protection du logement pendant la vie en couple*

**295.** Certains systèmes légaux prévoient une protection légale spécifique au logement familial, sous certaines conditions. Ce sont les pays qui identifient le logement familial

comme un « bien de famille ». La reconnaissance d'un immeuble comme bien de famille le protège contre les exécutions promues par des tiers créanciers. Pas n'importe quel bien pourrait jouir cette protection spéciale. D'habitude la protection est destinée à un bien immeuble dont la famille ou l'un de ses membres a la pleine propriété et où la famille réside depuis une période considérable. Cette protection ne subsiste pas face à certains créanciers munis de garanties spéciales. En revanche, la protection peut subsister, quand il y a d'autres biens immeubles, s'ils sont exécutés et si le bien a une valeur aisée, à condition qu'il soit revendu, et la famille déménage pour un logement plus modeste, avec la réversion de la valeur excédant de la vente en bénéfice des créanciers. Cette institution inconnue dans plusieurs systèmes, est usuelle dans certains pays. Si elle représente une menace aux créanciers, le législateur la valorise, comme un instrument de protection du logement familial, surtout aux juridictions où l'instabilité économique n'est pas rare.

*α) La protection de la propriété familiale*

**296.** Certains systèmes légaux prévoient une protection légale spécifique au logement familial, sous certaines conditions. Ce sont les pays qui identifient le logement familial comme un « bien de famille ». La reconnaissance d'un immeuble comme bien de famille le protège contre les exécutions promues par des tiers créanciers. Pas n'importe quel bien pourrait jouir cette protection spéciale. D'habitude la protection est destinée à un bien immeuble dont la famille ou l'un de ses membres a la pleine propriété et où la famille réside depuis une période considérable. Cette protection ne subsiste pas face à certains créanciers munis de garanties spéciales. En revanche, la protection peut subsister, quand il y a d'autres biens immeubles, s'ils sont exécutés et si le bien a une valeur aisée, à condition qu'il soit revendu, et la famille déménage pour un logement plus modeste, avec la réversion de la valeur excédant de la vente en bénéfice des créanciers. Cette institution inconnue dans plusieurs systèmes, est usuelle dans certains pays. Si elle représente une menace aux créanciers, le législateur la valorise, comme un instrument de protection du logement familial, surtout aux juridictions où l'instabilité économique n'est pas rare.

**297.** La loi applicable au « bien de famille » est la *lex rei sitæ*. Comme l'institution se base toujours sur un droit de pleine propriété d'un bien immeuble, la loi de la situation de l'immeuble est recommandée pour le régir. Cette loi détermine les conditions pour que le bien soit reconnu comme un « bien de famille », les limites de sa protection et surtout les cas dans

lesquels la protection est supprimée ou diminuée, comme l'échange du bien original pour l'autre plus modeste. La loi de la situation du bien immeuble encadré comme « bien de famille » détermine les catégories de famille pour lesquelles cette protection est reconnue. Ainsi, en ce qui concerne les couples de personnes du même sexe, il appartient à la *lex rei sitæ* de dire si les conjoints ou les partenaires pourraient en bénéficier. Si le pays reconnaît les couples de personnes du même sexe comme familles, la tendance est de leur offrir cette protection. Comme l'institution est restreinte à certains systèmes légaux et la protection a une vocation territoriale, une fois qu'elle est destinée spécifiquement à un bien immeuble et soumise à la régence par la *lex rei sitæ*, l'on envisage des restrictions à la circulation de la protection.

*β) Le droit au bail et au logement*

**298.** La loi applicable au droit au logement est la *lex rei sitæ*, aussi applicable pour régir le droit au bail, qui garantirait le droit des conjoints ou partenaires d'avoir accès à un foyer, souvent à travers une composition de revenus pour accéder à un contrat de bail plus onéreux .

***b) La protection du logement suite à la dissolution du couple***

**299.** Le lien familial d'un mariage ou d'un partenariat n'est pas éternel et peut en vérité avoir une brève durée. Suite à la dissolution du couple, il est nécessaire de garantir le droit au logement au conjoint ou partenaire qui doit continuer à jouir du logement, en cas de dissolution entre vifs, ou qui doit y rester, face au décès de l'autre conjoint ou partenaire. Les deux situations sont différentes et suscitent de solutions distinctes.

**300.** En cas de dissolution du couple en raison de divorce ou de dissolution d'un partenariat, il y aurait des différentes hypothèses selon les conjoints ou partenaires sont propriétaires ou locataires de l'immeuble. Si les conjoints ou partenaires ont la pleine propriété partagé du logement, il y a la possibilité de continuité à l'un d'eux avec des compensations à l'autre. En cas de propriété exclusive de l'un des conjoints ou partenaires, le propriétaire pourra maintenir le logement, en versant des compensation à l'autre conjoint ou partenaire. En cas de bail, il faut analyser si le contrat a été fait au nom du couple ou de l'un des conjoints ou partenaires. Si le contrat n'est pas résilié, il y a des options. Le contrat au nom du couple pourra être changé pour le nom de l'un des conjoints ou partenaires. Le contrat



au nom de l'un des conjoints ou partenaires pourra suivre à son nom ou être transféré pour le nom de l'autre conjoint ou partenaire, selon les besoins professionnels, de santé ou de support aux enfants dont la garde est attribuée à l'un d'eux. La reconnaissance du droit au logement et le choix de la solution à être adoptée est aussi déterminée par la *lex rei sitæ*.

*α) Le droit au bail et au logement suite à la dissolution du couple entre vifs*

**301.** En cas de dissolution du couple en raison de divorce ou de dissolution d'un partenariat, il y aurait des différentes hypothèses selon les conjoints ou partenaires sont propriétaires ou locataires de l'immeuble. Si les conjoints ou partenaires ont la pleine propriété partagé du logement, il y a la possibilité de continuité à l'un d'eux avec des compensations à l'autre. En cas de propriété exclusive de l'un des conjoints ou partenaires, le propriétaire pourra maintenir le logement, en versant des compensation à l'autre conjoint ou partenaire. En cas de bail, il faut analyser si le contrat a été fait au nom du couple ou de l'un des conjoints ou partenaires. Si le contrat n'est pas résilié, il y a des options. Le contrat au nom du couple pourra être changé pour le nom de l'un des conjoints ou partenaires. Le contrat au nom de l'un des conjoints ou partenaires pourra suivre à son nom ou être transféré pour le nom de l'autre conjoint ou partenaire, selon les besoins professionnels, de santé ou de support aux enfants dont la garde est attribuée à l'un d'eux. La reconnaissance du droit au logement et le choix de la solution à être adoptée est aussi déterminée par la *lex rei sitæ*.

*β) Le droit au bail et au logement suite à la dissolution du couple à cause de mort*

**302.** Dans l'hypothèse de droit au logement suite à la dissolution du couple à cause de mort, l'on examine le droit du conjoint ou partenaire survivant à rester dans la résidence où le couple a vécu. Il y a de la divergence parmi les différents systèmes légaux qui le disciplinent. Certaines lois prévoient le droit d'y rester pour une période déterminée suite au décès, d'autres le traite comme un droit viager. Certaines législations internes prévoient le droit à titre gratuite, d'autres à titre onéreuse et d'autres à titre gratuite pour une durée suivant le décès et conditionnée aux compensations, après la fin de cette période<sup>186</sup>. Certaines lois

---

<sup>186</sup> En droit français, si le logement était propriété commune des deux époux ou exclusif du défunt, le conjoint survivant a, d'abord, le droit de conserver la jouissance gratuite du logement et du respectif mobilier de plein droit, pour la période d'un an à compter du décès de son époux, d'après l'article 763 du Code Civil. Pendant cette période, il lui est faculté d'exercer son option pour un droit viager (jusqu'à son décès) d'habitation du logement et d'usage du mobilier, selon l'article 764 du même Code Civil. Après les délais d'un an de l'ouverture de la succession, le droit viager est conditionné au paiement des frais des charges et d'entretien du logement, si

reconnaissent ce droit de plein droit, d'autres le conditionnent à la manifestation du de cujus, à travers un testament. Enfin, certains systèmes l'autorisent pour les conjoints, mais pas tous pour les partenaires. Et certains systèmes le font sous conditions différents pour les deux catégories.

**303.** La détermination de la loi applicable au droit au logement suite à la dissolution du couple à cause de mort s'agit d'une question délicate, parce que l'on examine un droit réel, mais connecté à une succession. Malgré la motivation rattachée à une succession, comme il s'agit d'une question de droits réels, l'on croit que la *lex rei sitæ* doit être appliquée. Si la solution paraît pacifique pour l'immeuble, il est redoutable pour les meubles qui garnissent le logement. Comme ils consistent en biens meubles, l'on s'interroge si la meilleure solution serait appliquer la *lex successionis* ou la loi qui régit les biens meubles – qui seraient la *lex rei sitæ* ou la *mobilia sequuntur personam*, correspondant à la loi personnelle (loi nationale, loi du domicile ou loi de la résidence habituelle) du propriétaire des biens, selon le DIP de la juridiction qui détermine la loi applicable. La réflexion serait plus intrigante si le logement est situé dans une juridiction du Common Law, une fois que les successions dans ces systèmes sont normalement biparties entre la *lex rei sitæ* pour les biens immeubles et la loi personnelle du défunt pour les biens meubles.

## 2. L'organisation économique du couple

**304.** La communion de vie du couple impose une concertation pour l'organisation de la vie économique des partenaires ou conjoints au jour au jour. Certains couples partagent intégralement ses dépenses et revenus, d'autres couples laissent de la place pour l'exercice autonome de certaines prérogatives des conjoints ou partenaires en matière de finances, ou préfèrent vivre sous un régime d'indépendance financière, en adoptant même des foyers individuels. D'ailleurs, il est important d'analyser si le consentement du conjoint ou partenaire est requis pour certains actes légaux, même sous les hypothèses d'indépendance

---

que de la taxe d'habitation. Ce droit viager est maintenu même en cas de remariage du conjoint veuf. Et cependant le droit viager peut être écarté ou limité, si le défunt ainsi le détermine dans un testament authentique. De même ce droit viager est dénié au conjoint survivant, si le bien était détenu à titre de propriété en indivision avec un tiers (un ex-conjoint, par exemple). En outre, le conjoint survivant a aussi la priorité sur le logement lors du partage de la succession, même s'il devra verser une différence avec des délais spéciaux de paiement (en 10 ans), selon l'article 831-2 du Code Civil. Si le logement était loué par le couple, le conjoint survivant a le droit d'y rester pour un an, et les loyers lui sont remboursés par la succession. Le droit de jouissance temporaire est similairement prévu pour le partenaire survivant pacsé.

financière . Plus que la simple titularité des biens, l'organisation de la vie économique du couple au quotidien relève des aspects dynamiques qui s'adaptent aux besoins de subsistance des conjoints ou partenaires et changent selon les détours des parcours professionnels et économiques des conjoints ou partenaires .

***a) La gestion du foyer et l'autonomie économique des conjoints ou partenaires***

**305.** La manière comme le couple partage les responsabilités de la vie commune détermine l'organisation de sa vie économique, qui comporte un aspect d'ordre pragmatique à travers la gestion du foyer . Il est intéressant d'étudier comment le couple organise sa vie économique envisageant l'entretien du foyer commun et la possibilité d'autonomie économique des conjoints ou partenaires .

*a) La contribution aux frais du couple*

**306.** L'ancienne vision patriarcale du jeu de rôles du mariage traditionnel, où le mari devrait travailler pour la subsistance de la famille et la femme devrait rester à la maison pour s'occuper du foyer et des enfants, s'est largement affaibli presque partout au monde . Raison pour laquelle ce modèle paraît éloigné des couples de personnes du même sexe, dont les modèles de reconnaissance familiale contestent en grande mesure le modèle patriarcal traditionnel. Ainsi, le plus usuel pour ces couples est que les partenaires et conjoints travaillent et contribuent, pas forcément dans la même proportion, mais simultanément pour le couple. Et cependant il y a certains couples, où l'un des conjoints ou partenaires ne travaille pas pour différentes raisons . Il ou elle s'occupe du foyer ou des enfants, de manière temporaire, en raison de chômage, comme mesure providentielle d'assistance à un enfant récent né ou adopté – une situation assez usuelle pour quelques couples de lesbiennes -, ou de manière permanente, parce qu'il y a des couples homosexuels qui reproduisent des « stéréotypes » de genre traditionnels, où le partenaire/conjoint yang travaille et le partenaire/conjoint ying s'occupe du foyer. La loi applicable à régir le devoir de contribution des conjoints ou partenaires aux frais du couple serait celle du lieu de résidence habituelle du couple, parce qu'elle comprend toutes les dépenses et services contractés pour la subsistance du couple et l'entretien du foyer .

*β) L'exercice de profession et la perception des revenus propres*

**307.** Même pour certains couples soudés, vivre en communion de vie n'empêche pas que les conjoints ou partenaires gardent un relatif degré d'autonomie économique, surtout quand ils exercent une profession. Si tous les aspects de la vie économique du couple sont rattachés à la loi applicable à leur régime patrimonial, il est important d'admettre que des revenus propres dépendent directement du fait qui donne naissance aux revenus, comme l'exercice de profession ou les fruits du patrimoine. Au cas d'exercice de profession la connexion se ferait avec le lieu de résidence habituelle et donc d'exercice d'activités professionnels, sauf si la résidence habituelle ou domicile ne correspond pas au domicile professionnel. Dans certains cas, l'exploitation du patrimoine se fait dans un pays différent du lieu de résidence habituel du couple. Il n'est pas difficile à concevoir que l'un des conjoints ou partenaires possède à titre individuel un bien immeuble qui est loué à un tiers, dans son pays d'origine ou dans un pays où il ou elle ait vécu précédemment. Dans ce cas, la loi du lieu de la situation du bien régirait l'exploitation du bien et la perception des revenus correspondants.

**308.** Il est important de considérer que tant la perception de revenus propres qui découlent de l'exercice de profession comme de l'exploitation du patrimoine à titre personnel sont soumis aux impôts selon la loi qui régit ces rapports, soit la loi de la résidence habituelle pour l'exercice de la profession, soit la *lex rei sitæ* pour l'exploitation du patrimoine. Il y aurait ainsi un possible conflit avec la loi applicable au régime patrimonial du couple, quand la loi régissant le régime patrimonial du couple est différent de celle de la résidence habituelle du couple ou de celle du lieu de situation de l'immeuble, par exemple, dans les cas d'exercice d'autonomie de la volonté pour la loi régissant le régime patrimonial du couple.

*b) L'ouverture de comptes bancaires et la protection du patrimoine*

**309.** Certaines activités ont des conséquences sur le patrimoine du couple, comme l'ouverture de comptes bancaires et la constitution des sûretés. L'ouverture de comptes bancaires supposent la disponibilité et la gestion des certains fond. La constitution des sûretés mettent sous contrainte le patrimoine du couple. Ainsi, il est important d'évaluer comment ces activités exigent ou pas l'agrément de l'autre conjoint ou partenaire.

*α) L'ouverture de comptes bancaires*

**310.** Comme l'ouverture de comptes bancaires supposent la disponibilité et la gestion des certains fond, l'on s'interroge si ces activités nécessitent le consentement de l'autre conjoint ou partenaire. Comme ces services sont disponibles par une banque, ils sont soumis aux règles imposées par l'institution bancaire, qui est à la fois soumise à la loi du lieu de la siège de la banque . Pour une compte ouverte pour la gestion de la vie quotidienne du couple ou de l'un des conjoints ou partenaires, la loi régissant les contrats d'ouverture de comptes bancaires coïncide avec la loi de la résidence habituelle du couple. En revanche, il n'y aurait pas de coïncidence si la compte est ouverte dans une banque à l'étranger, situation dans laquelle le contrat de l'ouverture de la compte serait soumis à la loi locale de la siège de la banque, comme pratique courante dans ce genre de contrat. Une question possible serait l'ouverture de la compte dans une pays étranger qui ne reconnaisse pas les couples de personnes du même sexe. Dans ce cas, le problème ne serait pas probablement l'ouverture d'une compte individuelle pour l'un des conjoints ou partenaires, mais l'accès, la gestion et le recouvrement des fond par le conjoint ou partenaire survivant en cas d'incapacité ou mort du titulaire .

*β) Le besoin de consentement du conjoint ou partenaire pour la constitution des sûretés*

**311.** Un problème sur la question des sûretés sur les biens est le besoin de consentement du conjoint ou partenaire. En principe, ce consentement est (in)dispensable, selon le régime patrimonial qui le couple adopte. Au cas du mariage, les conditions d'exigence ou de libération du consentement du partenaire sont claires, en raison des règles formelles du mariage. Le partenariat informel a tendance à suivre ce même formalité, mais pas toujours selon la loi qui le régit . Pour les cas où l'exigence du consentement est nécessaire, selon la catégorie dans laquelle le couple s'encadre, il y a le problème de la méconnaissance de l'existence d'un partenaire qui devrait donner son consentement, pour la validité de la garantie établie. Cela se passe pour le partenariat informel, une fois qu'il n'est pas indiqué en matière d'état civil qu'il y a un partenaire, en raison de l'absence d'enregistrement sur l'existence du lien, mais aussi pour l'hypothèse du partenariat enregistré dans les systèmes où la formalité de l'enregistrement du partenariat n'altère pas l'état civil de célibataires des partenaires.

**312.** Pour l'exigence du consentement du conjoint ou partenaire lors de l'établissement des sûretés sur les biens immeubles pour garantir des obligations, l'on s'interroge sur la loi

applicable. Si l'on bascule entre la loi du système que régit le régime des biens, parce que l'acte a des conséquences patrimoniales pour le couple, et la *lex rei sitæ* ; celle-ci prévaut. La loi de la situation de l'immeuble indique les conditions et les formalités pour l'établissement d'une sûreté sur un bien immeuble, y inclus le caractère facultatif ou obligatoire du consentement du conjoint ou partenaire pour la validité de la garantie réelle.

**313.** Comme pour les garanties établies sur les biens immeubles, la question du consentement du conjoint ou partenaire est important pour les sûretés établies sur les biens meubles. En principe, ce consentement est (in)dispensable, selon le régime de biens qui le couple adopte. Pour les cas où l'exigence du consentement est nécessaire, selon la catégorie dans laquelle le couple s'encadre, il y a le problème de la méconnaissance de l'existence d'un partenaire qui devrait donner son consentement, pour la validité de la garantie établie. Cela se passe pour le partenariat informel, une fois qu'il n'est pas indiqué en matière d'état civil qu'il y a un partenaire, en raison de l'absence d'enregistrement sur l'existence du lien, mais aussi pour l'hypothèse du partenariat enregistré dans les systèmes où la formalité de l'enregistrement du partenariat ne altère pas l'état civil des partenaires comme « célibataires ».

**314.** Pour l'exigence du consentement du conjoint ou partenaire lors de l'établissement des sûretés sur les biens meubles pour garantir des obligations, l'on s'interroge sur la loi applicable. Si l'on bascule entre la loi du système que régit le régime des biens, parce que l'acte a des conséquences patrimoniales pour le couple, et la loi applicable aux biens meubles - soit la *lex rei sitæ*, soit la *mobilia sequuntur personam* - ; celle-ci prévaut. La loi applicable aux biens meubles indique les conditions et les formalités pour l'établissement d'une sûreté sur un bien immeuble, y inclus le caractère facultatif ou obligatoire du consentement du conjoint ou partenaire pour la validité de la garantie réelle . Il est important de dire que par assimilation, les critères appliqués pour les garanties sur les biens meubles s'appliquent aussi aux garanties établies sur les biens incorporels. Ainsi, dans les systèmes qui prévoient l'application de la *lex rei sitæ* aux biens meubles et immeubles, cette loi va discipliner la question du consentement du conjoint ou partenaire. Pour les systèmes légaux qui soumettent les biens immeubles à la *lex rei sitæ* et les biens meubles à la *mobilia sequuntur personam*, en appliquant la loi personnelle du propriétaire ou possesseur du bien – s'il y a la dépossession du bien du débiteur en faveur du créancier ou pas-, selon les règles en vigueur dans ce système ; celle-ci doit prévaloir.

## §2. Les devoirs pécuniaires

**315.** Le lien familial à travers un mariage ou un partenariat établit une série d'obligations entre les conjoints ou partenaires. Certaines obligations pécuniaires découlent exclusivement de la routine de la vie en couple, d'autres se fondent sur le rapport bilatéral de communion créé et sont exigées, même après la rupture de fait ou légale du couple, comme les prestations alimentaires. En tout cas, même si son exécution se prolonge au-delà de la vie ensemble du couple, son fondement est le lien une fois établi. Un lien, dont certains effets se prolongent dans le temps, même après sa dissolution.

### A. Les dettes

**316.** Pendant la vie en couple il n'est pas rare que les conjoints ou partenaires fassent des dettes, soit dans l'intérêt commun du couple, soit dans son propre intérêt individuel. D'ailleurs, certaines dettes s'originent des faits préalables au mariage ou au partenariat mais son paiement traverse la période de vie commune . Il faut examiner le régime légal de toutes ce dettes dans la vie en couple et surtout dans quelle mesure il y a de la solidarité entre les conjoints ou partenaires pour les dettes contractés auprès des tiers .

#### 1. Les dettes communes

**317.** Les dettes communes assument une énorme importance dans la vie en couple parce qu'elles marquent un compromis ensemble des conjoints ou partenaires .

##### *a) Les dettes pour le financement du logement*

**318.** Les dettes pour le financement du logement sont les dettes les plus importants pour le couple parce qu'elle symbolise le projet commun à travers le symbole du foyer. Certaines dettes s'originent des faits préalables au mariage ou au partenariat mais son paiement traverse la période de vie commune. Si en raison de l'occupation de cet immeuble comme le foyer, le

conjoint ou partenaire qui décide de contribuer aux prestations pendant le financement peut réclamer une partie de ce patrimoine .

***b) D'autres dettes d'intérêt commun au couple***

**319.** Les dettes ménagères consistent dans les dettes faites pour subsistance du couple ou les dépenses rattachées aux intérêts communes aux conjoints ou partenaires, comme la couverture des dépenses médicales des enfants du couple ou pour les financements de l'éducation des enfants, la réparation du logement . solidarité

**2. Les dettes personnelles**

**320.** Malgré interdépendance de la communion de la vie en couple, chaque conjoint ou partenaire suit sa vie avec autonomie, pour les questions financières. Il n'est pas rare qu'ils contraignent des dettes envers les tiers ou même vers l'autre conjoint ou partenaire, par des causes rattachées à la vie conjugale.

***a) Les dettes personnelles envers les tiers***

**321.** Dans leur vie quotidienne, les conjoints ou partenaires ont besoin de contracter des obligations auprès des tiers. Ces obligations génèrent des dettes. Ces sont des dettes contractés pour le financement d'un traitement médical spécifique ou pour le financement des matériaux ou des projets professionnels du conjoint ou partenaire qui fait la dette pour son propre bénéfice. Malgré la conséquence économique indirecte pour le couple, une fois que la dette affecte le conjoint ou partenaire qui a contracté la dette ; il n'est pas raisonnable de soumettre ces hypothèses à la loi qui régit le régime des biens du couple. La loi applicable est la loi qui régit l'obligation de laquelle la dette s'origine.

***b) Les dettes personnelles envers l'autre conjoint ou partenaire***

**322.** Il y a des système qui permettent la prévision des obligations entre les conjoints, punissable à travers des indemnités en cas de faute. Ces prévisions typiques de certains



systèmes légaux peuvent toucher le devoir de fidélité ou l'expectatif de fréquence des « rapports sexuels » entre les conjoints<sup>187</sup>. Même si ces prévisions semblent inappropriées et probablement utilisées par des figures publiques avec un redoutable intérêt médiatique, ces possibilités sont légales dans ces systèmes.

**323.** Comme ces clauses sont prévues aux contrats de mariage, à côté d'autres clauses patrimoniales, la loi applicable est la loi qui régit le régime patrimonial du couple.

## B. Les obligations alimentaires

**324.** La communion de vie entre les conjoints ou partenaires impose une obligation mutuelle de secours et de assistance, qui correspond au besoin de subsistance. Le devoir de subsistance matérielle se traduit à travers les obligations alimentaires, soit l'obligation d'exiger la contribution du conjoint ou partenaire aux frais ménagères, soit un devoir de pensionnement temporaire ou permanent à l'autre conjoint ou partenaire, sous certaines conditions. Chaque droit interne stipule la modalité et les conditions pour la concession des obligations alimentaires, si que les conditions pour sa révision et son recouvrement, en cas d'insolvabilité de l'obligation. En ce qui concerne les couples de personnes du même sexe, il faut analyser les conditions pour la concession, la modification et le recouvrement des obligations alimentaires, selon le traitement dispensé à ces couples et les contours du lien en DIP.

### 1. L'établissement des obligations alimentaires

**325.** L'établissement des obligations alimentaires peut avoir lieu à différents moments de la vie du couple : lors du relâchement du lien, pendant la durée du lien et même après la totale dissolution du couple. Comme ces obligations correspondent souvent à un pensionnement

---

<sup>187</sup> À titre d'exemple ou de curiosité, voici certains contrats connus dans les médias. Le contrat de mariage entre l'actrice Catherine Zeta-Jones et l'acteur Michael Douglas prévoyait le paiement du montant de US\$1.000.000,00, à madame, au cas d'affaire extraconjugale entamé par le mari. Le contrat de mariage de la chanteuse Jennifer Lopez prévoyait l'obligation du mari à maintenir des rapports sexuels avec son épouse, à une fréquence minimale de deux fois à la semaine, sous peine d'amende.

temporaire ou permanent à l'autre conjoint ou partenaire, il peut que les conditions du créancier ou du débiteur changent, ayant des conséquences sur l'obligation, qui doit se mettre à jour. Pour étudier la question de l'établissement des obligations alimentaires entre les conjoints ou partenaires du même sexe en DIP, l'on suit la méthode classique du DIP, en priorisant le conflit de juridictions et le conflit de lois.

#### *a) For compétent*

**326.** En matière d'obligations alimentaires, les États considèrent le domicile ou la résidence habituelle du créancier ou du débiteur des obligations alimentaires, ou la nationalité commune des conjoints ou partenaires ou celle de l'un deux, comme critère pour déterminer le for compétent. Compte tenu le caractère patrimonial des obligations alimentaires, certains États fondent leur compétence dans la matière sur le fondement de l'existence de patrimoine ou de la perception de revenus du débiteur dans sa juridiction, en attention au principe de l'effectivité, en priorisant la solvabilité de l'obligation au for. Pour les couples de personnes du même sexe, le problème serait la perméabilité du for à ces couples. Si le droit en vigueur au for ne les reconnaît pas ou les reconnaît sans reconnaître des obligations alimentaires qui découlent de leur lien, ils risquent de ne pas voir leur demande accueillie.

**327.** Le droit conventionnel est fécond au domaine des obligations alimentaires. Le thème a mérité l'attention internationale, surtout après la fin de la II Guerre Mondiale, en raison de la crise humanitaire suite au conflit. La première grande convention internationale sur le thème, la Convention de New York sur le recouvrement d'aliments à l'étranger du 1956, avait un profil alors innovateur, en priorisant la coopération internationale en dépit des critères conflictuels traditionnels, par le recours à l'autorité expéditrice de l'État du créancier et à l'autorité intermédiaire de l'État du débiteur. Subtilement, à travers la description de la mise en œuvre des mécanismes de coopération, la Convention applique une approche territoriale, en affirmant la compétence de l'autorité intermédiaire de l'État-Partie où se trouve le débiteur pour recevoir la demande d'obtention d'aliments<sup>188</sup> ou pour l'exécution d'une décision d'aliments originaire de n'importe quel État-Partie de la Convention<sup>189</sup>. La Convention de La Haye concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires du 1973 dicte de manière indirecte, comme condition pour la reconnaissance d'une décision en matière d'obligation alimentaire, les possibles critères de compétence

---

188 Voir l'article 3 de la Convention de New York sur le recouvrement d'aliments à l'étranger du 1956.

189 Voir l'article 5 de la Convention de New York sur le recouvrement d'aliments à l'étranger du 1956.

internationale à adopter : de manière autonome, le for de la résidence habituelle du créancier ou du débiteur, le for de la juridiction de la nationalité commune des parties, ou le for auquel le défendeur se soumet exprès ou tacitement<sup>190</sup> ; par dépendance à une question principale, le for compétent pour la question matrimoniale (divorce, séparation de corps, annulation ou nullité de mariage) de laquelle découle l'obligation alimentaire<sup>191</sup>. Comme la plus récente convention produit à la CHDIP sur le thème et ayant vocation à remplacer ladite convention du 1973, la Convention de La Haye sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille du 2007, ratifiée par plusieurs États qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe, utilise une technique semblable. Elle indique les critères de compétence internationale nécessaires pour la future reconnaissance d'une décision en matière d'obligations alimentaires : le for de la résidence habituelle du créancier ou du débiteur, le for de la juridiction de la nationalité commune des parties, le for auquel le défendeur se soumet exprès ou tacitement, le for élu par les parties, ou le for compétente pour une question d'état de personnes, si l'obligation alimentaire en découle<sup>192</sup>.

**328.** Au niveau régional, le thème des obligations alimentaires est aussi important. Au sein de l'UE, le Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires prévoit la juridiction de la résidence habituelle du créancier ou du débiteur des obligations alimentaires, ou la juridiction qui serait compétente, selon la loi du for pour action sur l'état de personnes ou sur l'autorité parentale, si l'obligation alimentaire en est accessoire<sup>193</sup>. Les parties ont la possibilité de choisir la juridiction d'un État membre dont l'une des parties a la nationalité ou la résidence habituelle, ou, pour des obligations alimentaires entre conjoints ou ex-conjoints, la juridiction qui serait compétente pour leurs différends matrimoniaux ou celle d'un État membre, où les conjoints avaient eu leur dernière résidence habituelle durant au moins un an<sup>194</sup>. La compétence attribuée par une convention est en principe exclusive.

---

190 Voir l'article 7 de la Convention de La Haye concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires du 1973.

191 Voir l'article 8 de la Convention de La Haye concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires du 1973.

192 Voir l'article 20 de la Convention de La Haye sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille du 2007.

193 Voir l'article 3 du Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

194 Voir l'article 4 du Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

**329.** Aux Amériques, la Convention Interaméricaine sur les obligations alimentaires du 1989 pose un critère conciliateur pour les différents droits internes de la région, en établissant, au choix du créancier, soit le for du domicile ou résidence habituelle du créancier, soit le for du domicile ou résidence habituelle du débiteur, soit le for où il existe du patrimoine du débiteur, qui pourrait servir à la solvabilité de l'obligation. Également la Convention consacre l'autonomie de la volonté, mais de manière tacite, par la prorogation de la compétence du for auquel le débiteur comparaît spontanément<sup>195</sup>. Pourtant, si la Convention reconnaît également ces mêmes fors pour les actions visant une majoration des aliments en faveur du créancier, elle limite la compétence pour les actions d'extinction ou de réduction d'aliments au for qui a statué originalement les aliments, comme une prorogation de compétence<sup>196</sup>.

**330.** Face à la profusion de conventions internationales sur le thème, qui seront utilisées, selon les circonstances de chaque affaire ; il est important de souligner que tous ces instruments serviraient à la cause des couples de personnes du même sexe. Même les conventions les plus anciennes, comme la Convention de New York sur le recouvrement d'aliments à l'étranger du 1956, qui fait référence à une personne ayant droit aux aliments<sup>197</sup>, adoptent des formules neutres comme les époux ou ex-époux, qui pourraient être employées par les États-Parties desdites conventions, selon leur bonne volonté et les limites de l'ordre public.

### ***b) Loi applicable***

**331.** En droit interne, la loi applicable à l'établissement ou à la révision des obligations alimentaires priorise le domicile ou la résidence habituelle du créancier des aliments. Cette pratique favorise le principe de la protection, une fois que le créancier est la partie la plus vulnérable dans le rapport. L'on utilise aussi la loi du domicile ou de la résidence habituelle du débiteur, si que la loi de la nationalité de l'une des parties ou de leur nationalité commune. Il est très intéressant d'observer qu'en matière de loi applicable aux obligations alimentaires, l'on prévoit parfois l'application de la loi du for, comme une stratégie pour garantir les aliments au potentiel créancier, qui ne les obtiendrait pas à travers les critères traditionnels. Comme pour d'autres thèmes relatifs aux couples de personnes du même sexe, il est important que la loi applicable ne soit pas discriminatoire à l'égard de ces couples, sous peine de les

---

195 Voir l'article 8 de la Convention Interaméricaine sur les obligations alimentaires du 1989.

196 Voir l'article 9 de la Convention Interaméricaine sur les obligations alimentaires du 1989.

197 Voir l'article 1 de la Convention de New York sur le recouvrement d'aliments à l'étranger du 1956.

priver des aliments. Même si, au monde actuel, le pensionnement des époux ou ex-époux ne se fasse de manière plus limitée, aux cas où un (ex-)époux a nécessité d'aliments par un motif grave et se trouve impossibilité d'obtenir de ressources par soi-même, le thème est relevant pour les couples homosexuels.

**332.** En droit conventionnel, l'on aperçoit une grande importance au Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2007 sur le thème de la loi applicable, parce que sa répercussion se fait aussi au niveau de l'UE, une fois que l'article 15 du Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires renvoi à l'application du Protocole, pour la détermination de la loi applicable sous le Règlement. Malgré la consécration de la loi de la résidence habituelle du créancier, comme règle générale par le Protocole, même s'il y a un changement de résidence, pour une question de modification de l'obligation, cas où la loi de la nouvelle résidence sera appliquée<sup>198</sup> ; cette règle n'est absolue. Les parties peuvent choisir, s'il ne s'agit pas d'un (ex)époux incapable, la *lex patriae* de l'une des parties, la loi de l'État de résidence habituelle de l'une des parties, la loi applicable aux rapports patrimoniaux entre les parties (même si elle s'agit de la *lex voluntatis*) ou la loi applicable au divorce ou séparation du couple, même si par force du choix des parties<sup>199</sup>. En plus, pour les époux ou ex-époux, l'opposition à la loi de la résidence habituelle du créancier se fait au nom du principe de la proximité, qui permet de remplacer cette loi-ci par la loi de la dernière résidence habituelle conjugale<sup>200</sup>.

**333.** Au niveau régional américain, la Convention Interaméricaine sur les obligations alimentaires du 1989, à son tour, se guide par le principe de la protection pour déterminer la loi applicable aux obligations alimentaires. Elle prévoit le choix entre la loi du domicile ou résidence habituelle du créancier ou celle du domicile ou résidence habituelle du débiteur, à être décidé par l'autorité compétente pour examiner le cas, de manière que la loi la plus favorable au créancier soit appliquée<sup>201</sup>.

**334.** Après l'analyse des critères de compétence juridictionnelle et les rattachements pour la loi applicable aux traités sur la matière, il faut examiner l'application de ces instruments internationaux, pour se concentrer sur ceux qui s'appliqueraient aux obligations découlant des rapports de mariage ou partenariat entre personnes du même sexe . Il est important de dire que

---

198 Voir l'article 3 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2007.

199 Voir l'article 8 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2007.

200 Voir l'article 5 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2007.

201 Voir l'article 6 de la Convention Interaméricaine sur les obligations alimentaires du 1989.

tous les traités ci-dessus permettent leur application aux couples de personnes du même sexe. S'ils ne font pas mention exprès aux conjoints ou partenaires du même sexe, ils prévoient tous leur application aux obligations alimentaires dérivées du mariage et aux rapports de « famille ». Malgré la référence très générale, l'interprétation du concept de famille inclue les couples de personnes du même sexe. Comme pour autres matières, le droit conventionnel existant peu être appliqué en leur bénéfice, à travers la conjugaison d'une interprétation non restrictif des rapports de famille auxquels se dirigent les traités et du principe de l'ordre public : les obligations alimentaires seront établies et circuleront parmi le cercle d'États qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe .

## 2. Le recouvrement des aliments

**335.** Compte tenu l'incidence d'insolvabilité des obligations alimentaires, il est souvent nécessaire à procéder à la reconnaissance et à l'exécution de la décision au for où le paiement de l'obligation serait possible : soit le for de la résidence ou domicile du débiteur, soit le for où il existe du patrimoine suffisant du débiteur pour supporter l'exécution de l'obligation.

### *a) La reconnaissance des décisions étrangères en matière d'obligations alimentaires*

**336.** Le premier pas pour obtenir la satisfaction de l'obligation alimentaire dans une juridiction étrangère est reconnaître la décision qui établit l'obligation. Chaque État a ses règles pour reconnaître des décisions étrangères, mais à la base il y a toujours trois conditions : l'examen de la compétence indirecte de l'autorité qui ait prononcé la décision, le respect au contradictoire, avec la communication du litige au défendeur et l'opportunité pour qu'il présente les arguments et les preuves de son droit, en plaidoirie, et le respect à l'ordre public. Le droit conventionnel facilite énormément la circulation de décisions étrangères, à travers les mécanismes de coopération internationale, avec des mécanismes qui simplifient les procédures et la bureaucratie pour la reconnaissance. La compétence indirecte de l'autorité qui a rendu la décision se constate face à l'une des hypothèses choisies par chaque traité pour la matière. Au domaine des obligations alimentaires, le droit conventionnel existant reproduit les critères déjà exposés pour la pratique des États. En espèce, il est important d'observer que

le Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires établit des différences pour la reconnaissance des décisions rendues en matière d'obligations alimentaires. D'un côté, si la décision provient d'un État-Membre lié par le Protocole de La Haye, la reconnaissance se fait de plein droit, sans possibilité de la contester<sup>202</sup>. D'autre côté, si la décision est originaire d'un État-Membre non lié par le Protocole de La Haye, la reconnaissance se fait aussi de plein droit, mais tout partie intéressé peut agir visant la reconnaissance, en cas de contestation<sup>203</sup>.

**337.** Pour les couples de personnes du même sexe, la question de l'ordre public revient comme facteur décisif pour la reconnaissance de la décision étrangère sur l'obligation alimentaire : il faut que le système légal de l'État d'origine et celui de l'État requis soient en harmonie, en matière de reconnaissance de couples de personnes du même sexe et de reconnaissance d'obligations alimentaires à ce couples, pour que la reconnaissance de ladite décision ne soit pas refusée à cause d'incompatibilité avec l'ordre public.

#### ***b) L'exécution des décisions étrangères en matière d'obligations alimentaires***

**338.** Les mêmes commentaires pour le refus ou la reconnaissance de la décision étrangère en matière d'obligation alimentaire relative aux (ex-)conjointes ou (ex-)partenaires du même sexe s'appliquent pour son exécution, en ce qui concerne l'identité de sexe des (ex-)conjointes ou (ex-)partenaires. Au domaine des obligations alimentaires, le droit conventionnel existant joue un rôle décisif pour assurer l'exécution : il y a des systèmes privilégiés pour l'exécution entre des États qui sont liés par certains traités, comme le Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, qui établit possiblement les règles les plus efficaces sur le thème. D'un côté, si la décision reconnue provient d'un État-Membre lié par le Protocole de La Haye, elle jouit de force exécutoire, sans besoin d'une déclaration de sa force exécutoire. Et cependant le débiteur a deux possibilités pour bloquer l'exécution : demander de surseoir ou refuser l'exécution pour des circonstances, respectivement, telles que la litispendance internationale et la prescription du droit exécutoire, dans l'État d'accueil de la

---

<sup>202</sup> Voir l'article 17 du Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

<sup>203</sup> Voir l'article 21 du Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

décision<sup>204</sup> ; ou demander un réexamen de la décision, dans l'État d'origine de la décision, en raison de sa non comparution devant le juge qui a rendu ladite décision<sup>205</sup>. D'autre côté, si la décision reconnue provient d'un État-Membre non lié par le Protocole de La Haye, l'exécution se fait dans un autre État-Membre, après ladite décision être déclarée exécutoire par demande d'une partie intéressé, mais les recours et pourvois en cassations sont admissibles<sup>206</sup>.

## **Conclusion de la Section 1**

**339.** Les effets patrimoniaux couvrent un vaste domaine de la vie quotidienne des couples de personnes du même sexe. La base des rapports patrimoniaux des conjoints et partenaires du même sexe, comme pour d'autres couples, est, respectivement, leur régime matrimonial et leur régime patrimonial de partenariat. Il appartient à la loi régissant le régime matrimonial ou patrimonial de déterminer l'approche en ce qui concerne le partage ou pas des biens du couple et les prérogatives qui en découlent pour l'administration et disposition de leurs biens au jour au jour.

**340.** Parallèlement au régime matrimonial ou patrimonial du partenariat, il y a certains droits patrimoniaux qui possèdent une importance singulière pour le couple, comme le droit au logement et les prérogatives pour l'organisation financière du couple, en ce qui concerne leurs activités professionnels et revenus personnels. Les obligations alimentaires, établies pendant et après la dissolution du couple, reçoivent un traitement spécifique, en jouissant de l'autonomie depuis longtemps reconnue en DIP, même quand elles dérivent de la dissolution du lien du couple. Comme ces obligations alimentaires découlent des rapports de famille, malgré leur autonomie, elles élisent des critères en DIP qui s'ajustent au statut personnel.

---

204 Voir l'article 20 du Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

205 Voir l'article 19 du Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

206 Voir l'article 25 du Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.



## **Section 2. Les effets personnels**

**341.** A part le côté matériel des rapports patrimoniaux, la vie en couple apporte plusieurs effets immatériels – même si leurs violations peuvent être quantifiées parfois monétairement – au quotidien des conjoints ou partenaires. Ces divers effets personnels qui touchent soient les deux conjoints ou partenaires, soient l'un d'eux, comportent un élément de l'individualité de la personne, comme les droits de la personnalité ou le statut individuel de chacun d'eux.

### **§1. Les devoirs et prérogatives**

**342.** La vie en couple impose certaines obligations entre les conjoints ou partenaires qui dépassent le caractère patrimonial. D'ailleurs, le lien de mariage ou partenariat légitime les conjoints ou partenaires à agir comme tels au profit de l'autre conjoint ou partenaire.

#### **A. Les devoirs**

**343.** La vie commune des conjoints ou partenaires crée l'expectatif d'exiger de l'autre conjoint ou partenaire un tel comportement ou de s'abstenir de avoir certains comportements.

##### **1. Les devoirs traditionnels de la vie en couple**

**344.** Le mariage s'est érigé sur deux piliers de devoirs traditionnels entre les conjoints : la fidélité et la cohabitation. À mesure que le partenariat s'approche, en large ou limité degré, du profil du mariage, ces mêmes devoirs sont en principe reproduits pour le partenariat.

### ***a) Le devoir de fidélité et loyauté***

**345.** La fidélité des époux était à la base du mariage traditionnel pour garantir la légitimité des enfants, en raison de la présomption de paternité. L'exclusivité de rapports sexuels entre les conjoints était la solution idéale pour garantir la procréation légitime, à travers les rapports sexuels exclusifs entre les conjoints. Même si l'adultère était une circonstance pour dissoudre le mariage, pour imputer de la culpabilité pour la rupture avec des conséquences au conjoint infidèle et pour soutenir des conséquences à l'égard du complice d'adultère ; l'on sait que les charges d'adultère étaient majoritairement portées contre les femmes, rarement contre les maris. De nos jours, les changements sociaux dénoncent une tolérance envers l'infidélité. Les récits des couples qui mènent un « rapport ouvert », selon certaines conditions accordées entre les conjoints ne sont pas rares. Le concept de infidélité lui-même est questionnable, en raison des facilités de communication qui permettent le « sexe en ligne », si l'on surpasse la notion traditionnelle d'infidélité restreinte aux rapports sexuels. Malgré une certaine ouverture, la fidélité reste comme un devoir des conjoints l'un vers l'autre. L'on s'interroge si le partenariat exige aussi la fidélité, une fois que certains systèmes remplacent la fidélité par la notion de loyauté, ce qui susciteraient une réflexion si celle-ci inclurait celle-là ou si la loyauté permettrait une libération des rapports sexuels exclusives, à condition d'être permises préalablement par les partenaires de forme loyale.

**346.** En ce qui concerne la dimension du devoir de fidélité ou loyauté en DIP, il faut déterminer la loi applicable à ce devoir comme un effet personnel du lien, si que les éventuelles conséquences de sa rupture, comme les sanctions en matière de divorce, séparation de corps ou dissolution du partenariat. La plupart des systèmes légaux conditionnent les effets personnels du lien à la loi personnelle des conjoints ou partenaires. Quand les conjoints ont des nationalités distinctes, il y a souvent une règle subsidiaire de rattachement à la loi du domicile ou de la résidence habituelle des conjoints.

**347.** Il est important aussi de déterminer la loi applicable aux sanctions de la rupture du devoir de fidélité, comme l'annulation d'une donation faite au complice de l'adultère. Une donation souvent faite sans le consentement du conjoint trahi, dans le cas où son consentement n'est pas exigé, comme le régime de séparation des biens. Comme conséquence d'un effet personnel du lien, la plupart des systèmes légaux conditionnent ces sanctions à la loi personnelle des conjoints ou partenaires. Quand les conjoints ont des nationalités distinctes, il y a souvent une règle subsidiaire de rattachement à la loi du domicile ou de la

résidence habituelle des conjoints. Une question qui se pose est le choix entre cette loi personnelle des conjoints ou la *lex rei sitae* pour l'annulation de la donation, dont l'objet est un bien immeuble.

### ***b) Le devoir de cohabitation***

**348.** La cohabitation était aussi à la base du mariage traditionnel comme conséquence de la vie en commun mais aussi comme condition nécessaire au devoir de fidélité, pour le partage du lit matrimonial. Même si la cohabitation est flexibilisée dans certains systèmes légaux et s'il y a une tolérance pour une rupture temporaire de ce devoir, en raison des implications de la vie moderne, comme le déménagement temporaire de l'un des conjoints pour des raisons professionnelles ; il subsiste une présomption du devoir de cohabitation entre les conjoints et souvent entre les partenaires. Si la cohabitation des conjoint ou partenaires sert à prouver le partenariat informel, sa cessation est souvent utilisée comme élément de preuve pour la dissolution du lien et sert, dans certains cas, pour faire preuve des délais à compter dans les cas de rupture.

**349.** En ce qui concerne la dimension du devoir de cohabitation en DIP, il faut déterminer la loi applicable à ce devoir comme un effet personnel du lien, si que les éventuelles conséquences de sa rupture, comme les sanctions en matière de divorce, séparation de corps ou dissolution du partenariat. La plupart des systèmes légaux conditionnent les effets personnels du lien à la loi personnelle des conjoints ou partenaires. Quand les conjoints ont des nationalités distinctes, il y a souvent une règle subsidiaire de rattachement à la loi du domicile ou de la résidence habituelle des conjoints.

## **2. Le devoir d'assistance**

**350.** La formule classique de célébration du mariage religieuse qui prévoit l'agrément des mariés représente le devoir d'assistance, quand les mariés acceptent l'un l'autre « dans la joie et la tristesse, dans la maladie et la santé ». La communion de vie entre les conjoints impose un devoir d'assistance entre les conjoints et partenaires, et dans certaines conditions, aux beaux-parents, par une présomption d'alliance entre les familles, en raison du lien établi.

***a) Le devoir d'assistance réciproque entre les conjoints ou partenaires***

**351.** La communion de vie entre les conjoints impose un devoir d'assistance entre les conjoints et partenaires. Le devoir d'assistance aux beaux-parents se situe au niveau horizontal du rapport entre les conjoints ou partenaires.

**352.** En ce qui concerne la dimension du devoir de cohabitation en DIP, il faut déterminer la loi applicable à ce devoir comme un effet personnel du lien, si que les éventuelles conséquences de sa rupture, comme les sanctions en matière de divorce, séparation de corps ou dissolution du partenariat. La plupart des systèmes légaux conditionnent les effets personnels du lien à la loi personnelle des conjoints ou partenaires. Quand les conjoints ont des nationalités distinctes, il y a souvent une règle subsidiaire de rattachement à la loi du domicile ou de la résidence habituelle des conjoints.

***b) Le devoir d'assistance étendue par l'alliance***

**353.** La communion de vie entre les conjoints impose un devoir d'assistance entre les conjoints et partenaires, et dans certaines conditions, aux beaux-parents, par une présomption d'alliance entre les familles, en raison du lien établi. Le devoir d'assistance aux beaux-parents se situe au niveau horizontal du rapport entre les conjoints ou partenaires. C'est comme si le devoir serait transmis par une fiction juridique d'un conjoint ou partenaire à l'autre, comme un sort de représentation. C'est comme s'il y avait de la solidarité entre les conjoints ou partenaires et le devoir d'assistance aux parents serait transmis au conjoint ou partenaire, en raison d'une communion de vie qui emporterait de la solidarité envers les ascendants.

**354.** En ce qui concerne la dimension du devoir de cohabitation en DIP, il faut déterminer la loi applicable à ce devoir comme un effet personnel du lien, si que les éventuelles conséquences de sa rupture, comme les sanctions en matière de divorce, séparation de corps ou dissolution du partenariat. La plupart des systèmes légaux conditionnent les effets personnels du lien à la loi personnelle des conjoints ou partenaires. Quand les conjoints ont des nationalités distinctes, il y a souvent une règle subsidiaire de rattachement à la loi du domicile ou de la résidence habituelle des conjoints.

## B. Les prérogatives

**355.** En dépit d'une série d'obligations qui découlent du rapport entre les conjoints ou partenaires, il y a une série de prérogatives, comme des droits garantis en raison du lien légal.

### 1. La légitimité pour les situations médicales et funestes

**356.** La vie du couple n'est pas toujours une mer de roses et les conjoints ou partenaires ont souvent besoin de prendre des décisions sérieuses et rapidement sur la santé ou la mort de l'autre conjoint. Ces décisions découlent d'un devoir de solidarité envers le conjoint ou partenaire malade ou décédé, mais constitue surtout une aspiration du conjoint ou partenaire survivant ou en conditions d'agir en vue de proportionner un traitement le plus digne possible à ce avec qui il a décidé de partager sa vie.

#### *a) La légitimité pour les visites et décisions en matière médicale*

**357.** Probablement dans un moment dans la vie en couple, les conjoints ou partenaires succombent aux maladies graves ou délicates, qui exigent certains soins ou traitements spécifiques, ou aux chirurgiens ou traitements médicaux d'urgence, en raison des circonstances soudaines. Circonstances dans lesquelles, aucun individu n'a pas les conditions physiques et intellectuelles de décider par soi-même ou de manifester son agrément -s'ils ne l'ont pas fait en avance de façon préventive - à certaines décisions sur les traitements médicaux, qui exigent quelques fois d'urgence. Des réflexions sur la loi applicable à la légitimité des décisions médicales au nom du conjoint ou partenaire, en raison de son impossibilité de le faire, suscitent des doutes. D'abord, il convient rattacher la question à la loi personnelle, une fois que les décisions sur son propre corps intègre les droits de la personnalité. Même si c'est le conjoint ou partenaire en conditions de manifester la décision au nom de l'autre conjoint, la loi applicable est la loi personnelle (loi nationale, loi du domicile ou loi de la résidence habituelle, selon les critères de DIP du système légal) du conjoint ou partenaire malade et dépourvu momentanément de manifester sa volonté sur les traitements médicaux que lui-même doit subir.

## ***b) La légitimité pour l'organisation des funérailles et la destination des dépouilles***

358. Malheureusement, même pour les couples qui vivent longtemps en harmonie, sans défaire le lien légal, il peut que la mort de l'un des conjoints ou partenaires arrive. Dans ces circonstances tragiques, le conjoint ou partenaire survivant, même encombré par la perte, réunit ses forces pour organiser les funérailles du défunt et de déterminer la destination des ses dépouilles, selon la volonté du de cujus ou en suivant les prescriptions de la religion adoptée par le défunt. Monsieur Gautier a été l'un des pionniers à s'interroger sur la légitimité du concubin survivant à décider sur le lieu de la sépulture du concubin décédé. Il considérait que la loi du lieu du décès par une question territoriale et la loi personnelle du de cujus auraient une vocation à être appliquées à ce genre de questions, mais il préférait la loi personnelle du défunt<sup>207</sup>. Le choix pour la loi personnelle est très appropriée pour statuer sur toutes les questions rattachées aux obsèques du défunt, une fois que, par fiction juridique, les dépouilles symbolisent la personne elle-même et corresponde à une « prorogation de la personnalité juridique du défunt ». Ainsi, il est bien recommandable que la loi personnelle du défunt soit appliqué pour déterminer qui, parmi les proches du cercle de proximité du défunt, aurait la légitimité pour organiser ses funérailles, où ils seraient faits et décider sur la destination de ses dépouilles, comme la possibilité de crémation ou inhumation, ou si les funérailles suivraient un certain rite religieux . Pour les cas de personnes du même sexe, il peut que la loi personnelle du défunt reconnaisse le couple, mais pas la loi du lieu du décès. Si la loi du lieu du décès ne reconnaît ces couples ni reconnaît les liens légaux établis valablement dans des juridictions qui les reconnaissent, il y aura des difficultés pour le conjoint ou partenaire survivant à accomplir les dernières volontés du défunt ou ce qu'il imagine comme telles, même pour demander le transport des dépouilles à un autre État, où les funérailles seraient organisé et auquel les dépouilles seraient destinées.

## 2. La légitimité pour les situations spéciales

---

207 GAUTIER, Pierre-Yves. *L'union libre en Droit International privé : étude de droit positif et prospectif*. LAGARDE, Paul (dir.). Université Panthéon-Sorbonne. Paris. 419p. 1986. p. 294-295.

**359.** Il y a certaines situations spéciales qui exigent une légitimité à titre de conjoint ou partenaire pour lui permettre d'exercer un certain droit au bénéfice de l'autre conjoint ou partenaire ou de s'en exonérer pour ces fins.

***a) Refuser le témoignage contre le conjoint ou partenaire***

**360.** Il y a plusieurs systèmes légaux qui libèrent les citoyens de leur devoir de témoigner, dans certaines situations, comme le secret professionnel ou l'existence d'un rapport spécial entre le témoin et la personne qui peut être touchée par le témoignage. Dans certains cas, il est même interdit le témoignage, en raison d'un tel lien ou quand il y a un lien entre le témoin et un opérateur de droit qui soit connecté au dossier sous examen juridique. Pour ces situations, c'est la loi du for que détermine ces conditions. L'on revient sur les leçons de l'École statutaire italienne, quand Balduini enseigne que l'on distingue les questions matérielles d'un affaire des questions procédurales auxquelles l'on doit appliquer, respectivement, la *lex causæ* et la *lex fori*. Comme le témoignage est une preuve, une question processuelle ; l'on doit appliquer la loi du for, la loi qui régit le procès ou l'affaire suit en justice.

**361.** Pour les couples de personnes du même sexe, il faut évaluer cette loi du for où le procès court reconnaît les couples de personnes du même sexe. Seulement si cette loi les reconnaît, il sera possible d'évoquer le lien légal pour libérer le témoin du devoir de témoignage ou pour l'empêcher de le faire.

***b) Visitation carcérale***

**362.** La visitation carcérale, même pour une fréquentation intime, est un droit prévu en faveur du détenu, mais aussi de son conjoint ou partenaire. Chaque État détermine les conditions dans lesquelles ce droit est permis, suspendu ou supprimé pour le détenu ; et s'il est offert seulement aux conjoints ou à d'autres types de rapports légaux. Récemment, au nom des droits de l'Homme, plusieurs États ont ouvert la visite intime carcérale aux conjoints ou partenaires du même sexe. La loi compétente à régir le droit de visite intime carcérale est la loi du lieu où le détenu qui bénéficiera de la visite paie sa peine. Comme la gestion du système prisonnier a un caractère administratif – même quand l'État lègue aux particuliers certaines tâches de l'administration pénitentiaire –, la loi applicable a un caractère territorial. Si le détenu jouit d'un type d'aide financière, comme bénéficie d'aide à sa famille, ce même loi

du lieu où il paye sa peine détermine les conditions pour qu'un conjoint ou partenaire du même sexe puisse en jouir.

## §2. La condition individuelle

**363.** Malgré le caractère bilatéral de tout rapport de mariage ou partenariat, il y a des questions qui touchent spécialement à l'individu, en tant que questions personnelles, rattachées à son identité, ou découlant de sa condition comme étranger.

### A. Effets rattachés au statut personnel

**364.** Il y a des questions qui touchent directement à l'individu, en tant qu'éléments de son identité, qui le singularisent par rapport aux autres individus. H. Batiffol e P. Lagarde précisent que le statut personnel regroupe les règles relatives à l'identification individuelle des personnes « (nom, domicile, état civil) et à leurs relations de famille (mariage et filiation) abstraction faite du régime des biens, c'est-à-dire du régime matrimonial et des successions »<sup>208</sup>.

#### 1. Effets rattachés à l'enregistrement civil

**365.** L'enregistrement civil a le but d'enregistrer tout acte civil de la vie de l'individu. Si l'enregistrement civil sert à contrôler les individus, il est utile pour faire preuve de la condition de l'individu, avec tous les éléments personnels de son identité. Dans le cas de couples de personnes du même sexe, il sert à protéger les conjoints et partenaires à travers la reconnaissance de leur lien et des changements sur leur condition qui découlent du lien légal établi.

---

208 H. Batiffol et P. Lagarde, tome I, n.º 277.



**366.** Le livret de famille sert comme un dossier qui réunit les renseignements rattachées à la succession d'actes civils du parcours de vie d'individu. Il permet de tracer les branches familiales auxquelles l'individu est rattaché au niveau vertical et horizontal, où s'inscrit le lien de mariage ou partenariat. Il relève par conséquent l'état civil de l'individu. Le livret de famille sert de base ou référentiel à partir duquel d'autres documents sont délivrés comme les certificats et il fournit des renseignements utiles pour des dossiers. Le Koseki japonais et les livres notariaux du droit ibéro-américain équivalent dans une certaine mesure au livret de famille. Si le livret de famille ou l'équivalent part à sa constitution de la loi nationale du système qui l'organise et duquel l'individu est ressortissant ; les changements dans le livret sont conditionnés à la loi personnel de l'individu. Quand cette loi personnelle corresponde à la *lex patriae*, il n'y a pas de mystère, mais quand la loi personnelle est la loi du domicile ou de la résidence habituelle, il peut avoir des conflits.

#### **a) *L'état civil***

**367.** Comme l'état civil corresponde à l'indication de l'état de l'individu par rapport à sa situation de lien familial ou son inexistence, il relève évidemment l'existence d'un mariage ou partenariat. L'état civil est une information important pour le livret de famille, dans lequel il apparaît, mais l'état civil est constaté aussi à travers les documents comme les pièces d'identité, les cartes de conduites ou les passeports. L'état civil intègre le statut personnel de l'individu, raison pour laquelle il est régi par la loi personnel de l'individu. Quand cette loi personnelle corresponde à la *lex patriae*, il n'y a pas de mystère, mais quand la loi personnelle est la loi du domicile ou de la résidence habituelle, il peut avoir des conflits.

**368.** Une question intéressante est l'indication de l'état civil des partenaires, dans le cas du partenariat informel, parce son absence d'enregistrement, et dans le cas de partenariat enregistré dans certains systèmes légaux, où il consiste en une convention faite par les partenaires devant le notaire, mais qui n'atteint pas le livret de famille. Dans ces hypothèses, le lien de partenariat n'impose pas un changement d'état civil et les partenaires maintiennent leur état civil original, comme célibataires, veufs ou divorcés. Même dans ces cas, la loi personnelle des partenaires est la loi applicable. L'absence de mention à l'état civil découle de la loi applicable. Comme l'on a déjà expliqué, il y a des problèmes pour certaines actes de la vie civile, comme l'établissement des sûretés par l'un de partenaires, en raison de l'absence de consentement de l'autre partenaire, qui serait ainsi inconnu.

## ***b) Le nom***

**369.** Le nom est un élément essentiel de l'identité de l'individu. En raison du lien familial établi, il peut que les conjoints ou partenaires décident de choisir un nom de famille qui permet d'identifier le couple et les possibles enfants, à venir dans leur projet familial. Pendant des siècles, les systèmes légaux ont adopté des règles qui priorisait le nom de famille du mari en dépit de celui de la femme, par des raisons sexistes. De nos jours, plusieurs États ont surmonté cette discrimination et offrent des choix aux conjoints ou partenaires, pour adopter un nom de famille commun à leur gré ou l'option de conservation du nom original de chaque conjoint ou partenaire. Partie intégrale du statut personnel de l'individu, le nom et son changement est régi par la loi personnel de l'individu. Quand cette loi personnelle corresponde à la *lex patriae*, il n'y a pas de mystère, mais quand la loi personnelle est la loi du domicile ou de la résidence habituelle, il peut avoir des conflits.

**370.** Il est intéressant d'observer que le changement de nom des conjoints ou partenaires, soit par l'établissement d'un rapport de mariage ou partenariat, soit par la dissolution du lien, est régi par la loi personnelle. Dans ce sens, Monsieur Bucher observe :

« Lorsqu'un événement d'état civil cause un changement de nom, il est parfois difficile de déterminer le centre de vie de la personne à ce moment précis, du fait qu'un tel événement (notamment le mariage et le divorce) peut entraîner un changement du domicile. En pareil cas, un domicile antérieur ne doit pas entrer en considération ; même si la personne y séjourne encore, il n'y a plus de domicile dès le moment où le projet de l'abandonner a été mis en exécution. Cependant, la personne ne s'est parfois trouvée que peu de temps à son nouveau lieu de séjour. Si le domicile suppose, certes une présence physique de la personne, c'est l'intensité des liens avec le lieu ou le pays de séjour qui est cependant décisive. La modification intervenant dans l'état civil de la personne peut précisément démontrer l'intention d'établir le centre de vie. De tels cas peuvent se produire notamment à l'occasion d'un mariage, lorsque, par exemple, l'un des époux rejoint le domicile de l'autre ou que les deux époux s'installent dans un autre pays pour y vivre ensemble. Il suffit alors que le séjour en Suisse débute au moment du mariage.<sup>209</sup>»

---

209 BUCHER, op. Cit. p. 266.

## 2. Effets rattachés à la capacité

371. Il y a certaines situations spéciales qui exigent une légitimité à titre de conjoint ou partenaire pour lui permettre d'exercer un certain droit au bénéfice de l'autre conjoint ou partenaire ou de s'en exonérer pour ces fins.

### *a) La protection du conjoint ou partenaire vulnérable*

372. Il y a des circonstances qui prive l'individu de l'exercice de sa capacité civile . Il a besoin d'un représentant qui pourra veiller sur ses intérêts et sur soi même. Le plus convenable dans une vie en couple est que l'autre conjoint ou partenaire puisse le faire, puisse agir en tutelle de son conjoint ou partenaire affaibli. La loi applicable à cette tutelle et à déterminer qui a la légitimité pour la demander est la loi personnelle du bénéficiaire de la tutelle. Ainsi, la loi applicable est la loi personnelle (loi national, loi du domicile ou loi de la résidence habituelle, selon les critères de DIP du système légal) du conjoint ou partenaire malade et dépourvu momentanément d'exercer sa capacité civile.

### *b) L'émancipation*

373. Pour le cas de mineurs que se marient ou enregistrent un partenariat, cet acte qui suppose de la maturité et qui requiert de la capacité civil, l'acquisition de la capacité civile, comme une conséquence du lien. Comme la capacité fait partie du statut personnel, il est naturel que son anticipation à travers l'émancipation soit régi par la la loi personnel de l'individu. Quand cette loi personnelle correspond à la *lex patriae*, il n'y a pas de mystère, mais quand la loi personnelle est la loi du domicile ou de la résidence habituelle, il peut avoir des conflits. Comme l'émancipation dérive de la célébration du mariage ou de l'enregistrement du partenariat, il peut avoir des doutes sur l'adéquation de la loi personnelle de l'individu ou la loi qui régit la création du lien (la *lex loci celebrationis*, pour le mariage, et la loi du lieu de l'enregistrement du partenariat, pour le partenariat enregistré). Et cependant, la loi applicable est la loi personnelle (loi national, loi du domicile ou loi de la résidence habituelle, selon les critères de DIP du système légal) du conjoint ou partenaire qui bénéficie de l'émancipation.

## B. Effets rattachés au conjoint ou partenaire étranger

**374.** Comme la vie en famille consiste en une vie commune, il est naturel que la reconnaissance du lien familial des couples de personnes du même sexe suscite l'expectatif qu'on garantisse que le couple ne risque pas des obstacles à vivre ensemble en raison de la discrimination basée sur la nationalité des conjoints ou partenaires. L'on espère que le conjoint ou le partenaire étranger ait la possibilité d'obtenir le droit de séjour pour vivre à côté de son conjoint ou partenaire et qu'il ait la possibilité d'acquérir la nationalité de son conjoint ou partenaire, pour encourager l'intégration familiale au sein de l'État de ladite nationalité. L'on vérifie le conflit entre la souveraineté des États qui détiennent le monopole pour administrer le séjour des étrangers sur son territoire et la concession de sa propre nationalité face aux besoins de accueillir des familles mixtes et faciliter leur intégration.

### 1. Le droit de séjour

**375.** Le droit de séjour est essentiel au conjoint ou partenaire étranger qui veille cohabiter avec son conjoint ou partenaire qui a la nationalité ou un titre équivalent à un séjour permanent de l'État où le couple vit. La concession du droit de séjour suit des règles souvent strictes, selon la politique immigratoire de l'État de concession et est normalement faite de manière discrétionnaire, en priorisant l'intérêt public de l'État.

#### *a) La concession*

**376.** En raison de la souveraineté de l'État, qui est en échec en matière des droits des étrangers sur son territoire, la loi applicable à la concession du droit de séjour n'est que la loi de l'État requis. Cette loi détermine de manière impérative les conditions pour l'obtention du droit de séjour, comme les documents à fournir et surtout les délais nécessaires, même quand cette loi offre des conditions plus assouplies, en raison du lien familial existant avec un national.

**377.** Compte tenu la souveraineté de chaque État et les différents modèles familiaux adoptés pour les couples de personnes du même sexe, il y a des différences pour la concession

du droit de séjour d'un État à l'autre. Certains États ne font pas de distinction en matière de conditions ni de délais entre le partenariat et le mariage, mais il y a des États qui conditionnent la concession du droit de séjour fondée sur un lien de partenariat aux délais plus longs et aux conditions plus rigides que ceux imposés en cas de mariage. En effet, dans ce cas, il y a un rapport entre la catégorie dans laquelle le couple s'encadre et les exigences pour la concession du droit de séjour : des exigences plus strictes pour un rapport considéré inférieur comme le partenariat, des exigences plus souples pour un rapport présumé plus légitime comme le mariage.

**378.** La conservation du droit de séjour est un thème important. Des États conditionnent le droit de séjour à un renouvellement périodique, même quand la concession n'est discrétionnaire, mais soumise à la bureaucratie de l'État. D'autres États l'octroient de forme définitive, au moins quand le couple vit ensemble depuis une période assez long. La dissolution du partenariat inter vifs ou le divorce entraînent quelques fois la perte du droit, mais pas dans tous les systèmes. Un droit qui est rarement supprimé, quand le lien se dissout à cause de mort de l'un des conjoints ou partenaires.

**379.** La concession du droit de séjour au conjoint ou partenaire étranger ouvre les portes à son intégration dans l'État qui l'accueille. Il permet l'accès aux services de sécurité sociale, le droit d'y travailler et d'accéder aux avantages fiscaux. A partir du droit de séjour, d'autres documents importants seront délivrés au conjoint ou partenaire étranger, comme un passeport pour étranger (dans des circonstances spéciales), l'inscription aux systèmes de santé et de sécurité sociale - dans de conditions spécifiques -, ou l'obtention du « greencard » nord-américain par exemple. Comme le droit de séjour garantit certaines avantages au conjoint ou partenaire étranger, il y a la possibilité des « mariages blancs » ou « partenariats blancs ». Si le lien s'avère être frauduleux, non seulement il y aura des conséquences pour sa validité, mais probablement la perte du droit de séjour avec des sanctions -non seulement administratives, mais souvent pénales -, selon la loi de l'État de la concession du droit de séjour.

### ***b) La circulation***

**380.** Une fois garanti le droit de séjour au conjoint ou partenaire étranger, il est sûr qu'il jouira de la sécurité du séjour dans l'État qui l'accueille, mais pas forcément dans d'autres États. Pour des questions de souveraineté, la concession du droit de séjour n'oblige que l'État

qui l'a octroyé. En principe, des États tiers ne sont pas obligés à accueillir le conjoint ou partenaire étranger à qui l'on donne le droit de séjour par un certain État. Et cependant dans des espaces privilégiés de circulation de personnes, en raison de traités de coopération internationale et des systèmes d'intégration régionale, des États ferment le compromis de recevoir les nationaux et les résidents des États qui forment le bloc, dans des conditions privilégiés. La question de la libre circulation de personnes dans des blocs comme le Mercosur ou l'Union Européenne suscite des réflexions. Il peut que le conjoint ou partenaire étranger bénéficiant du droit de séjour dans un État du bloc profite pour circuler librement dans le bloc, mais cela ne lui permettra pas de résider dans un autre pays du bloc que celui qui l'accueille à travers le droit de séjour.

**381.** Le problème du décalage de traitement des conjoints ou partenaires du même sexe, dans un couple mixte, où l'un a la nationalité de l'État du bloc où le couple vit et l'autre a le droit de séjour dans cet État (même s'il a la nationalité d'un autre État du bloc) est un coup à la liberté de circulation dans un zone comme l'Union Européenne . Récemment la Cour de Justice des Communautés Européennes a décidé que les conjoints du même sexe ne peuvent pas être discriminés, dans la perspective de circulation familial, appliquée dans l'Union Européenne. Comme des conjoints hétérosexuels, ils ont droit à s'installer avec leur conjoint du même sexe dans tous les États du bloc, sans discrimination.

## 2. Le droit à l'acquisition de la nationalité du conjoint ou partenaire

**382.** Si le droit de séjour garanti au conjoint ou partenaire étranger qu'il pourra vivre légalement auprès de son conjoint ou partenaire qui a la nationalité ou un titre équivalent à un séjour permanent de l'État où le couple vit, l'acquisition de la nationalité de cet État garantit son intégration pleine dans cet État. Avec la nationalité de l'État d'accueil, le conjoint ou partenaire étranger se met en pied d'égalité avec les nationaux -sauf pour des droits réservés aux nationaux par naissance – et aura accès aux droits, services et opportunités plus étendus que ceux offerts à un étranger à qui l'on permet de vivre sur le territoire national.

### a) *La concession*

**383.** L'établissement d'un lien familial de couple mixte à travers un partenariat ou un mariage pose des réflexions sur la nationalité des conjoints ou époux. Autrefois, il y avait une tendance à la perte de la nationalité de la femme avec la subséquente acquisition de la nationalité du mari, suite au mariage. Cette naturalisation « forcée » était un symptôme du sexisme qui prévalait dans la société et dans le Droit, et se basait sur une position légale inférieure de l'épouse par rapport à son mari. Dans ce sens, la Convention de La Haye concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité du 1930<sup>210</sup> consacrait la tendance de changement de nationalité de la femme à cause du mariage, mais conditionnait les changements de nationalité de la femme mariée suite au mariage et à son éventuelle dissolution à certaines conditions, de manière à ne pas la laisser apatride. Il y a des décennies que cette tendance fût renversé, avec la prévalence du statut égalitaire entre les époux en matière de droit à la nationalité. Au niveau régional aux Amériques, la Convention de Montevideo sur la nationalité de la femme du 1933 fût précurseure et interdisait alors toute discrimination basé sur le sexe en matière de nationalité<sup>211</sup>. La Convention de New York sur la nationalité de la femme mariée du 1957 confirme la tendance alors déjà dominante dans plusieurs pays de ne pas imposer le changement automatique de nationalité de la femme mariée suite au mariage. La Convention consacre le droit de la femme à conserver sa nationalité, si que l'éventuelle nationalité acquise à travers le mariage, même en cas de divorce ou d'acquisition par le mari d'une nationalité tiers pendant le mariage<sup>212</sup>. La Convention européenne sur la nationalité du 1997 interdit aussi tout changement forcé de nationalité basé sur le mariage, sa dissolution ou le changement de nationalité de l'un des conjoints pendant le mariage et facilite l'acquisition de nationalité par le conjoint étranger au bout d'intégration familiale<sup>213</sup>. Il est intéressant d'observer que, à l'exception du texte régional américain qui est trop général, tous ces textes ne parle que de mariage. La Convention européenne sert à un modèle de mariage neutre, en parlant des conjoints. En revanche, les

---

210 Voir les articles 8-11 de la Convention. Pour le texte de la Convention, voir le Recueil des Traités de la Société des Nations, vol. 179. p. 89. Disponible sur <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20179/v179.pdf>

Ratifications [https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=516&chapter=30&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=516&chapter=30&clang=_fr)

211 Voir l'article 1 de la Convention. Voir <http://www.oas.org/es/cim/docs/CNW%5BSP%5D.pdf>

212 Voir les articles 1-3 de la Convention. Pour le texte de la Convention, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 309, p.65. Ratifications [https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVI-2&chapter=16&Temp=mtdsg3&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVI-2&chapter=16&Temp=mtdsg3&clang=_fr).

213 Voir l'article 4 de la Convention.

conventions les plus anciennes, comme La Convention de La Haye et la Convention de New York, se réfèrent exprès à la femme mariée et à son mari.

**384.** L'application de ces textes conventionnelles au profit des couples de personnes du même sexe impose des réflexions. D'abord, il faut considérer la pertinence de l'application de ces règles aux conjoints du même sexe, compte tenu que seulement la Convention européenne parle des conjoints dans un sens neutre. Et puis, il faut réfléchir sur une possible interprétation plus extensive de ces textes qui ne se réfèrent qu'au mariage aux partenariats - soient des partenariats formés par deux personnes du même sexe, soient des partenariats formés par deux personnes de sexe différent. Une application plus souple de façon à bénéficier les conjoints si que les partenaires du même sexe, à travers une interprétation plus ouverte de la référence au mariage dans les textes nous paraît peu convaincant, surtout parce que chaque État détient l'exclusivité pour légiférer sur sa nationalité. En effet, les États contractants de ces conventions, qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe, prévoient déjà dans certaines conditions la concession de sa nationalité aux conjoints ou partenaires étrangers du même sexe. Ils le font déjà dans son droit interne, soit de manière indirecte en adoptant des définitions neutres de conjoints ou partenaires, soit à travers la réforme en cascade de règles qui touchent le conjoints ou les partenaires (y inclus le règles sur le droit de séjour et le droit à l'acquisition de la nationalité, pour le conjoint ou le partenaire étranger), quand l'on adopte le mariage ou le partenariat aux couples de même sexe dans l'État requis. En outre, même sans une révision des textes conventionnels, les prévisions plus ouverts de droit interne des États contractants de ces conventions seraient compatibles avec les conventions elles-mêmes. Tous ces textes conventionnels affirment comme principe général la compétence de la loi de l'État requis pour déterminer l'acquisition de sa propre nationalité : ce qui nous conduit encore une fois au monopole de l'État pour légiférer sur sa propre nationalité.

**385.** La possibilité de naturalisation forcée entre partenaires ou conjoints du même sexe, en considérant une situation autrefois usuelle pour la femme mariée dans le cadre du mariage traditionnel, nous semble impossible, à cause du statut égalitaire implicite entre eux. De nos jours il est rare que des systèmes légaux prévoient encore un statut subalterne entre conjoints, en matière de nationalité. Les rares systèmes que le font sont exceptionnels, parce qu'ils renforcent un modèle patriarcal de mariage traditionnel et font partie de la liste d'États qui semble les moins enclins à bouger dans le sens à reconnaître les couples de personnes du même sexe. En revanche, il prévalait aujourd'hui pas l'acquisition par force de la nationalité



du conjoint, mais son acquisition volontaire, en profitant des conditions de naturalisation avantageuses, en raison du lien familial. Ce qui est courant pour le partenariat aussi.

**386.** L'acquisition de la nationalité facilitée par l'existence d'un lien familial tel qu'un partenariat ou mariage avec un national favorise le conjoint ou partenaire étranger, parce que cela lui permet une intégration totale dans l'État d'accueil et le met en sauvegarde à l'égard des restrictions imposées aux étrangers. Comme pour le droit de séjour, la concession de la nationalité est souvent faite de manière discrétionnaire, selon l'intérêt public de l'État, compte tenu la souveraineté de l'État qui est le seul légitimé à déterminer les conditions pour l'acquisition, la perte et l'éventuelle reacquisition de sa propre nationalité. Raison pour laquelle une éventuelle renonce de la nationalité d'origine lors de l'acquisition de la nouvelle nationalité n'aura des effets que selon la loi de l'État de la nationalité d'origine.

**387.** Comme pour la concession du droit de séjour, la loi applicable à la concession de la nationalité n'est que la loi de l'État requis. Cette loi détermine les conditions pour l'obtention de la nationalité, comme les documents à fournir et surtout les délais nécessaires. Les exigences sont plus strictes que celles imposées pour la concession du droit de séjour, parce que le lien bilatéral de la nationalité établi entre l'individu et l'État est plus solide, impérissable et généreux que celui établi en raison de l'accueil à travers le droit de séjour. D'ailleurs, la concession de la nationalité est souvent précédée par la jouissance du droit de séjour par le conjoint ou partenaire étranger requérant de la nationalité et d'une certaine manière rend celui-là obsolète, parce que la nationalité offre évidemment la possibilité de vivre dans le territoire de l'État qui l'offre sans restrictions et sous sa protection.

**388.** Certains États ne font pas de discrimination en matière de conditions ni de délais pour la concession de la nationalité basée sur le partenariat ou le mariage, mais il y a des États qui conditionnent la concession de la nationalité fondée sur un lien de partenariat aux délais plus longs et aux conditions plus strictes que ceux imposés en cas de mariage. Différemment de ce qu'il se passe dans certains systèmes légaux en matière de droit de séjour, une fois acquise la nationalité, elle n'est jamais retiré en raison de la dissolution du partenariat inter vifs ou d'un divorce ; parce que la nationalité a une vocation perpétuelle.

**389.** La possibilité d'acquérir la nationalité du conjoint ou partenaire est un droit important pour les conjoints ou partenaires du même sexe, parce que l'acquisition de la nationalité découlant d'un mariage ou partenariat facilite l'assimilation du conjoint ou partenaire étranger dans l'État qui l'accueille. Il permet l'accès non seulement aux services de sécurité sociale, le

droit de travailler, mais aussi les prérogatives offertes aux nationaux et la protection de l'État à ses sujets. Comme la nationalité proportionne un statut avantageux au conjoint ou partenaire naturalisé, il y a la possibilité des « mariages blancs » ou « partenariats blancs ». Si le lien s'avère être frauduleux, non seulement il y aura des conséquences pour sa validité, mais probablement des sanctions, selon la loi de l'État de la concession du droit de séjour. Et cependant il faut considérer qu'il est plus probable que les « mariages blancs » ou les « partenariats blancs » soient plus utilisés pour l'obtention du droit de séjour que pour l'acquisition de la nationalité, une fois que les délais pour celle-ci sont plus longs que pour celui-là. En plus, maintenir un lien frauduleux pour si longtemps jusqu'à l'acquisition de la nationalité obligerait le couple à tromper l'autorité deux fois, pour convaincre que le lien est réel, lors de l'obtention du droit de séjour et lors de l'acquisition de la nationalité.

**390.** Une fois acquise la nationalité, l'individu acquiert un statut de protection et de rattachement avec l'État, qui ne dépend plus du lien familial qui a favorisé cette acquisition. Ainsi, il n'y aura pas d'obstacles à la circulation du statut de national d'un certain pays, en raison du lien avec un conjoint ou partenaire étranger. L'individu pourra subir des restrictions similaires auxquelles seraient soumis ces nationaux, en raison du traitement offert à ses nationaux par un certain État, ou la discrimination fondée sur la présumée orientation sexuelle homosexuelle, en raison d'un partenariat ou mariage avec une personne du même sexe. En tout cas, il n'y aurait pas de problèmes à la circulation internationale de la nationalité acquise, mais des individus, en raison de leur condition. L'on peut illustrer la situation suivante, par exemple : après la concession de la nationalité, comme les deux conjoints ou partenaires auraient la même nationalité, il peut que l'un d'eux aurait des difficultés à obtenir un visa de séjour dans la qualité de conjoint ou partenaire, pour accompagner l'autre conjoint ou partenaire qui doit changer de résidence pour des raisons professionnelles à un pays qui ne reconnaîtrait pas le couple.

### ***b) La perte***

**391.** Une fois acquise la nationalité à travers le lien de mariage ou de partenariat, l'on s'interroge si la dissolution du couple a l'effet de perte de la nationalité acquise en raison de l'union. Les États qui déterminent la perte de la nationalité acquise en raison de la dissolution du couple entre vifs sont rares. De nos jours seulement quelques pays du monde arabe le suivent pour les femmes étrangères mariées qui divorcent d'un national. Ainsi, l'on

n'envisage pas la perte de la nationalité acquis du conjoints ou partenaire du même sexe en raison d'un éventuel divorce. Le même pour le partenariat, une fois la nationalité acquise, à travers le bénéfice du lien du couple .Pour la dissolution du couple à cause de mort, la perte de la nationalité acquise en raison du lien de mariage ou partenariat est impensable . Il est important de considérer que l'orientation des conventions internationales sur la nationalité conseille que un changement d'état civil en raison d'un mariage et par extension d'un partenariat si qu'à travers une dissolution, soit entre vifs, soit à cause de mort, n'aboutisse pas d'effets sur la nationalité du conjoint ou partenaire survivant .

**392.** Il est intéressant de considérer qu'un nationalité acquise peut volontairement peu être perdue dans certaines situations sous certaines lois nationales. Certains crimes graves motivent la perte de la nationalité acquise dans certains pays .

## **Conclusion de la Section 2**

**393.** Divers effets relatifs à la personne des conjoints ou partenaires découlent du rapport de mariage ou de partenariat. Il y a des effets qui touchent les deux conjoints ou partenaires, d'autres ne concernent l'un d'eux. En tout cas, ces effets personnels versent la vie quotidienne du couple, des droits de la personnalité, des attributs personnels, parfois intimes.

**394.** Sans surprise, il est possible d'identifier une prévalence presque uniforme des critères rattachés au statut personnel pour régir ces effets personnels. Une situation très spéciale est le statut du conjoint ou partenaire ressortissant étranger par rapport à l'autre conjoint ou partenaire qui possède la nationalité de l'État dont les bénéfices de séjour et de nationalité peuvent être octroyés au premier. En raison de l'intérêt étatal et du rapprochement au droit administratif, ces effets sont régis par la loi du for.

## **Conclusion du Chapitre premier**

**395.** La complexité de la vie quotidienne des conjoints ou partenaires leur proportionnent la jouissance de droits et l'imposition de certaines restrictions, qui touchent directement leur patrimoine et leur propre condition individuelle. L'analyse de ces divers effets patrimoniaux et personnels en DIP encadrent les conjoints ou partenaires sous le domaine, respectivement, du statut réel et du statut personnel, avec les critères de rattachement spécifiques à chaque espèce.

**396.** Les effets patrimoniaux permettent l'exercice de l'autonomie de la volonté en DIP, à côté des critères classiques de rattachement du statut réel, où l'on aperçoit un fort territorialisme. Les effets personnels, à leur tour, s'ajustent aux critères usuels du statut personnel, puisque les droits y compris ne sont pas disponibles et dépendent parfois directement de la volonté et du contrôle de l'État, comme le droit de séjour et le droit d'acquisition de la nationalité pour le conjoint étranger.

## **Chapitre deuxième:**

### **La dissolution des couples de personnes du même sexe au Droit International privé**

**397.** Comme tous les couples mortels, l'histoire des couples de personnes du même sexe finit un jour, soit de manière romantique, par la mort de l'un des conjoints ou partenaires ; soit de façon pas si amicale, à travers la rupture du rapport par décision conjoint ou unilatérale des conjoints ou partenaires. Dans les deux situations, il y a la dissolution du couple, avec d'innombrables conséquences sur leurs vies et leur patrimoine. Ainsi, l'on examine d'abord la rupture inter vivos, à travers le relâchement et la dissolution du mariage, et la dissolution du partenariat. Ensuite, l'on examine la dissolution du couple à cause de mort de l'un des conjoints ou partenaires, avec le résultat de l'ouverture d'une succession ab intestat ou contractuelle.

#### **Section 1. La dissolution entre vivos**

**398.** Comme tous les couples, les couples de personnes du même sexe sont soumis aux crises ou aux événements extérieurs qui menacent l'harmonie de leur mariage ou de leur partenariat. L'idée du mariage comme indissoluble – en raison de sa prétérîte rattachement à une idée de sacrement religieux - a été surmonté dans presque tous les systèmes légaux au monde. Les envies et perspectives des conjoints ou partenaires changent pendant des années de vie commune, si que leurs personnalités et leurs conditions professionnels et physiques . Il serait naïf de croire que cela n'affecte pas la stabilité de leur rapport .

## §1. La dissolution du mariage et ses effets à l'étranger

**399.** Pendant longtemps, la séparation de corps était une solution pour libérer les conjoints de leur obligation de cohabitation et de fidélité, quand la vie commune devenait insupportable, une fois que la dissolution complète du lien n'était pas possible, en raison de l'interdiction du divorce. Avec l'adoption et la diffusion du divorce partout, la dissolution du lien se fait de manière complète et définitive, de manière à libérer les ex-conjoints pour reconstituer une nouvelle famille ou reprendre une vie semblable à celle qu'ils menaient comme célibataire. Même avec la large diffusion du divorce, la séparation reste disponible dans plusieurs systèmes légaux, comme une alternative temporaire, pour la préparation au divorce, ou palliative, comme une solution d'urgence, en cas d'agression. Dans certains systèmes légaux, cette situation à mi-chemin entre le mariage et le divorce se montre utile pour les ex-conjoints qui rêvent de rétablir la pleine vie maritale ou de ne pas se débarrasser de l'autre conjoint ou des possibles avantages du mariage - qui n'est pas complètement dissous - comme les prestations alimentaires.

### A. La dissolution

**400.** La dissolution du mariage comprend non seulement la dissolution du lien matrimonial lui-même, mais aussi de conséquences secondaires, comme les mesures provisoires et les effets accessoires du divorce, tels que les obligations alimentaires et l'entretien des enfants. En effet, comme la durée du mariage comporte un mosaïque de rapports, sa dissolution regroupe une diversité des questions à être soigneusement considérées. Il faut aussi considérer que la stabilité du mariage peut être brisé par la séparation de corps, considérée selon chaque système légal qui la discipline, soit comme une mesure provisoire et préalable au divorce, soit comme une mesure à tendance à se perpétuer, faute de possibilité de rupture complète du lien, soit encore comme mesure de suspension du lien et à vocation temporaire, quand les conjoints décident de rétablir l'union.

## 1. Le divorce

**401.** Institution ancienne, mais pendant longtemps reléguée à un plan secondaire, par la pression pour le maintien de l'indissolubilité du mariage ; le divorce est la solution juridique pour la dissolution du mariage, de manière à dissoudre tous les liens entre les conjoints. En raison des divers effets du mariage, par conséquent, le divorce comportent plusieurs effets, des effets accessoires sur la personne et le patrimoine des conjoints (et même de leurs enfants), à côté de l'effet principal de la dissolution du lien matrimonial. Compte tenu son importance et sa complexité, le divorce reçoit un traitement détaillé en DIP, sous la même méthode traditionnelle conflictuelle de la discipline.

### *a) Le for*

**402.** Pour une demande de divorce, il est important d'analyser quelle serait la juridiction compétente, soit en considérant les limites juridictionnels imposés par la loi du for soit en accueillant les choix faits par les parties . Il faut certainement considérer que l'accès au divorce pour un couple homosexuel suppose que le système légal du for connaisse forcément non seulement le divorce pour un couple de personnes du même sexe, mais aussi le mariage entre personnes du même sexe, institut duquel il serait dépendant .

### *α) Le for du divorce*

**403.** Pour commencer l'étude du divorce, l'on débute par un point essentiel : le for qui s'occupe d'examiner la demande de divorce. Son analyse impose l'étude des critères de juridiction directe normalement adoptés par les différents droits nationaux, mais aussi les règles de droit conventionnel existants sur le thème. De manière à faciliter le travail des tribunaux, les législateurs nationaux essaient de choisir les chefs de compétence basées sur des critères raisonnables, souvent basés sur les principes régissant le conflit de juridictions, comme le principe de l'efficacité et le principe de la protection . Sur la juridiction compétente à juger une demande d'annulation d'un mariage ou d'un partenariat qui ait été enregistré, il est important d'observer qu'en raison du caractère essentiellement unilatéral du conflit de juridictions, la loi du for n'a vocation qu'à déterminer les circonstances dans lesquelles ses juges ont de la compétence pour trancher une certaine affaire . Même si lesdits tribunaux se

considèrent incompétents pour cette affaire, parce qu'ils estiment que le tribunaux d'un tiers État devrait le faire, en raison d'un lien de proximité plus étroit, ils ne peuvent pas déterminer la compétence judiciaire des cours du tiers État, sous réserve de respecte au principe de la souveraineté.

**404.** Le critère probablement le plus populaire est le domicile ou la résidence habituelle du couple, parce que l'on considère que la dissolution du lien matrimonial doit se faire au for qui corresponde au centre de la vie du couple : concept que remet à l'image du foyer. Et cependant certains États préfèrent le for de la nationalité des conjoints, comme une permanence du rattachement du statut personnel à la nationalité, une fois que le divorce se réfère au statut personnel, en tant que matière sur l'état des personnes. Évidemment la détermination du for pour le divorce ne se résumant pas à ces deux types de critères, qui sont mitigés, cumulés et adoptés de manière subsidiaire, face aux énormes défis pratiques de la question . Le choix pour le domicile ou la résidence habituelle des conjoints se justifie par l'idée de cohabitation des conjoints pendant la durée du mariage et, dans le cas d'une rupture aboutissant en divorce, est interprété comme le dernier domicile ou la dernière résidence habituelle des conjoints, avant la rupture. Ce qui est une bonne solution pour les conflits mobiles, face aux changements de domicile ou de résidence habituelle du couple pendant la durée du mariage, surtout pour les mariages de longue durée. Compte tenu la complexité de la vie moderne, un problème pratique se pose pour l'application de cette règle : il peut que chaque conjoint ait domicile ou résidence habituelle dans une juridiction différente . Une situation usuelle, non seulement à la suite d'une crise conjugale qui motive la rupture, mais aussi comme une situation de choix conscient des conjoints pour le refus à la cohabitation, pendant toute ou une partie de la durée du lien, de façon que les deux conjoints ne vivent ni sous le même toit ni dans la même juridiction .

**405.** En considérant surtout l'inexistence du domicile ou résidence habituelle commune aux conjoints, faute de cohabitation ; plusieurs systèmes légaux prévoient d'autres chefs de compétence alternatives ou subsidiaires, comme le domicile ou la résidence habituelle de l'un des conjoints (soit le demandeur, soit le défendeur) ou la nationalité commune des conjoints ou la nationalité de l'un des conjoints. Dans certains cas, ces critères sont cumulés (l'on conditionne le for de la résidence habituelle de l'un des conjoints au fait qu'il ou qu'elle ait la nationalité du for) ou conditionnés (l'on exige que la résidence habituelle de l'un des conjoints au for précède la saisine pour le divorce d'un certain délais) . Face à la pluralité de critères possibles, une solution égalitaire serait la compétence du for du lieu de célébration du



mariage pour sa dissolution , une fois que le *forum loci celebrationis* ne serait défavorable à aucun conjoint . Il semble raisonnable, en considérant le mariage comme un acte juridique complexe, que le for de sa célébration puisse le dissoudre aussi. D’ailleurs, même face à une énumération des critères en cascade, l’inclusion du for de la célébration du mariage pour le divorce rassurerait les conjoints de ne pas se laisser sans accès à aucune court, ou ils pourraient demander la dissolution du mariage ; surtout pour les couples de personnes du même sexe, à qui le divorce serait refusé dans plusieurs juridictions, où leur mariage serait considéré comme institution inconnue .

**406.** Au niveau du droit conventionnel, les conventions sur la dissolution du mariage ont été produites avec une certaine difficulté en raison des divergences des États sur le thème et les conventions finalement approuvées ne se sont pas tellement répandues, comme l’on l’espérait. Au sein de la plus importante organisation pour la promotion du DIP conventionnel, la Conférence de La Haye de Droit International privé, le divorce fut le thème de l’une des premières conventions de l’organisation en DIP. La Convention de La Haye sur le divorce et la séparation de corps du 1902 n’a été adopté que par quelques États européens et priorisait le critère de la nationalité. Face à une faible acceptation de l’institution du divorce dans plusieurs pays et à la dénonciation de la Convention par plusieurs États-Contractants, la Convention a perdu sa force. En bénéficiant d’une majeure diffusion du divorce en plusieurs pays, avec la libération des mœurs, à partir de la II Guerre Mondiale, l’organisation prépara une nouvelle convention sur le thème . Malgré la qualité du texte conventionnel, la Convention de La Haye sur le divorce et la séparation de corps du 1970 ne fut pas très répandue non plus. La majorité des États-Contractants sont des États européens, qui ont remplacé l’utilisation de la Convention entre eux par le textes européens sur le thème, surtout à partir des années 2000. En suivant le profil des conventions de La Haye de l’Après-Guerre, la Convention priorise le critère de la résidence habituelle – compatible et remplaçable par le domicile, aux pays qui l’adoptent comme critère équivalent<sup>214</sup> -. Il est intéressant d’observer que la Convention n’adopte pas le critères de juridiction directe, mais les indique de manière indirecte, comme les critères que l’État d’origine doit suivre en matière juridictionnelle pour qu’une décision sur le thème soit reconnue dans un autre État-Contractant. Ainsi, la Convention offre un complexe système de critères juridictionnels aux parties. La préférence est pour le critère de la résidence habituelle dans l’État d’origine (du défendeur ; du demandeur, s’il y réside habituellement, au moins un an avant le divorce, ou, si cette

---

214 Voir l’article 3 de la Convention .

résidence habituelle fut la dernière résidence commune des conjoints), mais l'on utilise aussi le critère de la nationalité de l'État d'origine (la nationalité commune des conjoints ; du demandeur, s'il y réside habituellement, ou, s'il y ait résidé au moins pour un an, à condition que cette période se trouve dans la période de deux ans précédant le divorce et que les époux aient leur résidence habituelle dans un État qui n'autorise pas le divorce à l'époque)<sup>215</sup>.

**407.** Au niveau européen, malgré un objet ambitieux touchant les questions matrimoniales et celles rattachées à la responsabilité parentale des enfants communs ; le Règlement n. 2201/2003 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs <sup>216</sup> justifie son objet au fait que les questions de responsabilité parentale sont souvent examinées lors des actions matrimoniales . Pour les questions matrimoniales, le Règlement délimite son application aux questions de divorce, de séparation de corps et d'annulation de mariage, à l'exception des questions patrimoniales - telles que les régimes matrimoniaux et les successions - et d'obligations alimentaires. En matière de compétence juridictionnelle en matière matrimoniale, le Règlement offre des chefs de compétence alternatifs, non-hiérarchisés et centrés sur la résidence habituelle ou sur la nationalité commune des époux – aussi assimilée comme la notion de domicile du Common Law<sup>217</sup>. Comme ces critères ont le caractère exclusif, le Règlement prévalait sur le droit national des États-membres, sauf pour des mesures provisoires et conservatoires, en cas d'urgence, qui sont régies par le droit national de l'État-membre dans lequel se situent les personnes et les biens objet de ces mesures<sup>218</sup>, comme démontré ci-dessous :

**408.** Une conséquence de l'imperativité des critères du Règlement est l'obligation du juge saisi de vérifier sa compétence, de manière à se déclarer comme incompétent, si sa compétence n'est pas fondée et si l'affaire relève de la juridiction d'un autre État-membre<sup>219</sup> . Il est important de dire que pour les hypothèses non fondées sur le Règlement, le Règlement prévoit l'application du droit national de l'État membre saisi, qui maintient ainsi la tradition de l'application subsidiaire du droit en vigueur au for, surtout au domaine du DIP. Même si le Règlement sert à baser la compétence des demandes de divorce, de séparation de corps et d'annulation de mariage entre les États-membres, mais il faut s'interroger sur son application

---

<sup>215</sup> Voir l'article 6 de la Convention .

<sup>216</sup> Le Règlement a été précédé par le La Convention de Bruxelles du 1968, qui a été remplacé par le Règlement n. 1347/2000 du 29 mai 2000, JOCE L 160/19, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2001. Le dit Règlement « Bruxelles II » a donné la place au Règlement 2201/2003.

<sup>217</sup> Voir l'article 3 du Règlement n. 2201/2003 .

<sup>218</sup> Voir l'article 20 du Règlement n. 2201/2003 .

<sup>219</sup> Voir l'article 7 du Règlement n. 2201/2003 .

aux demandes matrimoniales de couples de personnes du même sexe. Il ne se pose pas de problème à l'application des chefs de compétence du Règlement quand le for offert par le Règlement connaît l'institution du mariage homosexuel. En revanche, si le for ciblé par les époux ou l'un des époux ne reconnaît pas le mariage entre personnes du même sexe, le for saisi baserait possiblement son refus à examiner le cas sous l'argument de l'ordre public<sup>220</sup>. Même si cette possibilité pourrait restreindre les choix juridictionnelles des époux, cela ne paraît pas poser un problème majeur, en raison de la paillette de possibilités offerte aux conjoints. Il serait difficile d'envisager l'hypothèse où les conjoints ne pourraient pas baser leur plainte sur l'une des options du Règlement. Il est aussi important de dire que, en matière de conflit de juridictions, le Règlement reconnaît la litispendance internationale et détermine que le juge d'un État-membre doit d'abord surseoir le procès, et puis décliner de la demande, s'il est prouvé que le juge d'un autre État-membre fut préalablement saisi pour une demande en matière matrimoniale entre les mêmes parties<sup>221</sup>.

**409.** Compte tenu le risque de ne pas trouver un for compatible avec le divorce d'un couple de personnes du même sexe, une bonne option pour les couples de personnes du même sexe serait le recours à l'autonomie de la volonté pour la demande de divorce. Cette stratégie rassurerait les conjoints que la question serait analysée par une juridiction qui reconnaisse le mariage entre personnes du même sexe et aussi le divorce ou par des experts connaissant le thème, respectivement, en cas d'élection d'un for étranger et en cas d'arbitrage. Comme perfectionnement du choix des parties, le choix pour résoudre le divorce par arbitrage offre aux parties la possibilité de soumettre la question aux experts et à une loi spécialisée sur le thème et que soit probablement favorable au divorce. Et pourtant il est raisonnable que le choix ne soit pas illimité, afin d'éviter le choix d'une juridiction exorbitante. Les possibles choix devraient se limiter aux fors qui admettent le divorce entre deux époux du même sexe, mais qui gardent du contact avec le couple, par respecte au principe de la proximité. Les choix pour les critères traditionnels comme le domicile ou la résidence habituelle du couple, ou, plus spécifiquement, le premier/dernier domicile ou la première/dernière résidence habituelle, correspondraient au choix pour le centre de vie du couple. Le choix préférentiels pour le for de la nationalité commune des époux, de la nationalité de l'un des époux, ou encore du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des époux pourrait répondre à certaines expectatives du couple. Le choix pour le for de la célébration du mariage serait un choix raisonnable, parce que le for qui a donné naissance au mariage serait naturellement efficace à

---

220 Voir l'article 22 du Règlement n. 2201/2003.

221 Voir l'article 19 du Règlement n. 2201/2003.

le dissoudre, au moins sans difficultés légales . Malgré les avancements d'une vague conservatrice de façon à réviser la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, en la supprimant ou en la réduisant au niveau du partenariat, il est peu probable que un système qui a déjà atteint le niveau pleine de reconnaissance à travers le mariage, rétrocede, sauf en cas de grands changements sociaux et politiques .

**410.** L'élection de for en matière matrimoniale n'est pas méconnue en droit conventionnel. La Convention de La Haye l'offre à travers une énumération de critères. De même, le Règlement n. 2201/2003 permet aussi un choix tacite – malgré une certaine limitation – au conjoint demandeur, face à la liste d'options de chefs de compétence qui lui sont offertes à l'article 3 du Règlement.

**411.** Évidemment l'exercice de l'autonomie de la volonté pour choisir la juridiction compétente pour le divorce doit respecter certaines conditions pour sa validité. La validité du choix est soumise à des conditions de forme et de fond. Le choix pour un for étranger ou un for arbitral se fait de manière formelle . Soit lors de la célébration du mariage, à travers un contrat matrimonial ; soit comme un choix spécifique, fait pendant la durée du mariage et probablement peu avant le divorce, comme symptôme de la crise conjugale installée qui permet d'envisager l'irréversible divorce ; le moment du choix interfère directement sur la validité de la clause ou de la convention qui consacre le choix des parties, une fois que la forme du choix dépendra de la loi du lieu de célébration de l'acte duquel émane le choix des parties . Pour le fond, il faut distinguer le moment du choix. Si le choix se fait lors de la célébration du mariage ou peu avant celui-ci, la validité du choix sera soumise à la validité du mariage. En revanche, si le choix se fait après la célébration du mariage, probablement de manière préventive à un envisageable divorce et face aux événements qui croisent la vie du couple, comme les changements de domicile/résidence habituelle et/ou nationalité de(s) conjoint(s) qui suscite le conflits mobiles en DIP ; le fond du choix est conditionné à la *lex loci actus*, correspondant à la loi du lieu où l'acte pour le choix se fait . la validité du contrat. Si la liberté de choix des parties peut susciter un *forum shopping*, de façon que les parties choisissent un for qui soit d'abord favorable au mariage/divorce des couples de personnes du même sexe et aussi avantageux (en accueillant ou indiquant la loi applicable) pour les différends des parties, par rapport aux effets personnels et patrimoniaux décourants de la dissolution du couple ; il faut éviter de piéger les parties dans un *forum non conveniens*. Le choix d'un for supposé favorable serait inutile si ses juges ne se reconnaissent pas comme compétents, faute des liens raisonnables avec le for choisi .

*β) Les conflits de juridictions en matière de dissolution matrimoniale*

**412.** Compte tenu le vaste répertoire de cas internationaux de dissolution de mariage, il faut observer qu'il y a plusieurs cas de conflits de juridictions sur le thème. Les conflits négatifs et positifs de juridictions existent; respectivement, quand les tribunaux de plus d'un État ne se considèrent pas compétents pour s'occuper d'une certaine plainte et quand les tribunaux de plus d'un État se considèrent compétents pour trancher la même question juridique .

**413.** Les conflits positifs de juridictions ne sont pas rares en matière matrimoniale. Possiblement insufflés par la tension de la rupture matrimoniale, chaque époux n'accepte litiger que dans le for de son choix. Chaque époux peut chercher l'option de for que le soit le plus convenable à fin d'envisager les meilleurs conditions pour le divorce. Ainsi, l'on envisage des possibles cas de litispendance internationale . Pas tous les droits nationaux n'admettent la litispendance internationale. Et cependant sa reconnaissance en faveur du for premièrement saisi s'impose comme une mesure d'économie processuelle et sécurité juridique à éviter que la partie victorieuse (surtout si s'il s'agit du demandeur qui a pris l'initiative de l'action) dans l'action au for premièrement saisi ne voit pas la décision reconnue dans le for deuxièmement saisi ou la voit méprisée face à la prévalence de la décision rendu par le juge de ce for . Malheureusement, comme les chefs de compétence, même en matière internationale, relèvent du droit interne et obéissent l'unilatéralité et l'exclusivité du for, les règles de droit national sur l'acceptation ou le refus de la litispendance internationale appartiennent à la discrétionarité de chaque État .

**414.** Au bout de trouver une solution pragmatique au cas de litispendance internationale, dans la sphère du droit conventionnel, certaines conventions de DIP prévoient de mesures en cas de litispendance internationale. En suivant la tradition de la Convention de Bruxelles du 1968 et du prédécesseur Règlement 1347/2000, le Règlement 2201/2003 prévoit l'admission de la litispendance internationale : l'article détermine que le juge saisi en second lieu, en vérifiant la saisine préalable d'un tribunal d'un autre État-membre, doit surseoir d'office à statuer le temps que la compétence de la juridiction premièrement saisie soit assurée. En ce cas, la juridiction saisie en second moment doit se dessaisir en faveur de l'autre juridiction, en consacrant la priorité d'instance, mais la partie qui était le demandeur devant la juridiction dessaisie peut alors porter son action devant la juridiction saisie en premier lieu <sup>222</sup>. Il est intéressant d'observer que le concept de litispendance du Règlement est

---

222 Voir l'article 19 du Règlement n. 2201/2003 .

considérablement élargie de manière à appliquer cette procédure ci-dessus même si les deux actions n'ont pas exactement le même objet devant les deux juridictions saisies : par exemple ; une action de divorce et une demande de séparation de corps. Comme l'admission de la litispendance internationale suppose une reconnaissance de priorité d'instance dans le temps, compte tenu les possibles concepts de saisine d'une juridiction d'un État-membre à l'autre, le Règlement essaie de préciser une définition commune du juge premièrement saisi dans le domaine de son application<sup>223</sup> .

**415.** Au cas des conflits négatifs, un problème pratique peut se poser face à la diversité de critères : il peut que le système légal de la nationalité des conjoints ou de l'un deux ne connaissent pas le divorce/mariage entre personnes du même sexe ou le conditionne à certaines conditions qui rendent le divorce inaccessible aux parties. Compte tenu la possible hostilité de certains systèmes envers le divorce / mariage des couples de personnes du même sexe, l'on a recours au *forum necessitatis*, un recours utilisé aussi de longue date pour rendre accessible le divorce aux couples de personnes de sexe différent. De manière à éviter un déni de justice, un for qui ne serait pas probablement le plus indiqué à trancher le divorce passe à se considérer compétent, de manière à ne pas priver les parties de l'accès à la juridiction, dont les fondements se renforcent les dernières décennies sur sur la clause théorique générale de l'Article X de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 1948 .

**416.** Un cas récent de conflit négatif de divorce se passait en Israël. Malgré le vide juridique existant pour la reconnaissance des couples du même sexe, l'État d'Israël reconnaît les mariages valablement célébrés à l'étranger, à travers leur assimilation comme des « époux réputés », comme l'on faisait déjà pour les couples hétérosexuels. Face à l'impossibilité de saisir les tribunaux du Canada, où leur mariage avait été célébré, deux citoyens israélien résidents en Israël demandèrent la dissolution de leur mariage à la cour israélienne. La Cour civile israélienne a décrété la dissolution de leur union sur la même base des divorces civils des couples hétérosexuels dont le mariage civil se fait hors le cadre de validité du droit israélien qui conditionne le mariage au critère de rattachement à la religion. Le moyen soutenu par la cour fut l'impossibilité de laisser le couple voulant se séparer, comme forcement mariés, une fois que l'État d'Israël avait reconnu préalablement leur union<sup>224</sup> .

---

223 Voir l'article 16 du Règlement n. 2201/2003 .

224 Disponible sur <https://www.timesofisrael.com/in-precedent-setting-ruling-court-allows-gay-couple-to-untie-the-knot>.

## ***b) La loi applicable à la dissolution***

**417.** Pour analyser la question de la loi applicable au divorce, il faut considérer que le divorce sert à dissoudre non seulement le lien conjugal lui-même, mais aussi un mosaïque des rapports aux effets personnels et patrimoniaux, subsidiaires au lien matrimonial et qui suivent ou pas, selon leur niveau de (in)dépendance par rapport au lien matrimonial, la même loi applicable au divorce. Pour cette raison, l'on propose de détacher l'analyse de la loi applicable au divorce lui-même de la loi applicable aux effets secondaires du divorce .

### *α) La loi applicable au divorce*

**418.** Compte tenu la complexité du divorce, il est inévitable de considérer le recours au dépeçage pour distinguer ses causes, procédures et effets, malgré une certaine propension à la prévalence de la *lex fori*, une fois que le divorce se réalise à travers une procédure spécifiquement dicté par la loi du for -soit judiciaire, soit administratif – et qu'il y a une tendance à la saisine du divorce au for dont la loi s'ajuste sur mesure aux conditions pour sa proposition. Dans ce sens, Bernard Audit avertit que « si ces différents aspects ne sont pas nécessairement soumis au même rattachement, il convient d'observer qu'étant donné les liens systémiques entre eux et l'importance décisive du premier, la loi régissant les causes du divorce va exercer une certaine influence sur les deux autres .<sup>225</sup>» . Ainsi, la loi régissant les causes pour le divorce détermine s'il est conditionné à des causes spécifiques comme l'adultère, les fautes comportements contre les conjoint, mauvais traitement, violences, agressions, offenses, etc. ; ou simplement requis selon l'évaluation des époux de l'impossibilité de mener la vie en commun ou leur désir en ce sens. En tant que critère de loi applicable, il y aurait une tendance à l'application de la loi personnelle, en raison du rattachement du divorce au statut personnel, d'où l'application de la *lex patriae*, la *lex residentiae* ou la *lex domicilii*, selon le critère adopté par chaque système légal national. Faute de nationalité commune des époux ou en raison d'une rupture préalable au divorce qui empêche à déterminer un domicile ou une résidence habituelle en commun lors de la demande, l'on peut avoir recours subsidiairement aux critères de préférence pour la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle de l'un des époux. Compte tenu la sensibilité du thème, le choix pour la loi du for pour discipliner les causes se fusionne avec la loi applicable à la procédure du divorce, comme des consignes processuelles en tant que

---

225 B. Audit n. 676, p. 591.

conditions pour l'action (de divorce). Envisageant une solution pragmatique, depuis la réforme du divorce du 1975, la loi française consacre la méthode unilatérale, en prévoyant la régence par la loi française des divorces en France, aux hypothèses en cascade, selon l'article 309 du CC .

**419.** Comme l'application de la loi du for aux causes pour le divorce favorise l'unité de la loi applicable au divorce, en raison de la prédominante application de la *lex fori* à la procédure du divorce ; l'on s'interroge sur la possibilité d'application de la loi étrangère à un divorce au for, aux hypothèses où la règle unilatérale domestique ne se prévoit pas comme compétente, telle que l'hypothèse où les époux n'ont ni la nationalité du for ni le domicile ou la résidence habituelle au for. Dans ce cas, il serait prudent de conditionner l'application de la loi étrangère à qu'elle-même se considère comme compétente pour la matière et que le for se considère compétent pour la demande . Une autre question importante est l'influence de conflits mobiles sur la loi applicable aux causes du divorce . Il ne serait pas rare que les conjoints changent de domicile ou de résidence habituelle pendant la procédure de divorce, surtout en raison de la crise conjugale qui pulvérise le lien : si les tribunaux du for considèrent comme la loi applicable aux causes du divorce la loi personnelle de l'un des conjoints, dans la modalité *lex domicilii* ou *lex residentiae*, et si ce conjoint change de domicile ou de résidence habituelle pendant le procès, l'on s'interroge sur l'influence du conflit mobile sur la solution du cas . Monsieur le Professeur Bucher expose une critique très équilibrée sur la pertinence de valider le conflit mobile en ce cas :

« La sécurité du droit commanderait que la règle de droit applicable demeure constante durant toute la procédure, ce qui permet aux parties de connaître les causes de divorce susceptibles d'être invoquées et les faits qui doivent être allégués et prouvés ; Le départ d'un époux en cours de procès ne produit dès lors pas d'effet sur la détermination de la loi applicable. Le demandeur devrait alors, le cas échéant, plutôt retirer, puis réintroduire son action .

Dans une matière dans laquelle des faits nouveaux peuvent être invoqués, au niveau du droit matériel, jusqu'à un stade avancé du procès (art. 138 CCS), modifiant le cas échéant les enjeux, voire la cause de divorce pertinente ; il est peu cohérent d'écarter la prise en compte d'un déplacement du domicile au motif qu'il pourrait entraîner un changement du droit applicable »<sup>226</sup> .

**420.** Pour la procédure du divorce, la loi applicable est forcément la loi du for. D'après les statuts italiens, l'on consacre la distinction entre les questions *decisoria litis* et les

---

226 A. Bucher n. 312, p. 114-115.



questions *ordinatorium litis*, soumis, respectivement, à la *lex causæ* et à la *lex fori*. Si les tribunaux ne pourraient pas se passer de leur propre loi, qu'ils connaissent avec précision, pour trancher la procédure avec efficacité ; ils doivent se plier à la loi compétente à régir la question, soit la loi étrangère ou la loi du for, en raison de sa pertinence pour le thème, en consacrant la tolérance et l'essence de la science du DIP. Ainsi, la loi du for éclaire les contours de la procédure de divorce, en tant que procédure auprès des tribunaux de droit commun, des tribunaux religieux ou des autorités administratives ou exécutives compétentes, au niveau du droit interne du for, pour trancher le divorce.

**421.** Il est important d'observer que, si pour le mariage le recours à la cérémonie religieuse reste encore pratique courante dans plusieurs juridictions, même à travers sa reconnaissance pour les effets civils ; la forme religieuse est rare pour un divorce, qui a dû faire face à une longue résistance de l'indissolubilité du mariage basée sur la religion, dès l'Antiquité<sup>227</sup>, pour se firmer. Pourtant, il est important de dire que si le mariage religieux est une pratique restreinte pour les couples de personnes du même sexe, la pratique du divorce religieux pour les couples homosexuels est probablement méconnu, jusqu'au présent. Monsieur le Professeur Bernard Audit, à son tour, précise que la loi applicable à la forme de divorce est la *lex loci actus* : « En définitive, on peut aujourd'hui considérer que s'applique en matière de divorce un principe analogue à celui formellement énoncé en matière de formation du mariage par l'arrêt Caraslanis : la question de savoir si le mariage doit être dissous civilement ou d'une autre manière est une question de forme ; qui relève de la loi locale et non de la loi personnelle des intéressés<sup>228</sup> » .

---

227 « L'institution du mariage sacré doit être aussi vieille dans la race indo-européenne que la religion domestique, car l'une ne va pas sans l'autre. Cette religion a appris à l'homme que l'union conjugale est autre chose qu'un rapport de sexes et une affection passagère, et elle a uni deux époux par le lien puissant du même culte et des mêmes croyances. La cérémonie des noces était d'ailleurs si solennelle et produisait de si graves effets qu'on ne doit pas être surpris que ces hommes ne l'aient crue permise et possible que pour une seule femme dans chaque maison. Une telle religion ne pouvait pas admettre la polygamie.

On conçoit même qu'une telle union fût indissoluble, et que le divorce fût presque impossible. Le droit romain permettait aisément de dissoudre le mariage *par coemptio* ou *par usus* ; mais la dissolution du mariage religieux était fort difficile. Pour cette rupture, une nouvelle cérémonie sacrée était nécessaire ; car la religion seule pouvait délier ce que la religion avait uni. L'effet de la *confarreatio* ne pouvait être détruit que par la *diffarreatio*. Les deux époux qui voulaient se séparer paraissaient pour la dernière fois devant le foyer commun ; un prêtre et des témoins étaient présents. On présentait aux époux, comme au jour du mariage, un gâteau de fleur de farine. Mais, probablement, au lieu de se le partager, ils le repoussaient. Puis, au lieu de prières, ils prononçaient des formules « d'un caractère étrange, sévère, haineux, effrayant », une sorte de malédiction par laquelle la femme renonçait au culte et aux dieux du mari. Dès lors, le lien religieux était rompu. La communauté du culte cessant, toute autre communauté cessait de plein droit, et le mariage était dissous. ». COULANGES, Fustel de. *La cité antique : étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 12ed. Paris, Hachette, 1888. p. 47-48.

228B. Audit. n. 692. p. 604.

**422.** L'application de la *lex loci actus* à la forme du divorce favorise la reconnaissance des divorces prononcés à l'étranger sous les formes non judiciaires, même dans une juridiction que n'acceptent pas internement les divorces prononcés par une autorité religieuse, comme la France. En partant du raisonnement de Monsieur Audit, sur la ressemblance entre la forme de la célébration du mariage et la forme du divorce, l'on s'interroge quid la loi applicable aux hypothèses de divorces consulaires. Comme pour la célébration du mariage consulaire, la réalisation d'un divorce consulaire devrait suivre la *lex autoritatis*, *id est*, il serait régi par la loi de l'autorité diplomatique ou consulaire étrangère, auprès de laquelle le divorce est fait . Il faut cependant observer que le divorce auprès des autorités consulaires n'est pratiqué que par certains systèmes légaux, souvent pour les hypothèses de divorce consensuel, et sous certaines conditions. Et il faut impérativement considérer qu'il ne serait permis que si le droit de l'État de résidence permet la pratique de telle forme de divorce, comme condition essentiel à que le divorce produise des effets dans cette juridiction .

**423.** Autre apparente concession doit se faire à l'application de la loi du for à la procédure du divorce. En cas d'adoption d'une convention entre les époux pour régler les effets secondaires du divorce, si ces effets sont régis par une loi étrangère, cette loi s'applique aux conditions pour l'examen de cette requête commune, au devoir d'information entre les époux et aux vices de consentement préjudiciels à la validité de la convention, aux éventuels délais de réflexion et de confirmation de la volonté de divorcer, si que aux restrictions aux moyens ouverts pour un recours ayant pour objet cette convention ?. Dans ce sens, Monsieur le Professeur Bucher comprend que « Le domaine d'application de la loi étrangère s'étend alors également à ces questions de procédure, qui forment un ensemble avec le droit de fond »<sup>229</sup>.

**424.** Pour analyser la loi applicable aux effets du divorce, il faut distinguer les effets principaux du divorce de ceux qui lui sont accessoires. Ainsi, les effets principaux du divorce se réfèrent au divorce proprement dit, à la dissolution du lien matrimonial et les effets accessoires couvrent les matières dont l'importance et la complexité justifient souvent un régime propre, telles que les obligations alimentaires entre ex époux ou pour les enfants communs, si que la garde et la visitation des enfants. Certains effets principaux du divorce découlent de la procédure de divorce et seraient, par conséquent, dépendants de celle-ci, comme l'effet de l'opposabilité de la décision ou du décret de divorce aux tiers :

« La transcription est soumise à certaines règles précises . Un jugement de divorce prononcé en France doit donner lieu à transcription sur les registres

---

229 A. Bucher n. 317. P. 116.

de l'état civil (art. 1082 al. 2 CPC) . Si le mariage a été célébré à l'étranger, le juge français ne peut contraindre l'autorité étrangère à procéder à une transcription . Un divorce prononcé à l'étranger et intéressant un Français peut être transcrit sur les registres tenus par les agents diplomatiques et consulaires . Si le mariage avait été célébré en France, la transcription du jugement étranger apparaît indispensable<sup>230</sup> »

**425.** Pour les effets du divorce, il convient de distinguer entre les effets pécuniaires et personnels, qui se sous-diviseraient en les effets mutuels et individuels entre les époux . Pour les effets personnels qui touchent les deux ex époux, comme les obligations d'assistance, de fidélité et de cohabitation entre eux, la loi régissant les causes pour le divorce serait la plus indiquée, puisque elle est à l'origine de la rupture du lien. En revanche, pour les effets touchant à un seul des époux, comme la possibilité de contracter un nouveau mariage et les éventuels délais à respecter pour cela, sa loi personnelle s'impose, en tant que loi régissant son statut personnel . Pour la question du nom, qui « est à la charnière des effets individuels et mutuels du divorce <sup>231</sup>», la solution est plus complexe. D'une part, il n'y aurait pas de difficulté si le divorce est régi par la loi personnelle des époux (comme la loi de la nationalité commune, le domicile commun ou la résidence habituelle commune). D'autre part, faute de lois personnelle commune entre les ex époux et si le divorce est soumis à une autre loi, la loi appliquée au for du divorce pour les effets personnels régirait le possible changement de nom entre époux et ses contours . Une question problématique se pose si la loi personnelle de l'un des époux, surtout s'il ou si elle a souffert un changement de nom en raison du divorce, ne (re)connaît pas le divorce . Il serait possible que cet ex époux se trouve dans une situation de divergence d'état civil, selon la juridiction à laquelle il serait rattaché, et de possession de papiers aux noms différents selon la juridiction que les ait issus .

**426.** Pour les effets pécuniaires du divorce, il faut observer que la plupart des ces effets seraient régis par la loi applicable à chaque thème de manière autonome, tels que le régime matrimonial et les questions de succession entre ex époux. Et portant Monsieur le Professeur Audit élucide les effets patrimoniaux directement rattachés au divorce :

« De manière générale, les effets patrimoniaux directement liés au divorce relèvent de la loi qui lui est applicable . Il en sera ainsi de la prestation compensatoire, par souci d'homogénéité ; ou de dommages-intérêts destinés à compenser le cas échéant le préjudice causé par le divorce. En revanche, l'attribution éventuelle d'une réparation pour sanctionner des préjudices indépendants de la rupture du lien conjugal relève plutôt de la qualification délictuelle et sera rattachée en conséquence <sup>232</sup>».

230 B. Audit N. 696. P. 606

231 B. Audit. n. 697. p. 607.

232B. Audit. n. 703. P. 612

Il est important de dire qu'il y a en ce cas une question de qualification en DIP, qui serait résolue par la propre loi applicable au divorce, de façon à déterminer le type de différents compensations exigibles en cas de divorce et dans quelle extension elles sont rattachées au divorce lui-même .

*β) La loi applicable aux effets accessoires du divorce*

**427.** Si l'on adopte déjà du dépeçage pour la question de la célébration du mariage, il est naturel que l'on adopte aussi le dépeçage en escale reproduction assistéelifié pour les effets du divorce, puisque le divorce tranche une somme de rapports qui se sont cumulés et transformés pendant la durée de la vie en couple, mais qui doivent être tous traités lors de la rupture du lien. En raison de la complexité des divers rapports composant le divorce, il faut appliquer les règles de conflit propres à chaque matière, pour les effets accessoires du divorce. Ainsi, pour une question méthodologique l'on remet au sujets traités sur la loi applicable à propos de effets patrimoniaux et personnels des rapports entre les conjoints dans le chapitre première du Titre Deuxième de la Première Partie de ce travail, pour les thèmes tels que les régime matrimonial, l'obligation alimentaire entre les époux et le nom. De même, l'on renvoi aux sujets à être présentés dans la Deuxième Partie de ce travail, sur les effets patrimoniaux et personnels des rapports entre les époux et leurs enfants, pour les questions telles que l'obligation alimentaire envers les enfants et l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants .

## 2. Les mesures provisoires

**428.** Face à des possibles situations d'extrême conflit entre les conflits lors de la rupture de la vie en couple, il y a la possibilité d'adopter des mesures provisoires pour la protection de l'intégrité des conjoints et de leurs biens. En plus, dans l'espoir de sauvegarder temporairement le lien, il existe la connue mesure de séparation de corps, comme une alternative pour le relâchement du lien conjugal, soit pour sa restauration comme mesure restauratrice, soit pour sa conversion en divorce, comme mesure de confirmation de l'échec de la vie conjugal.

### *a) La séparation de corps*

**429.** Pour l'étude de la séparation de corps, il faut *a priori* identifier les contours de cette institution . Il est nécessaire de comprendre que la séparation de corps est une mesure visant le relâchement du lien conjugal, sans envisager sa dissolution totale, conditionnée au divorce. D'ailleurs, il faut vérifier s'il s'agit d'une mesure obligatoire ou facultative, comme étape préalable au divorce ; ou temporaire, comme mesure provisoire pour l'apaisement d'une grave crise conjugale au bout de rétablir la normalité et la continuité de la vie conjugale ; ou encore comme mesure adoptée en caractère d'urgence, en raison de la détérioration des rapports entre époux, pour garantir l'intégrité physique et mentale du conjoint en danger, mais possiblement avec l'objectif de préparer le terrain au divorce ou de restaurer la vie conjugale. En essence, la séparation de corps se classifie grosso modo comme une mesure provisoire, puisque elle sert à anticiper le divorce, que confirme définitivement les effets du relâchement conjugal et les étendre jusqu'à la dissolution totale du lien conjugal ; ou parce qu'elle sursoie la vie conjugale et ses obligations, qui pourraient être rétablies. En tout cas, l'on revient du nouveau sur une question de qualification en DIP, de façon à préciser le caractère de la séparation de corps et son utilisation. Ainsi, l'on se penche sur le débat entre l'application de la *lex causæ* ou de la *lex fori*, pour la qualification de la séparation de corps, ou figure semblable, une fois que l'institution est aussi connue simplement comme séparation, et, autrefois, comme « desquite »

### *a) Le domaine légal de la séparation de corps*

**430.** L'étude de la loi applicable à la qualification de la séparation de corps se confonde avec la loi applicable à régir cette institution . S'il est sûr que la loi applicable à la procédure pour la séparation de corps serait la *lex fori*, pour les mêmes raisons déjà exposées pour l'application identique à la loi applicable à la procédure de divorce, *quid* de la loi applicable aux causes pour la séparation de corps . Il est certes que la mesure ne serait pas concédée que si elle est connue au for, mais l'on s'interroge sur la pertinence d'appliquer la loi personnelle des conjoints ou celle de l'un d'eux (la loi personnelle du conjoint demandeur, en cas d'urgence) pour les causes de la séparation de corps, une fois que l'on examine une question de l'état des personnes . Si la règle de conflit du for consacre aussi l'application de la loi du for aux causes pour la séparation de corps, comme pour le divorce, l'on aboutirait à l'unité de l'application de la *lex fori*, et il n'y aurait pas de complexité. En revanche, si la règle de conflit du for soumet les causes pour la séparation de corps à la loi personnelle, l'on tendrait à

s'incliner sur la position proposée par Monsieur le Professeur pour la qualification du mariage, en conditionnant l'existence, l'accès à la séparation de corps à la *lex fori* et sa régence, la confirmation de son application à la *lex causæ* . Même si cette solution semble conduire à une double qualification, elle rassurait une qualification en concordance avec l'application de la loi étrangère recommandée par la règle de conflit du for, mais dans l'hypothèse où cette loi se reconnaît comme applicable .

**431.** Pour analyser les conséquences de la séparation de corps, il faut considérer que les effets de la séparation de corps sont soumis, soit à la loi du for, soit à la loi personnelle des époux ou de l'un des époux, selon le critère de rattachement du for. En considérant la subsistance d'un fils de lien conjugal dans la séparation de corps, Monsieur le Professeur Audit précise :

« La loi de la séparation doit en principe déterminer la mesure dans laquelle les obligations entre époux sont affectées et les circonstances qui peuvent mettre fin à la séparation ; la loi des effets du mariage l'étendue des obligations qui subsistent, telles que le devoir de secours. Cette dualité ne peut manquer de soulever des problèmes d'adaptation. De plus, en cas de demande en divorce (distinguée de la conversion) formée par l'un des époux, il faudra déterminer la loi du divorce mais c'est la loi de la séparation de corps qui devra être consultée pour apprécier les obligations qui subsistaient entre les époux »<sup>233</sup> .

**432.** Dans la plupart des systèmes légaux, la séparation de corps rompent certaines obligations du mariage rattachées à une proximité physique entre les époux, comme les devoirs de fidélité et de cohabitation. Et cependant d'autres obligations subsistent, puisqu'il s'agit de relâchement du lien conjugal, pas de sa rupture complète. Ainsi, la loi applicable aux effets de la séparation de corps déterminent l'étendue des obligations entre les époux, en raison de la séparation de corps, id est, quelles obligations entre les époux subsistent même avec la séparation et quelles obligations entre les époux changent ou cessent. L'application de la loi du for pour les effets de la séparation de corps offre l'avantage de l'unité de la loi applicable à la séparation de corps, si la *lex fori* régit déjà aussi la procédure et les causes de la séparation. En revanche, si la règle de conflit du for préfère la loi personnelle pour régir les effets de la séparation, en possible coordination avec son application aux causes de la séparation, il serait raisonnable que cette choix se fasse de manière équitable entre les époux. Ainsi, le choix idéal serait, si possible, pour la loi personnelle dans une modalité comme le domicile conjugal ou la résidence habituelle commune du couple et la nationalité commune

---

233 B. Audit. n. 705 . P. 613.

des époux, en dépit de la préférence pour la loi du domicile, de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'un des époux.

**433.** Il est important de dire que la loi régissant les effets de la séparation de corps est compétente à dicter les conditions pour le rétablissement de la vie conjugale. D'ailleurs, il est convenable de remarquer que les effets de la séparation de corps pourraient être suscités, comme question préalable, dans une succession ; de manière à déterminer la condition d'héritier du conjoint séparé, une fois que dans la plupart e systèmes légaux le conjoint séparé ne perd pas la condition d'héritier de l'autre conjoint, sauf en cas de divorce .

*β) La conversion de la séparation de corps en divorce*

**434.** Comme conséquence de l'échec de la séparation de corps en tant que mesure réparatrice du lien conjugal ou suite aux délais nécessaires pour convertir la mesure provisoire de relâchement du lien en mesure de rupture définitive, la conversion de la séparation de corps en divorce s'impose . Il ne se pose pas de problème pour la conversion de la séparation de corps en divorce, si la conversion se fait au même for et sous la même loi déjà utilisée pour la séparation. En matière de juridiction, il est intéressant de dire que le Règlement Bruxelles II-bis prévoit la compétence du for qui a dicté la séparation de corps pour sa conversion en divorce, à condition que la loi du for prévoit la possibilité de conversion<sup>234</sup>. En revanche, si la conversion en divorce se fait dans un autre for et sous l'égide d'une autre loi, surtout si elle méconnaît la possibilité de conversion de séparation de corps en divorce ou la soumet à d'autres conditions, il y a un problème pour les parties. Comme pour une demande directe de divorce, l'on envisage un dépeçage entre les causes, la procédure et les effets de la conversion de la séparation de corps en divorce . Si la loi applicable à la procédure serait sans mystère celle du for, l'on revient sur le même débat sur le for et la loi applicable au divorce, pour la conversion de la séparation en divorce. Encore une fois, l'on observe que l'unité de la *lex fori* faciliterait la tâche des opérateurs du droit et réduirait les possibilités d'échec de la demande de conversion . Et cependant, il faut considérer la pertinence de la préférence pour la loi personnelle comme applicable aux causes et aux effets de la conversion en divorce. En tout cas, il est important de dire que la loi applicable aux causes pour la conversion régit les délais exigés pour la conversion .

---

234 Voir l'article 5 du Règlement Bruxelles II-bis .

**435.** Il faut réfléchir sur certaines difficultés sur la possibilité de conversion de la séparation de corps en divorce . Une première difficulté serait la conversion d’une séparation dictée dans un for et/ou sous l’égide d’une loi qui autorisent la séparation de corps, mais pas sa conversion en divorce, puisque celui-ci n’existe pas dans son système. Cette hypothèse, récurrente dans la jurisprudence de DIP au XIXe et XX siècles, serait rare de nos jours et, sous un prisme pragmatique, irréal pour les couples de personnes du même sexe. Le divorce est devenu une institution utilisée comme lingua franca dans la quasi totalité des systèmes légaux, surtout au sein du cercle des systèmes qui ont démontré de l’ouverture d’esprit dans leur droit domestique jusqu’à ouvrir le mariage aux personnes du même sexe. En revanche, l’impossibilité de conversion parce que le for ne connaît pas (plus) la séparation de corps, en n’admettant que le divorce, pourrait être contournée à travers une demande directe de divorce au for ou par la saisine des tribunaux d’un autre for sympathique à la possibilité de conversion de la séparation en divorce . Un dernier défi, pas si simple, se présente en matière de loi applicable aux causes pour la conversion de la séparation de corps en divorce : la divergence de causes pour la conversion dictées par la loi applicable selon la règle de conflit du for et celle appliquée lors de la séparation de corps . Dans ce cas, la règle de conflit du for prévalait pour dicter les contours de la possible conversion .

### ***b) D’autres mesures provisoires***

**436.** A part la séparation de corps, d’autres mesures sont aussi utilisées pour garantir l’efficacité du relâchement et de la rupture du lien conjugal. Ces mesures sont destinées aux personnes et aux biens avec l’objectif, respectivement, de rassurer l’intégrité psycho-mentale des personnes et la conservation des biens objet d’un éventuel partage .

#### *α) Des mesures provisoires sur les personnes*

**437.** Parallèlement à la mesure de séparation de corps, qui touchent les conjoints eux-mêmes, l’on utilise d’autres mesures provisoires pour rassurer que les conjoints évitent toute forme de contact, en cas extrêmes d’insupportabilité de la vie commune, quand l’intégrité de l’un des conjoints est menacée par l’autre. Dans certains cas, surtout pour le cas de violence domestique, l’on adopte des mesures, comme des ordres des tribunaux, qui obligent le conjoint agresseur à maintenir une certaine distance physique du conjoint victime, d’éviter de fréquenter certains endroits où ils pourraient se croiser et d’éviter toute forme de contacte qui



puisse contraindre le conjoint protégé par la mesure. A côté de ces mesures pratiques, il est possible de poursuivre le conjoint agresseur, à travers une enquête criminel et un éventuel dossier criminel en justice, pour les agressions perpétrées ou intentées. Dans ce cas, le for compétent pour la mesure est celui qui tranche la demande de séparation de corps ou de divorce, à laquelle la demande de la mesure provisoire est dépendante. Sur la loi applicable à ce type de mesure provisoire, l'on applique la loi compétente à régir les effets de la séparation de corps ou du divorce, en raison de leur dépendance.

**438.** Un point intéressant à observer sur les mesures provisoires envisageant combattre les violences conjugales est que son régime légal s'est fortement ancré sur le modèle le plus usuel de violence de genre : au sein des couples « traditionnels », *id est*, pour les couples de personnes de sexe différent, où l'élément sexiste est conçu à travers le binôme du mari agresseur à l'égard de l'épouse victime. Ce mouvement a évolué jusqu'à reconnaître le crime de féminicide dans certains États (surtout en Amérique Latine) et au niveau de la CIDH<sup>235</sup>. Il faut ainsi s'interroger sur l'applicabilité de ces mesures aux couples de personnes du même sexe, parce qu'il serait naïf de croire que la violence conjugale n'existent pas chez les couples de personnes du même sexe. Certaines lois domestiques, et même certains traités internationaux, sur la matière, encadrent son application aux « femmes » victimes des violences. Si, en partant d'une application carrée de la règle qui consacre son application, quand la victime est une femme, plusieurs systèmes légaux, pourraient étendre, et certains le font déjà, son application aux couples de femmes lesbiennes, et même aux couples, où l'un des conjoints est une femme transsexuelle<sup>236</sup>, mais quid des couples formés par deux hommes. Il faut réfléchir sur une application analogue des lois existantes pour la violence domestique à l'égard des femmes aux couples formés par deux hommes, en considérant que le jeu de rôles (ying-yang) peut se reproduire chez ces couples aussi. Cette solution paraît peu probable, du côté politique et social, puisque la reconnaissance de la violence conjugale sexiste à l'égard des femmes chez les couples hétérosexuels fut une conquête difficile des mouvements sociaux, à laquelle il serait impossible renoncer et qui pourrait se voir affaiblie, face à une large extension. Une solution plus efficace, au moins dans le moyen terme, serait la réforme des règles actuelles sur les violences domestiques de façon à établir des règles parallèles pour les conjoints victimes chez les couples d'hommes ou pour les maris victimes de violence dans n'importe quel type de couple. L'on pourrait avoir recours à l'application

---

235 Voir les décisions de la CIDH contre le Mexique et le Guatemala.

236 En janvier 2019, la Cour Suprême de la Colombie a reconnu comme féminicide l'assassinat d'une femme transsexuelle.

des aggravantes de droit criminel déjà existantes ou à leur amélioration, de manière à ne pas laisser passer sans punition spécifique toute forme de violence au sein du couple. En tout cas, il convient de considérer comme plus grave la violence pratiquée au sein des rapports familiaux que les violences pratiquées par des gens avec lesquels les victimes n'ont pas un rapport spécial .

**439.** En partant du spectre de la violence domestique, l'on reconnaît que certaines mesures contre les violences conjugales appliquées entre conjoints soient étendues ou appliquées parallèlement à l'égard des enfants . Il n'est pas rare que le conjoint agresseur dirige ses violences non seulement au conjoint victime, mais aussi aux enfants . Même dans les cas où les enfants ne sont pas ciblés directement par les agressions (verbales ou physiques), l'ambiance violente contamine la paix au foyer de manière à rendre nocive aux enfants l'ambiance familial <sup>237</sup>. Ainsi, de forme pareil à ce que l'on fait pour certaines mesures provisoires adoptées pour garantir l'intégrité physique de l'un des conjoints, l'on adopte de mesures qui interdisent ou restreignent le contact de l'un des conjoints/parents avec les enfants . Il faut considérer que l'adoption de ce type de mesure se fait dans l'intérêt majeur de l'enfant, présumé partie vulnérable . Du côté légal, s'il y aurait une tendance à adopter, pour ces mesures provisoires de protection à l'enfant, le même for adopté pour la séparation de corps ou le divorce et la loi applicable aux effets de la séparation de corps ou du divorce ; il faut considérer que l'on se trouve dans un domaine délicat et spécial. En raison de la spécialité du thème, l'on applique un régime spécial, celui régissant les questions de l'autorité parentale ; surtout pour les mesures provisoires sur la garde et la visitation des enfants . Raison pour laquelle l'on renvoi aux arguments exposés dans la Deuxième Partie de ce travail.

**440.** Il faut considérer que, au nom de la coopération internationale, dans certains cas, les parties bénéficient des mécanismes offerts par les traités internationaux, surtout au niveau régional. Au niveau européen. Au niveau du Mercosur, le Protocole d'Ouro Preto sur les Mesures Provisoires du 1998 permet l'adoption d'une mesure provisoire par le juge d'un État-membre envisageant son exécution dans le territoire d'un autre État-membre .

---

<sup>237</sup> Dans plusieurs pays, au sein de l'application de la Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants du 1980, l'on a refusé le retour de l'enfant, basé sur les risques portés à l'enfant, en raison de la violence perpétrée au sein de la victime, même quand la violence ne ciblait pas directement l'enfant .

*β) Des mesures provisoires sur les biens*

**441.** Il n'est pas rare que, sous le climat tendu d'hostilité entre les conjoints ; lors de la séparation de corps ou du divorce, l'un des conjoints essaie de se débarrasser des biens ou frauder le partage d'un patrimoine supposé commun entre les conjoints ou qui appartient aux enfants, souvent en profitant des délais bureaucratiques adoptés par certaines juridictions entre la saisine de la cour et l'obtention d'une décision effective de partage . Une solution est l'adoption des mesures provisoires ayant pour l'objet la conservation des biens . Une difficulté que surgit est le possible conflit entre le for compétent pour la séparation de corps ou le divorce et celui de la situation des biens. Compte tenu le principe de la territorialité, il est fort probable que le for de la situation des biens, surtout s'il s'agit des biens immeubles, se considère exclusivement compétent pour trancher la question, cas où ses tribunaux refuseraient de reconnaître toute décision sur le thème dictée par les tribunaux du for ou de la séparation de corps . Une fois respecté le *forum rei sitæ*, il serait plus souple au juge du for de considérer l'application d'une loi étrangère (celle appliquée aux effets de la séparation de corps ou du divorce, par exemple), même s'il serait plus enclin à prioriser la loi du for, en tant que la *lex rei sitæ*, pour des mesures provisoires relatives aux biens situés dans sa juridiction . Une question importante est la détermination de la durée de la mesure, en tant que mesure provisoire : il convient à la règle de conflit du for où la mesure a été dictée de préciser sa durée .

**442.** Compte tenu la tendance des États à revendiquer de l'exclusivité en matière des biens, surtout pour les biens immeubles, la coopération internationale jouerait un rôle fondamental pour faciliter l'adoption des mesures .

## B. La réanalyse de certains effets du divorce et la reconnaissance de la dissolution à l'étranger

**443.** Il est important de considérer que la séparation de corps et le divorce n'épuisent pas leur force ou leur contenu lorsqu'ils sont prononcés dans une certaine juridiction . Même quand la décision de la séparation de corps ou du divorce est définitive, il n'est pas rare que l'on réanalyse certains de ces effets, en continuité, au for qui a prononcé la décision, ou dans une autre juridiction ayant validé le jugement de la séparation de corps ou du divorce. De

même, l'on revient – de façon limitée - sur la discussion du relâchement ou de la dissolution du mariage, quand l'on examine sa reconnaissance dans une autre juridiction .

## 1. La réanalyse de certains effets du divorce

**444.** Une fois dissous le mariage à travers le divorce, après l'épuisement de tous les délais pour son changement, si c'est le cas, le couple ne peut pas venir en arrière pour rétablir le lien matrimonial, sauf si les mêmes conjoints décident de se remarier. De toute façon, même s'ils le font, il s'agit en effet d'un nouveau mariage, entre les mêmes conjoints, et qui peut être soumis à d'autres règles, surtout en matière d'effets patrimoniaux . Si le divorce est inchangeable, quelques effets de la dissolution sont passibles de réanalyse, soit à travers la révision de certaines obligations établies entre les ex époux ou entre eux, mais à l'égard de leurs enfants, soit par l'examen des questions non épuisées lors de la décision ou non reconnus, lors de la reconnaissance du jugement à l'étranger . L'on a recours aux actions en complément du jugement de divorce, pour les questions non examinés au divorce ou pour les question analysées, mais non reconnues lors de la reconnaissance d'un divorce étranger. Et l'on utilise les actions visant la modification du jugement de divorce, si l'on cherche à réexaminer une question d'un divorce déjà fait ou reconnu au for, possiblement en raison de l'altération de circonstances .

### *a) Le complément du jugement de divorce*

**445.** Le complément du jugement de divorce vise à intégrer aux effets du jugement un effet non prévu lors de la dissolution, ou, un effet tranché par le jugement de divorce, mais qui n'est pas reconnu au for, et qui sera, par conséquent, considéré comme inexistant au for . Pour le cas de questions non examinés au divorce, l'on considère par exemple l'hypothèse de partage des prévoyances professionnelles d'un conjoint, auxquelles l'autre conjoint a droit en raison du régime matrimonial que leurs unissait . Il peut que sa liquidation ne soit pas abordée lors du divorce, parce que certaines prévoyances professionnelles sont prévues à l'étranger, à un certain domicile professionnelle de l'autre conjoint, mais pas au for. En sens inverse, il est possible que un jugement étranger s'abstienne de disposer sur le partage des prévoyances disponibles dans une caisse au for de la reconnaissance ou le fait de manière inconciliable

avec les dispositions en vigueur au for. En tout cas, il faut comprendre que les prévoyances professionnelles dérivent d'un statut corporatif spécifique, et, par conséquent, sont soumises à la loi du lieu corporatif et préférablement à son for .

**446.** Il ne serait pas rare que le statut corporatif auquel ces bénéficiaires soient rattachés prévoient l'exercice de l'autonomie de la volonté, surtout avec un choix préférentiel pour la *lex societatis* et le *forum societatis*. Monsieur le Professeur Bucher, en utilisant l'exemple suisse, très riche en matière d'avoirs en caisses, indique qu'un jugement étranger sur ce thème devrait indiquer sur le principe et les proportions du partage et s'appuyer sur une déclaration de la propre institution concernée, attestant l'accord de la caisse avec cette solution<sup>238</sup> . Sur la loi applicable, l'idéal serait l'application du « droit applicable au rapport de prévoyance », comme dit aussi par Monsieur Bucher<sup>239</sup> . A l'égard des couples de personnes du même sexe, il ne serait pas rare de considérer cette hypothèse, une fois que plusieurs grandes entreprises internationales adoptent depuis longtemps – même en avance par rapport à certains pays où elles se sont installés -, une politique d'inclusion et de reconnaissance aux conjoints et partenaires du même sexe<sup>240</sup> .

**447.** Une deuxième hypothèse de action en complément d'un divorce fait à l'étranger est la liquidation des biens situés dans une autre juridiction, qui ne reconnaît pas les effets d'un partage des biens, surtout ceux liés aux biens immeubles, découlent d'une décision de divorce ou de séparation rendues à l'étranger. En raison de la territorialité et des intérêts fiscaux de l'État de la situation des biens, certains systèmes légaux revendiquent une compétence juridictionnelle exclusive sur des biens situés sur son territoire. Même si cet État de la situation des biens reconnaît la décision rendue à l'étranger, il le ferait de manière partielle, sans reconnaître l'effet du partage des biens pour lesquels il revendique une compétence exclusive. Dans ce cas, le *forum rei sitae* s'en chargerait de la liquidation des biens sur sa juridiction, en imposant l'application de la *lex rei sitae*. C'est le cas du Brésil, dont les cours sont exclusivement compétentes pour la liquidation des biens du couple situés dans son territoire, en cas de divorce, dissolution de partenariat et séparation<sup>241</sup> .

---

238 A. BUCHER. n. 404. p. 143.

239 A. BUCHER. n. 406. p. 144.

240 Par exemple, certaines entreprises comme IBM, Google, Shell et divers compagnies aériennes.

241 Voir l'article 23, III du Code de Procès Civil du 2015 .

## ***b) La modification du jugement de divorce***

**448.** La marque des actions en modification du jugement de divorce est qu'elles touchent des matières qui comportent les effets prolongés dans le temps, au-delà du moment de la décision de la séparation de corps ou du divorce, comme les obligations alimentaires entre époux ou à l'égard des enfants, si que les questions liées à l'autorité parentale sur les enfants. La raison pour laquelle l'on ouvre le chemin à la révision des obligations alimentaires entre ex époux ou à l'égard des enfants est le changement de circonstances dans le temps. En effet, les obligations alimentaires sont traditionnellement ancrées sur le binôme de la nécessité/les besoins du créancier et de la possibilité/les ressources du débiteur, de manière à respecter un équilibre entre les deux parties et éviter des injustices. Compte tenu le changement de situation professionnelle et économique des ex conjoints, leur état de santé et les conditions médicales des enfants, le changement de domicile des ex époux ou des enfants, l'on peut remesurer le montant de ces obligations alimentaires, au bout de les mettre à jour pour éviter d'attribuer une avantage démesurée pour le créancier et d'imposer un sacrifice excessif au débiteur. Comme pour son établissement, ces obligations alimentaires gardent leur autonomie ; en tant que régime légal, de façon que l'on respecte le for et la loi applicable spécifiques pour cette matière . Pour une question méthodologique, l'on renvoi aux sujets traités sur les obligations alimentaires entre époux et aux obligations alimentaires à l'égard des enfants, respectivement, dans le chapitre premier du Titre Deuxième de la Première Partie de ce travail, et, à la Deuxième Partie de ce travail . Il est important d'observer la possibilité d'un conflit mobile entre l'établissement de l'obligation alimentaire et sa révision, en raison du changement de domicile, de résidence habituelle ou même de nationalité des parties ou de l'une d'elles, avec des conséquences sur une éventuelle loi personnelle applicable à la matière.

**449.** Un deuxième cas où l'on modifie les effets préalablement établis lors de la séparation ou du divorce est l'exercice de l'autorité parentale, inclus la garde et la visitation des enfants . Ici l'on considère prioritairement l'intérêt de l'enfant, de façon à l'adapter selon les changements de circonstances telles que le changement de situation professionnelle et économique des ex conjoints, leur état de santé et les conditions médicales des enfants, le changement de domicile des ex époux ou des enfants . Il est très important d'observer que l'opinion de l'enfant est même important, à partir d'une certaine âge, pour les mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Compte tenu l'autonomie du thème, ces questions sont soumises à un régime légal propre. Raison pour laquelle l'on renvoi à la Deuxième Partie

de ce travail, sur les effets personnels des rapports entre les époux et leurs enfants, pour les questions de l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants.

## 2. La reconnaissance du divorce ou de la séparation de corps à l'étranger

**450.** La question de la reconnaissance du relâchement ou de la dissolution du mariage à l'étranger est très importante et complexe, parce que cela touche non seulement l'effet direct du relâchement ou de la dissolution du lien de conjoints mais les divers effets patrimoniaux et personnels qui en découlent. Le domaine de la reconnaissance s'insère au chreproduction assistée de la juridiction indirecte, à travers la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères.

### *a) La reconnaissance*

**451.** D'abord, il est important de considérer que la reconnaissance d'une séparation de corps ou d'un divorce étranger corresponde à la reconnaissance d'une décision étrangère, mêmes dans les cas où la séparation de corps ou le divorce n'ait pas été prononcé par une autorité judiciaire. Cela dit, il faut observer que la séparation de corps ou le divorce étranger doit remplir les mêmes conditions exigées pour qu'une décision étrangère produise des effets à l'État requis . Usuellement, la plupart des systèmes légaux évitent d'analyser le fond des décisions dont la reconnaissance l'on demande, par respect à la souveraineté de l'autre juridiction étrangère, sauf pour les systèmes du Common Law, qui adoptent un système de révision partielle ou totale du fond, s'il admettent, respectivement, l'examen du fond sans ou avec la production des preuves relatives au cas. Le système délibatoire priorise les conditions formelles telles que l'authentification ou l'apostille des documents intégrant la décision pour son authenticité, la recevabilité effective de la partie défenderesse, la définitivité de la décision et la compétence de l'autorité ayant rendu la décision. Le fond de la décision n'est examiné que s'il heurte l'ordre public . Si autrefois le divorce était un thème tabou de manière à heurter l'ordre public dans plusieurs juridictions, empêchant ainsi sa reconnaissance ou le réduisant au niveau de la séparation de corps, le divorce est de nos jours une institution connue dans presque tous les systèmes légaux. Et cependant, il y a des différences d'un système à l'autre, à l'égard du contenu des causes, de la procédure et des effets de la

séparation de corps ou du divorce, qui peuvent bloquer sa reconnaissance dans une autre juridiction .

**452.** Sur le fond, il faut certainement observer que la reconnaissance d'une séparation de corps ou d'un divorce d'un couple de personnes du même sexe suppose que l'État de la reconnaissance connaisse le mariage et/ou l'institution visée par la décision, soit la séparation de corps, soit le divorce pour les couples du même sexe. Cette barrière transposée, il nous paraît peu probable que les différences de procédure pour le divorce entre le droit de l'État requis et le droit de l'État de la décision soient relevantes. La reconnaissance profite de la régence de la procédure pour le divorce par la loi du lieu où il a été prononcé, ce qui sert à valider le divorce s'il a été prononcé par un juge, par arbitrage, par un notaire ou à travers une convention adoptée par les conjoints, à condition que cela se fait selon le procédure en vigueur au for . Il nous paraît peu probable qu'un couple de personnes du même sexe réussisse à divorcer devant des autorités religieuses, même s'ils se sont mariés à travers un mariage religieuse qui soit reconnu comme mariage valable, parce que les États qui le font, n'acceptent le mariage religieux que par équivalence au mariage civil et soumettent encore le divorce aux autorités étatiques .

**453.** Malgré l'importance et la récurrence du divorce comme phénomène usuel en DIP, le droit conventionnel à ouverture universel – comme les conventions produites au sein de La Haye, qui sont ouvertes à signature et ratifications aux États de toutes régions de la planète - ne s'est pas beaucoup répandu sur le thème . Même si le divorce ait été le thème de l'une des premières conventions de DIP produites par la CHDIP, en 1902, et puis repris en 1970 ; les deux conventions de l'Organisation sur le thème n'ont pas trouvé beaucoup de succès . Si la répulse à l'institution du divorce dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle justifiait l'échec de la première convention, une certaine indifférence des États au thème - surtout de la part des États européens qui poussent d'habitude la ratification des conventions de l'organisation -, a condamné la deuxième convention à l'oubli. Les deux conventions s'appuyaient plus sur les règles de juridiction indirecte que sur les règles de conflit traditionnelles, compte tenu la circulation usuelle à l'internationale du divorce et de la séparation de corps, comme des jugement à être reconnus et exécutés, différemment de la reconnaissance du mariage ou du partenariat enregistré, faite à partir de la transposition de l'enregistrement d'un acte civil à une autre juridiction. Compte tenu le contexte d'épanouissement encore un peu limité du divorce à l'époque de son adoption, la Convention était prudente de manière à dénier la reconnaissance de la décision quand les deux ex époux étaient des ressortissants des États qui ne



reconnaissent pas le divorce<sup>242</sup> et de limiter la reconnaissance envisagée par la Convention à l'effet principal du relâchement ou de la rupture du lien conjugal, en écartant tous effets accessoires<sup>243</sup>.

**454.** Le texte conventionnel reprend les critères traditionnels pour la reconnaissance d'un divorce ou d'une séparation de corps prononcée dans un État-membre<sup>244</sup>, tels que l'authentification ou l'apostille des documents, le respect au principe du contradictoire pour les parties (la nécessité de faire assigner valablement la partie défenderesse et lui garantir l'opportunité de se manifester). La question de la compétence de l'autorité – judiciaire ou non-judiciaire<sup>245</sup> - ayant prononcé le divorce ou la séparation de corps – même avant l'entrée en vigueur de la Convention, si les États-membres concernés ainsi l'acceptent<sup>246</sup> - est établie de manière indirecte à travers une liste de chefs de compétence . La condition la plus sensible est certainement le respect à l'ordre public, à être utilisée comme un filtre à bloquer les effets des décisions étrangères inconvenables au for . Pour les couples de personnes du même sexe, la clause échappatoire de l'ordre public<sup>247</sup> serait la condition la plus importante, une fois qu'elle serait érigée comme une barrière aux juridictions réfractaires aux couples homosexuels.

**455.** Il est évident que la convention ne parle pas spécifiquement de divorce ou de séparation de corps des couples de personnes du même sexe -qui n'étaient pas reconnus comme tels lors de son adoption -, mais elle pourrait être appliquée à ces couples sans difficultés, en raison de sa neutralité, comme d'autres traités en matière de droit de la famille. D'ailleurs, cette reconnaissance pourrait s'appuyer sur l'application du principe de la protection, une fois que la Convention prévoit l'application d'une loi plus favorables de manière à faciliter la reconnaissance du divorce, à travers une application *favor divortii*<sup>248</sup>. En matière de conflits de juridictions, la Convention refuse la reconnaissance s'il y a une décision de l'État requis ou qui puisse y être reconnu en matière de l'état de personnes et qui soit incompatible avec la décision à être reconnue<sup>249</sup>. De même, la Convention reconnaît la litispendance, dont la conséquence serait la suspension de la demande de reconnaissance<sup>250</sup> .

Si le nombre d'États-membres est réduit, l'on y compte une majorité d'États-membres qui

242 Voir l'article 7<sup>o</sup> de la Convention de La Haye du 1970 .

243 Voir l'article 1, *in fine* de la Convention de La Haye du 1970 .

244 Voir l'article 6 de la Convention de La Haye du 1970 .

245 Voir l'article 1 de la Convention de La Haye du 1970 .

246 Voir l'article 24 de la Convention de La Haye du 1970.

247 Voir l'article 10 de la Convention de La Haye du 1970 .

248 Voir l'article 17 de la Convention de La Haye du 1970 .

249 Voir l'article 9 de la Convention de La Haye du 1970 .

250 Voir l'article 12 de la Convention de La Haye du 1970 .

acceptent le mariage entre personnes du même sexe et par conséquent le divorce qui leur soit applicable . Si, parmi ce cercle réduit, les États-membres européens seraient censés préférer appliquer entre eux le droit communautaire (le Règlement 2201/2003) que la Convention de La Haye du 1970, celle-ci reste utile, par exemple, pour les échanges entre les États-membres européens de cette convention et l’Australie – un État-membre non-européen qui reconnaît aussi le mariage et *ipso facto* le divorce homosexuel. Une opportunité ratée pour surmonter l’échec de la Convention de La Haye du 1970 serait la nouvelle Convention de La Haye pour la reconnaissance des jugements du 2019. Pourtant, la nouvelle convention a exclu quasi totalement les matières de droit de la famille de son champ d’application, surtout les décisions de divorce.

**456.** Au niveau régional américain, lors de la 2ème CIDIP, l’on a adopté la Convention interaméricaine sur la validité extraterritoriale des jugements et décisions arbitrales étrangères du 1979<sup>251</sup>, qui vise à faciliter la circulation des décisions étrangères dans la région. Comme la Convention a pour objet la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile, commerciale et de droit du travail (sauf limitation de la part de l’État aux questions patrimoniales, à travers déclaration), et à travers extension exprès de l’État, aux indemnités *ex delicto* en matière pénale<sup>252</sup>; elle sert à la circulation régionale des divorces et séparations de corps sans difficultés. Avec une rédaction simple et objectif, la Convention indique les conditions traditionnelles pour la reconnaissance de la décision : l’authentification (ou l’apostille) et la traduction des documents, la certitude de *res judicata* de la décision, le respect au principe procédural du contradictoire (la nécessité d’assigner valablement la partie défenderesse et de lui donner l’opportunité de se manifester) et le respect à l’ordre public de l’État requis. Et cependant la compétence indirecte de l’autorité ayant prononcé la décision est soumise à la loi de l’État où la décision doit être exécuté <sup>253</sup>. Ce qui résulte en pratique à un cumul du respect de la compétence indirecte de l’autorité de la décision à la fois à sa loi interne et à celle de l’État de l’exécution de la décision. Il est intéressant d’observer que la Convention soumet la procédure pour l’exécution de la décision reconnue à la loi de l’État de l’exécution<sup>254</sup>.

**457.** En ce qui concerne les couples de personnes du même sexe, il est important de dire que la Convention peut être utilisée dans la région pour faciliter la reconnaissance de

---

251 La Convention a entré en vigueur le 14/06/1980 et fut ratifiée par l’Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Colombie, l’Équateur, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, l’Uruguay et le Venezuela .

252 Voir l’article 1 de la Convention interaméricaine du 1979 .

253 Voir l’article 2 de la Convention interaméricaine du 1979 .

254 Voir l’article 6 de la Convention interaméricaine du 1979 .

décisions familiales de ces couples sans problèmes, puisque presque tous les États de l'Amérique Latine qui reconnaissent le mariage homosexuel comme ceux qui sont en train de considérer l'ouverture du mariage pour tous ont ratifié cette Convention, sans la limiter aux questions patrimoniales .

**458.** Au niveau régional européen, le Règlement 2201/2003 prévoit la reconnaissance et l'exécution des décisions entre les États-membres, en partant de l'utilisation indirecte des chefs de compétence énoncés aux articles 3-7. Le Règlement reprend les critères traditionnels pour la reconnaissance, en statuant sur les motifs pour le refus de reconnaissance, comme l'offense à l'ordre public de l'État requis, le manque de contradictoire entre les parties, le conflit avec la *res judicata* de l'État requis, d'un État-membre ou même d'un tiers État<sup>255</sup>. Le Règlement interdit aussi toute forme de révision du fond de la décision<sup>256</sup> ou questionnement de la compétence de l'autorité ayant rendu la décision<sup>257</sup> ou de la loi appliquée par cette autorité<sup>258</sup> .

**459.** Au niveau d'intégration régionale du Mercosur<sup>259</sup>, le Protocole de Las Leñas du 1996, sur la coopération internationale en matière civile pénal administrative a facilité la circulation de jugements *intra bloc*. L'on permet d'utiliser les commissions rogatoires pour reconnaître et exécuter les décisions entre les États-membres<sup>260</sup>. En 2009, ce bénéfice a été étendu aux États-associés<sup>261</sup>, qui sont des États n'appartenant pas au bloc, mais qui bénéficient des avantages commerciales du bloc et des mêmes règles de liberté de circulation<sup>262</sup>. L'avantage de l'utilisation des commissions rogatoires est de simplifier et d'accélérer la reconnaissance et l'exécution des jugements entre ces États, une fois que cette procédure est moins complexe, moins coûteuse et plus rapide que la traditionnelle procédure d'exequatur appliquée pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères au niveau national de tous les États .

*α) La reconnaissance au même niveau du divorce ou de la séparation de corps*

**460.** *A priori*, si l'État requis reconnaît intégralement tous les effets de la séparation de corps ou du divorce étranger, il n'y aurait pas de difficultés pour reconnaître l'état civil des ex

---

255 Voir l'article 22 du Règlement n. 2201/2003 .

256 Voir l'article 26 du Règlement n. 2201/2003 .

257 Voir l'article 24 du Règlement n. 2201/2003 .

258 Voir l'article 25 du Règlement n. 2201/2003 .

259 Le Mercosur compte comme États-membres l'Argentine, le Brésil, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela .

260 Voir les articles 21 et 22 du Protocole du 1996 .

261 Ces États sont la Bolivie, le Chili, la Colombie et le Pérou.

262 Voir les articles 21 et 22 du Protocole du 2009 .

époux comme divorcés ou séparés. Et cependant, certaines adaptations pourraient s'imposer pour la jouissance de certains effets dans l'État requis .

**461.** Il est important d'observer que la reconnaissance du divorce ou de la séparation de corps peut se faire avec certaines nuances, sans décaractériser le bout de la décision. Comme une séparation de corps ou un divorce comporte non seulement l'effet principal, respectivement, du relâchement ou de la rupture du lien conjugal, mais aussi plusieurs effets accessoires ; certains de ceux effets non essentiels peuvent être écartés lors de la reconnaissance, permettant une reconnaissance partielle de la décision . Il n'est pas rare que le for de l'État requis reconnaisse la séparation de corps ou le divorce, mais qu'il refuse certains effets tels que le partage du patrimoine du couple (en raison de la compétence exclusive de ses tribunaux, pour les demandes versant les biens sur son territoire) ou les obligations alimentaires entre ex époux (à cause des divergences de l'extension des obligations alimentaires entre les deux systèmes légaux) . Dans ces cas, les parties pourraient se prévaloir des actions en complément du divorce ou de la séparation de corps pour obtenir les effets non reconnus . Il peut aussi que l'État requis reconnaisse des effets plus limités aux conjoints du même sexe et, par conséquent, ne reconnaisse pas certains effets aux ex époux du même sexe .

**462.** Une hypothèse rare serait la reconnaissance du divorce ou de la séparation de corps pour un couple de personnes du même sexe dans une juridiction qui ne reconnaît pas ces couples en droit interne . Il s'agirait d'un exemple d'extrême tolérance et que susciterait même la question de l'application d'un statut plus favorable aux ressortissants étrangers que celui octroyé aux ressortissants du propre État. Cela a été fait par la Cour suprême d'Israël, qui a reconnu le divorce d'un couple marié au Canada, même si le pays n'accepte pas le mariage homosexuel dans son système légal au niveau domestique . Néanmoins, il faut observer que la situation du droit israélien est très particulier, puisqu'il soumet le statut familial à la religion et comme les religions Abrahamiques reconnus par l'État ne pratiquent pas le mariage religieux pour les couples de personnes du même sexe, le mariage entre couples de personnes du même sexe reste une institution inconnue en droit interne . Plus qu'un saut pour faire avancer le statut des couples de personnes du même sexe au-delà du droit interne, le tribunal israélien s'est utilisé du traitement déjà appliqué aux couples de personnes de sexe différent, dont le mariage n'était pas reconnu en Israël, parce qu'il se faisait hors la forme dicté par le statut personnel régissant la matière . Tous ces couples pas reconnus comme conjoints par le droit israélien seraient considérés comme des « époux réputés ». En tout cas, c'est certainement une démonstration d'extrême tolérance de chercher une solution

d'adaptation de l'institution que de la condamner à la non reconnaissance sous le fondement de l'offense à l'ordre public .

**463.** Une autre hypothèse intéressante serait la possibilité de reconnaissance de certains effets rattachés au divorce ou à la séparation de corps, sans la reconnaissance formelle du divorce ou de la séparation de corps au for . Il s'agit ainsi d'une situation technique d'autonomie des effets accessoires – qui seraient par définition dépendants de l'effet principal –, dont l'efficacité serait reconnue au for, indépendamment de la reconnaissance formelle du jugement ou du décret de divorce ou de séparation de corps. Le droit brésilien permet, par exemple, que les effets d'un divorce fait à l'étranger soient invoqués incidemment, pas à titre principal, dans une action aux cours brésiliennes, même si le divorce n'est pas formellement reconnu au Brésil<sup>263</sup> . Il est intéressant d'observer que le droit brésilien prévoit que, sauf s'il y a un traité international en sens contraire, toute décision étrangère soit soumise à un examen d'exequatur par la Cour Supérieure de Justice – équivalente à une cour de cassation –, pour que la décision produise des effets au Brésil<sup>264</sup> . D'ailleurs, l'examen de certains effets du divorce à titre subsidiaire dans une action ne conduit pas à la reconnaissance du divorce au Brésil, ni permettrait l'enregistrement du divorce à l'enregistrement civil au Brésil, qui ne serait possible qu'après l'exequatur de la Cour Supérieure de Justice . Une hypothèse illustrative serait une action pour discuter la garde des enfants ou l'obligation alimentaire entre ex époux au Brésil, mais basée sur un divorce fait à l'étranger. Ces effets disciplinés lors du divorce pourraient être allégés et exécutés au Brésil .

*β) La sous-reconnaissance du divorce*

**464.** Un problème qui peut se poser est la sous-reconnaissance d'un divorce étranger comme une catégorie inférieure telle que la séparation de corps ou une catégorie semblable qui ne permet pas la dissolution totale du lien conjugal. De nos jours, il est peu probable que cette question se pose, parce que les systèmes qui reconnaissent le mariage et *ipso facto* le divorce entre couples de personnes du même sexe ont surmonté il y a longtemps l'idée de l'indissolubilité du mariage. En revanche, l'hypothèse de sous-reconnaissance du divorce comme simple dissolution de partenariat enregistré serait possible et pas rare, face aux limitations de reconnaissance de couples de personnes du même sexe dans certaines juridictions. L'on se trouve devant un problème de qualification restrictive du divorce ou de

---

263 Voir l'article 962 du Code de Procès Civil Brésilien .

264 Voir l'article 960 du Code de Procès Civil Brésilien .

question préalable en DIP , face à la non reconnaissance du lien qui origine le divorce. En effet, le problème est la requalification du mariage en partenariat enregistré, qui limiterait ainsi la reconnaissance de la dissolution du lien du couple au niveau de la simple dissolution du partenariat . Cela se produirait par exemple en Italie et en Suisse .

**b) *Le refus***

**465.** Plusieurs raisons peuvent être invoquées pour la non reconnaissance d'une décision étrangère de divorce ou de séparation de corps d'un couple de personnes de même sexe . Même si le for connaît l'institution du mariage entre personnes du même sexe, il peut que la reconnaissance soit refusée d'une manière technique en raison du manque de conditions essentiels pour la reconnaissance . Néanmoins, le refus à la reconnaissance du divorce ou de la séparation de corps prononcés à l'étranger pour les couples de personnes du même sexe est le plus souvent une conséquence directe de la difficulté de circulation du mariage homosexuel à l'international, en raison de la hostilité de plusieurs juridictions à reconnaître ce genre de mariage. Compte tenu des différences existantes d'un système légal à l'autre, les particularités du droit du for peuvent s'ériger en barrière de manière à empêcher toute forme de reconnaissance ou d'effets d'une décision étrangère, qui lui paraît « bizarre » à point de heurter ou menacer la stabilité de l'ordre juridique au for. Ce corpus de résistance du droit local qui doit être sauvegarder à tout prix correspond à la notion d'ordre public, dont le concept est très subjectif, puisqu'il change dans le temps et l'espace . Tels sont les cas par exemple du divorce lui-même, autrefois interdit et puis libéré dans plusieurs juridictions les dernières décennies, si que le mariage polygamique musulman, simultanément réglementé au monde arabe et interdit dans le monde occidental . Il faut considérer que le domaine de rapports de familles est probablement l'un des domaines où la notion d'ordre public se fait sentir de manière plus sensible, parce que ces rapports sont influencés par la moral, le changement de mœurs et même la religion . Pour une analyse plus précise du recours au principe de l'ordre public comme fondement pour rejeter la reconnaissance d'une décision étrangère, il convient de distinguer la notion d'offense à l'ordre public matériel de l'ordre public procédural.

*α) L'ordre public matériel*

**466.** La reconnaissance d'une décision étrangère heurte l'ordre public matériel quand elle touche le fond, le contenu de la décision . Ici l'on se trouve devant les cas les plus récurrentes de refus de reconnaissance d'un divorce d'un couple de personnes du même sexe, en raison du nombre élevé de juridictions qui refusent toute forme de reconnaissance aux couples de personnes du même sexe . Ici, l'hostilité de l'État requis est plus forte qu'au cas de sous-reconnaissance du divorce ou de la séparation de corps en une mesure de dissolution ou relâchement d'un partenariat enregistré, dans un État qui limite la reconnaissance aux formes hors mariage. Ainsi, l'État requis refuse la reconnaissance parce que les contours du mariage et du divorce homosexuel consistent en une institution tellement inconnue, que sa reconnaissance serait insoutenable dans cet État . Tel serait le cas de la plupart des systèmes légaux, compte tenu que les couples de personnes du même sexe jouissent encore d'une reconnaissance limitée au niveau internationale.

**467.** Même quand il y a de la compatibilité de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe entre l'État de la décision et l'État requis, à l'égard de la reconnaissance du mariage et du divorce de personnes du même sexe ; il peut que la décision ne soit pas reconnue, en raison de son contenu . Tel serait le cas pour un divorce rendu sans respecter un délais considéré comme raisonnable à caractériser la rupture irréconciliable du lien conjugal . Il serait peu probable que l'État requis refuse la reconnaissance parce qu'il considère les causes utilisées pour le divorce ou la séparation de corps comme pas justifiables . Il serait convenable de considérer les causes comme valables si elles correspondent à celles prévues par la loi applicable selon la règle de conflit en vigueur dans l'État de la décision. D'ailleurs, si le lien est rompu, il n'y aurait pas de raison pour ne pas reconnaître la décision .

**468.** Une raison pour le refus serait un motif contraire à la dignité de l'un des conjoints, comme un motif discriminatoire basé sur la race ou la religion. En thèse, cette hypothèse nous paraît peu probable pour les couples de personnes du même sexe. L'égalité de traitement entre les conjoints, puisque ce sont des conjoints du même sexe, éviterait des situations de décalage légal entre les conjoints en raison de rapports de genre. D'ailleurs, la restriction du mariage entre personnes du même sexe à un cercle de systèmes qui n'adoptent pas de hiérarchie entre les conjoints, comme la plupart de systèmes musulmans, éviterait des décisions comme certains cas de répudiation, où le divorce est imposé à la femme par le mari de forme unilatérale<sup>265</sup> . Néanmoins, une hypothèse de traitement défavorable à l'un des conjoints,

---

<sup>265</sup> Il est important de dire que la répudiation, actuellement, n'est pas forcément considérée comme une forme abusive de divorce par certaines juridictions occidentales. Depuis quelques années, plusieurs systèmes légaux considèrent que, dans certains cas où une autorité atteste légalement la répudiation, elle serait valable. Et l'on

comme un partage défavorable des biens, en situation de partage dicté par la communicabilité des biens, et/ou l'établissement des obligations plus lourdes à l'un des conjoints pour une supposée responsabilité pour l'échec de l'union, pourrait s'avérer une raison pour le refus de reconnaissance de la décision, par respect au traitement isonomique aux conjoints .

*β) L'ordre public procédural*

**469.** La reconnaissance d'une décision étrangère heurte l'ordre public procédural quand elle ne respecte pas des exigences procédurales considérées comme essentielles au déroulement valable de la procédure du divorce ou de la séparation de corps. Le point le plus connu est la manifestation de consentement des conjoints pour le divorce. Dans le cas d'un divorce consensuel, il faut que les deux conjoints aient manifesté leur consentement de manière claire et consciente . Il n'est pas nécessaire que les conjoints soient présents pour le divorce, mais que leurs représentants expriment clairement la volonté des conjoints . Une question qui se pose est la possibilité d'un divorce ou d'une séparation de corps obtenus à travers une procuration . Si le droit de l'État requis interdit le divorce par procuration, il pourrait refuser la reconnaissance en considérant que le divorce par procuration heurte l'ordre public procédural, ou il pourrait l'accepter s'il prend en compte que cela serait un élément de forme soumise à la *lex loci actus* de l'État de la décision, qui la considère valable . Il est intéressant d'observer que l'on pourrait considérer que l'avocat de l'un des conjoints agisse de manière régulière à travers les pouvoirs qui lui sont professionnellement octroyés sans dénaturer le consentement du conjoint qu'il représente, en raison du lien professionnel et technique. Dans l'hypothèse d'un divorce ou d'une séparation de corps obtenu à partir d'une requête individuelle de l'un des conjoints, il est nécessaire de garantir que le conjoint défendeur ait été notifié de la requête et ait eu l'opportunité d'être entendu et même de s'y opposer, en raison du respect au droit à l'accès à la justice. Ainsi, des décisions obtenus de forme abusive, comme la notification du conjoint défendeur à travers de bans publiés au journal officiel de l'État de la décision, si ce conjoint défendeur n'y ait pas sa résidence, pourrait être considérée comme invalide, même si la loi de l'État de la décision le prévoit .

**470.** Autre situation serait la décision obtenue dans une juridiction étrangère grâce à un chef de compétence considéré comme exorbitant par l'État requis. Cela serait le cas où l'État de la décision juge en usurpant une compétence exclusive de l'État requis pour le cas ou de non

---

pourrait aussi contester certains effets comme l'interdiction d'obtenir une pension alimentaire .



respect aux règles préalablement établis, comme l'exercice de l'autonomie de la volonté, ou encore une décision rendu dans l'espace européen sans respecter les options de chefs de compétence indiquées par le Règlement Bruxelles II-bis, quand il devrait forcément s'appliquer . Il est important de dire que ces situations procédurales sont plus neutres et la motivation pour le refus à la reconnaissance ne serait pas une discrimination à l'égard des couples de personnes du même sexe, mais des situations aussi applicables aux couples de personnes de sexe différent . Pour la première situation, considèrent qu'il y a non seulement une offense à l'ordre public (procédural), mais aussi une offense à la souveraineté de l'État requis.

## §2. La dissolution des catégories distinctes du mariage

**471.** La diversité des droits et obligations offerts aux partenaires en raison de la variété des modèles de partenariats ou unions libres qui leur sont ouvertes dans divers systèmes légaux pose des difficultés pour sa dissolution et les conséquences qui en découlent à l'international .

### A. Le domaine légal de la dissolution

**472.** Comme pour le mariage, la dissolution d'un lien familial hors mariage comprend non seulement la dissolution du lien familial lui-même, mais aussi de conséquences secondaires, comme les mesures provisoires et les effets accessoires de la dissolution, tels que les obligations alimentaires et l'entretien des enfants . En effet, le partenariat - même dans l'usuelle version enregistré – ou une union libre - comme le concubinage – comporte des effets patrimoniaux et personnels entre les ex partenaires et à l'égard des enfants issus du couple. Dans certains systèmes légaux, les effets de la dissolution d'un partenariat sont plus souples que ceux du mariage, parce que le lien impose à l'origine moins d'obligations que le mariage . Son « supposée infériorité » par rapport au mariage permet d'habitude la dissolution d'une forme plus simple et directe. Et cependant, il y a des systèmes où le partenariat s'est beaucoup rapproché du mariage et le conduit à l'application des règles semblables à celles appliquées au divorce . Une comparaison toujours pertinente, une fois que toute forme de

modèle familial hors mariage, même indirectement à travers une force centripète ?????, part du modèle du mariage traditionnel .

## 1. La dissolution

**473.** Compte tenu l'éventail de modèles familiales hors mariage disponibles aux couples de personnes du même sexe, certains défis se posent pour la dissolution et les effets qui en découlent . Si le modèle du partenariat enregistré bénéficie de la solennité – qui lui rapproche du mariage – le partenariat informel et toute forme d'union libre – telle que le concubinage – padècent de la précarité de l'informalité pour sa dissolution . Pas seulement les différents contenus de droits et obligations entre les partenaires, mais aussi les différences d'un modèle à l'autre suscitent des solutions complexes pour la dissolution du lien et ses effets à l'international . Même pour les cas où la dissolution se fait d'une manière plus simple qu'un divorce, à travers une requête administrative – conjointe ou individuelle des partenaires –, il peut avoir des effets complexes au-delà de la simple dissolution du lien . Pour cette analyse, il faut considérer le for compétent à le faire et la loi applicable à la dissolution .

### *a) Le for compétent*

**474.** Pour toute forme de dissolution d'un partenariat ou forme pareille d'union, il faut partir de l'examen de la juridiction compétente, qui jouera aussi un rôle déterminante pour la loi applicable . Soit à travers une procédure judiciaire, soit à travers une procédure administrative, les chefs de compétence jouent un rôle important pour déterminer l'autorité devant laquelle la dissolution doit se faire .

### *α) Le for naturel*

**475.** Contrairement au mariage, qui jouit d'une certaine universalité et facilité pour sa circulation, le partenariat se multiplie en différents modèles aux contenus divers. D'une part, le for de l'enregistrement répond a une vocation naturelle comme le for idéal à la dissolution du partenariat enregistré . Sa ressemblance à un rapport contractuel – plus accentuée dans certains systèmes légaux - justifie la préférence pour le for de l'enregistrement de l'acte. La

préférence pour le for du lieu de son enregistrement, met le partenariat enregistré à l'abri de la certitude de ses effets, y inclus la dissolution. D'autre part, le for du lieu de la constitution de la obligation serait le for naturel pour la dissolution du partenariat informel, en raison de son approximation à un rapport obligationnel . Si un partenariat enregistré bénéficie d'une certaine solennité qui facilite sa circulation comme acte formelle, le partenariat informel risque l'incertitude de sa non reconnaissance dans d'autres juridictions, qui ne le reconnaissent. D'ailleurs, il faut préciser que la reconnaissance du partenariat informel se fait dans certains systèmes légaux souvent simultanément à sa dissolution, à travers une constatation par une autorité – administrative ou judiciaire – d'une situation de fait qui se prolonge dans le temps, ce qui renforce sa dépendance au for de la constitution du lien informel. Ainsi, le for du lieu de la constitution du partenariat informel rassurerait les partenaires comme alternative sûre pour obtenir sa dissolution .

**476.** La proposition de la demande de dissolution du partenariat enregistré et du partenariat informel, respectivement, au for de l'enregistrement et au for du lieu de constitution, rassurerait les partenaires de la reconnaissance du lien tel qu'il s'est formé à l'origine et avec les exacts contours qu'il possède, y inclus tous les effets pour sa dissolution. Ce qui répond à la consécration de ces fors comme les juges naturels à trancher la dissolution.

#### *β) Les fors résiduels*

**477.** Malgré leur vocation à fors naturels, le for du lieu de l'enregistrement pour le partenariat enregistré et le for du lieu de la constitution pour le partenariat informel pourraient ne pas être les fors idéaux pour la dissolution à l'égard de certains couples. Compte tenu la complexité des rapports familiaux, selon la durée et la dynamique du rapport unissant le couple, ces fors « présumés naturels » peuvent être éloignés de toute proximité avec le couple, au moment de la dissolution. Comme pour toutes phases et effets de la vie commune d'un couple de personnes du même sexe, leur accès à la dissolution du partenariat suppose que le système légal du for connaisse forcément non seulement la dissolution du lien, mais aussi le lien duquel elle est dépendante. En tout cas, il peut que la perméabilité du système légal du for aux couples homosexuels ne soit pas suffisante pour sa dissolution.

**478.** La méconnaissance du modèle de partenariat vécu par le couple peut poser des obstacles à sa reconnaissance . Par exemple, d'une part, si un couple qui ait établie un partenariat informel dans un certain État – qui n'offre que cette option de cohabitation hors

mariage – demande, suite à un changement de résidence à un autre État que ne reconnaît que le partenariat enregistré, la dissolution du lien dans cet État-ci, elle risque d'être refusée ou requalifiée en dissolution d'une union libre. D'autre part, l'hypothèse inverse pourrait se présenter comme faussement avantageuse aux partenaires : le for qui ne reconnaît que le partenariat informel pourrait recevoir une demande de dissolution d'un partenariat, à l'origine enregistré dans un autre État, et l'accepter . S'il n'y aurait pas de raison pour nier la reconnaissance, une fois que un partenariat enregistré remplirait des conditions de preuve suffisantes à prouver une cohabitation, un lien valable entre les partenaires ; la dissolution du lien serait plafonnée aux limites des effets d'un partenariat informel, auquel le lien serait réduit à travers une reconnaissance incidente aux fins de dissolution.

**479.** Au but de répondre aux besoins de parties, certains États adoptent d'autres chefs de compétence que les fors naturels de l'enregistrement, pour le partenariat enregistré, et de la constitution, pour le partenariat informel. Cette ouverture se justifie non seulement par le fait que les partenaires peuvent avoir un lien affaibli avec ces fors naturels au moment de la dissolution, mais aussi parce que l'on est dans le domaine du statut personnelle, en considérant le partenariat comme un modèle d'organisation de la vie familiale. Ainsi, certains systèmes légaux prévoient le recours au for du domicile ou de la résidence habituelle du couple, en reprenant l'idée du centre de la vie du couple, représenté par l'image du foyer. D'autres États préfèrent le for de la nationalité commune des conjoints. Comme pour le divorce, ces deux types de critères sont parfois mitigés, cumulés et adoptés de manière subsidiaire . Le choix pour le dernier domicile ou la dernière résidence habituelle des partenaires se justifie par l'idée de cohabitation des partenaires – qui serait capturée comme une image d'écran correspondant à la cohabitation immédiatement antérieure à la rupture – et répond à un élément de rattachement aux deux partenaires. Le choix pour le domicile, la résidence habituelle ou la nationalité de l'un des partenaires se montre utile aux cas de requête individuellement proposée. Dans certains cas, ces critères sont cumulés (l'on conditionne le for de la résidence habituelle de l'un des partenaires au fait qu'il ou qu'elle ait la nationalité du for) ou conditionnés (l'on exige que la résidence habituelle de l'un des partenaires au for précède la requête d'un certain délais). Cette variété de critères est une bonne solution pour les conflits mobiles, face aux changements de domicile ou de résidence habituelle du couple pendant la durée du partenariat, et aux cas où les partenaires vivent dans des juridictions différentes, souvent par de raisons professionnelles ou par choix exprès. Ces critères élargis

permettent aux partenaires ou à l'un d'eux de prendre l'initiative à mettre fin à un rapport possiblement déjà échoué et qui consiste une situation de conflit au bord de la violence .

**480.** Compte tenu la considérable jeunesse du partenariat (enregistré ou informel) en tant qu'institution pour l'organisation de la vie familiale, il est pratiquement ignoré au niveau du droit conventionnel . Malgré l'ouverture des partenariats aux couples de personnes du sexe différent dans divers systèmes légaux, les partenariats reste associés aux couples de personnes du même sexe dans certains États. Ce qui suscite une certaine résistance de la part de certains États à s'engager aux obligations internationales à travers des traités sur le thème . Malgré l'importance du thème et l'épanouissement de l'institution les dernières décennies, il manque encore une convention internationale à vocation universelle pour traiter le thème en DIP. Au sein de la Conférence de La Haye de Droit International privé, il y a un projet de convention sur les partenariats enregistrés, mais qui semble sans perspectives de voir le jour dans les prochaines années . Néanmoins, c'est dans la région où l'institution du partenariat enregistré s'est érigée que l'on trouve les règles de coopération internationale visant les partenariats enregistrés. En absence d'un règlement pareille au Règlement n. 2201/2003, qui possibilite un choix tacite – malgré une certaine limitation – parmi une liste d'options de for pour le divorce, les partenaires ont recours aux choix plus limités que celles offertes à l'article 3 du Règlement 2201/2003. Le Règlement 214/2016, qui s'occupe du régime patrimonial des partenariats enregistrés, prévoit que les effets patrimoniaux de la dissolution du partenariat sont analysées par le for compétent à analyser la dissolution<sup>266</sup> et permet l'élection de for à trancher une éventuelle dissolution du partenariat<sup>267</sup>.

**481.** Face au risque de ne pas trouver un for compatible avec la dissolution du partenariat d'un couples de personnes du même sexe ou de tomber sur un for que change les contours du lien et les effets correspondants à sa dissolution, les partenaires du même sexe, pourraient prioriser le recours à l'autonomie de la volonté pour la demande de dissolution du partenariat. En utilisant le forum shopping, ils pourraient choisir sur mesure le for qui leur soit le plus convenable . Ils pourraient aussi choisir l'arbitrage, comme une possibilité de soumettre la question aux experts et à une loi spécialisée sur le thème et que leur soit probablement favorable. Et pourtant il est raisonnable que le choix ne soit pas illimité, afin d'éviter le choix d'une juridiction exorbitante . Les possibles choix devraient se limiter aux fors qui admettent le partenariat entre deux partenaires du même sexe, mais qui gardent du contact avec le

---

266 Voir l'article 5 du Reglement 2016/1104 .

267 Voir l'article 7 du Reglement 2016/1104 .

couple, par respecte au principe de la proximité. Les choix pour les critères traditionnels comme le domicile ou la résidence habituelle du couple, ou, plus spécifiquement, le premier/dernier domicile ou la première/dernière résidence habituelle, correspondraient au choix pour le centre de vie du couple. Les choix préférentiels pour le for de la nationalité commune des partenaires, de la nationalité de l'un d'eux, ou encore du domicile ou de la résidence habituelle de l'un d'eux pourrait répondre à certaines attentes du couple. Le choix pour le for de l'enregistrement du partenariat serait un choix raisonnable, comme for naturel . Il est important d'observer que la catégorie du partenariat intervient directement sur toute possibilité d'exercice de l'autonomie de la volonté par le couple . Si la formalité du partenariat enregistré favorise cette prérogative, il est important d'observer que la loi du lieu de l'enregistrement du partenariat doit la considérer valable, en tant qu'acte juridique. D'ailleurs, il est important que la loi choisie se montre un choix raisonnable, en gardant un minimum de proximité avec le rapport et en se considérant elle-même potentiellement applicable au rapport. En revanche, pour le partenariat informel le recours à l'arbitrage ou à l'élection de for ne pourrait se faire qu'à travers un accord entre les partenaires, fait lors du surgissement de la crise qui conduit à la dissolution du couple. Le manque de solennité caractéristique de cette catégorie empêche un choix préalable, fait de manière préventive. Et cependant cette possibilité reste avantageuse et souhaitable dans plusieurs systèmes légaux . Si le niveau des tensions entre les partenaires peut anéantir la possibilité de dialogue qui permet le choix dans un moment de crise, cette alternative se rend utile exactement comme une forme de surmonter les tensions en cherchant un moyen alternatif de résolution de conflit.

#### ***b) La loi applicable***

**482.** Semblablement à ce qu'il se passe pour le divorce, la dissolution du partenariat comprend la dissolution du lien partenarial, si que les effets accessoires de la dissolution. En matière de loi applicable, il faut vérifier dans quelle mesure les effets accessoires à la dissolution suivent la même loi applicable à la dissolution du lien ou pas .

#### ***α) La loi applicable à la dissolution***

**483.** Comme pour le divorce, la complexité de la dissolution du partenariat conduit à un inévitable dépeçage pour distinguer les causes, la procédure et les effets de la dissolution du

partenariat. D'abord, il faut éclairer que la loi applicable aux causes pour la dissolution peut libérer les partenaires de baser la demande de dissolution à des motifs graves ou spécifiques, en rapprochant ainsi la dissolution du partenariat d'un simple acte juridique – parfois unilatérale –, aux conséquences obligationnelles. Sur la procédure pour la dissolution, elle peut varier d'une simple procédure administrative à une procédure judiciaire assez complexe, soit à une requête conjointe des partenaires, soit à une requête unilatérale de l'un des partenaires. En matière d'effets applicables à la dissolution, la loi qui leur est applicable peut varier selon la spécificité et l'autonomie de certains effets, de façon qu'une loi soit appliquée aux effets de la dissolution en général et d'autres possibles lois soient à la fois applicables à certains effets, comme les obligations alimentaires entre ex partenaires et la garde des enfants.

**484.** Malgré une certaine tendance à l'unité de la *lex fori* comme la loi applicable aux causes, à la procédure et aux effets de la dissolution (sauf pour les effets régis par les lois spécifiques en raison de sa spécificité), l'on reconnaît la pertinence de l'application de la loi de l'enregistrement pour le partenariat enregistré et la loi de la constitution pour le partenariat informel, comme des lois applicables à vocation naturelle, de la même façon que ces critères sont conseillés comme des critères pertinents en matière de juridiction. Telle est la position de la loi française, après la réforme du PACS en 2009, avec l'introduction de l'article 515-7-1 au Code Civil, qui détermine l'application de la loi du lieu de l'enregistrement du partenariat enregistré pour régir ses effets.

**485.** En dépit d'une application unitaire de la loi du for en raison d'une règle unilatérale du for et de la vocation de la loi de l'enregistrement, pour les partenariats enregistrés, et de la loi de la constitution, pour le partenariat informel ; une loi étrangère peut intervenir à titre de loi personnelle pour les causes et les effets de la dissolution du partenariat, selon la règle de conflit de certains systèmes légaux. Dans ce sens, au cas où le critère de rattachement conduit à l'application de la loi personnelle, en raison du rattachement au statut personnel, l'on pourrait avoir recours à l'application de la *lex patriae*, la *lex residentiae* ou la *lex domicilii*, selon le critère adopté par chaque système légal national. Faute de nationalité commune des partenaires ou en raison d'une rupture préalable à la demande de dissolution qui empêche à déterminer un domicile ou une résidence habituelle en commun lors de la demande, l'on peut avoir recours subsidiairement aux critères de préférence pour la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle de l'un des partenaires. Compte tenu l'application de la loi du for pour régir la procédure de la dissolution, en raison de la traditionnelle soumission de la procédure à la *lex fori*, l'extension de l'application de la loi du for pour discipliner les causes pour la

dissolution pourrait favoriser l'harmonie de la décision, une fois que la loi de la procédure conditionne les motifs pour la demande, en se confondant dans les cas de dissolution judiciaire, avec les conditions de l'action . Quant aux effets de la dissolution, il est important de considérer que la loi qui leur soit applicable devrait se harmoniser avec la loi applicable aux causes, soit la loi du for, soit la loi personnelle .

**486.** Possiblement en raison de la particularité du régime légal adopté pour le partenariat dans chaque système légal, l'on vérifie une tendance à l'adoption des règles unilatérales de conflit, qui prévoient l'application du droit domestique à la création et aux effets du rapport. Et cependant dans les cas où la règle unilatérale ne se considère pas comme compétente, il serait prudent de conditionner l'application de la loi étrangère à titre de loi personnelle indiqué subsidiairement, à qu'elle-même se considère comme compétente pour la matière. Au domaine de la loi applicable aux causes pour la dissolution du partenariat, il faut observer la possibilité d'intervention d'une loi étrangère en principe étrange au rapport, dont la dissolution l'on envisage. Cette hypothèse se présente dans certains cas de rupture de plein droit du partenariat. D'abord, il faut considérer que, face à l'infériorité du partenariat par rapport au mariage, dans plusieurs systèmes légaux, celui-là peut se dissoudre automatiquement en raison du mariage entre les mêmes partenaires ou de l'un des partenaires avec une tierce personne . Possiblement en raison d'un rapprochement du partenariat aux contrats, dans certains États, celui-là peut se dissoudre aussi si l'un des partenaires enregistre un nouveau partenariat avec un tiers. Et cependant, certains États n'autorisent pas de mariages ou partenariats, que si les conjoints soient libres à s'engager dans un nouveau rapport, id est, qu'ils soient divorcés au cas de mariage préalable ou qu'un partenariat préalable soit dissous, sauf pour les hypothèses de conversions de partenariat en mariage par le même couple . Si la loi du for dispose dans ce sens, il serait peu probable qu'elle considère en principe valable une rupture de plein droit à la lumière d'une loi étrangère du lieu d'établissement du nouveau rapport (lieu de célébration du mariage ou lieu d'enregistrement du partenariat), sauf si cette loi étrangère s'applique en tant que loi personnelle à régir les causes pour la dissolution du partenariat, selon la règle de conflit du for.

**487.** Sur l'application de la *lex fori* à la procédure de la dissolution, ou comme la *lex loci actus* à la forme de la dissolution, si l'on préfère la considérer comme un acte juridique produit par les partenaires ou l'un d'eux ; cela favorise certainement la reconnaissance des dissolutions prononcés à l'étranger, mêmes sous les formes non utilisées au for . Une exception à l'application de la loi du for à la procédure de la dissolution serait l'hypothèse de



dissolution faite auprès d'un consulat ou une ambassade étrangère. Comme pour la célébration du mariage, le divorce et l'enregistrement du partenariat faits auprès la mission étrangère, la dissolution fait auprès d'un consulat ou d'une ambassade étrangère obéit la *lex autoritatis*, la loi du drapeau de la mission étrangère . Il faut cependant observer que la dissolution du partenariat auprès des autorités consulaires n'est pratiqué que par certains systèmes légaux, souvent pour les hypothèses de dissolution conjointe consensuel ou sur requête individuel de l'un des partenaires sous certaines conditions. En outre, il est impératif de considérer qu'une dissolution auprès des autorités consulaires ou diplomatiques étrangères ne serait permis que si le droit de l'État requis permet l'enregistrement et la dissolution du partenariat auprès les autorités consulaires et diplomatiques étrangères, sous certaines conditions.

**488.** Comme déjà signalé pour la question du for compétent en matière de partenariat, il y a une lacune au droit conventionnel sur ce thème. Le seul projet de convention internationale à vocation universelle n'est pas dans une étape finale sein de la Conférence de La Haye de Droit International privé. Le sujet du partenariat enregistré n'a été traité qu'au niveau régional d'intégration européenne. En absence d'un règlement pareille au Règlement n. 2201/2003, qui permet un choix tacite – malgré une certaine limitation – parmi une liste d'options de for pour le divorce, les partenaires ont recours aux choix plus limités que celles offertes à l'article 3 du Règlement 2201/2003. Le Règlement 214/2016, qui s'occupe du régime patrimonial des partenariats enregistrés, prévoit la possibilité du choix de la loi applicable au régime patrimonial parmi une liste d'options.

**489.** Comme pour le divorce, il faut distinguer les effets principaux de la dissolution du partenariat de ceux qui lui sont accessoires. Ainsi, les effets principaux comprennent la dissolution du lien partenarial et la cessation des obligations entre les partenaires, telles que les devoirs d'assistance et secours, de fidélité/loyauté et de cohabitation. En raison d'une tendance à l'unité de la loi applicable à la dissolution, souvent imposé par les règles unilatérales de conflits sur la matière, la loi du for s'applique à ces effets. En revanche, les effets accessoires jouissent souvent d'un régime propre qui leur est applicable, à cause de leur importance et leur complexité, possédant ainsi de l'autonomie par rapport aux effets principaux et la loi qui leur est applicable.

*β) La loi applicable aux effets accessoires de la dissolution*

**490.** Même si certains effets accessoires de la dissolution du partenariat sont plus réduits que ceux du divorce, il y a des effets accessoires importants à considérer lors de la dissolution. Compte tenu la complexité déjà expliquée de certains effets, il faut appliquer les règles de conflit propres à chaque matière. Cela dit, pour une question méthodologique l'on remet aux sujets traités sur la loi applicable à propos de effets patrimoniaux et personnels des rapports entre les partenaires dans le chapitre première du Titre Deuxième de la Première Partie de ce travail, pour les thèmes tels que les régime patrimonial, l'obligation alimentaire entre les partenaires et le nom . Si l'on reprend une même classification des effets du divorce, de façon à distinguer les effets de la dissolution du partenariat, l'on les divise entre les effets pécuniaires et personnels, qui se sous-diviseraient en les effets mutuels et individuels entre les ex partenaires . Pour les effets personnels qui touchent les deux ex partenaires, comme les obligations d'assistance et secours, le devoir de fidélité/loyauté et le devoir de cohabitation entre eux, la loi applicable aux effets de la dissolution les régent . Néanmoins, des effets individuels tels que la possibilité de s'engager dans un nouveau mariage ou un nouveau partenariat ou un possible changement de nom en raison de la dissolution du partenariat perdent l'importance face au régime légal usuellement appliqué au partenariat. D'habitude, il n'y a pas de délais à respecter pour un nouveau engagement familial, une fois le partenariat dissous, comme il y a parfois pour un nouveau mariage en cas de divorce. En plus, comme un partenariat n'impose pas en règle de changement sur le nom des partenaires, en raison du lien, il n'y pas de conséquences sur le nom en raison de sa rupture. En fait, le régime légal moins contraignant du partenariat libère les partenaires des effets personnels individuels. De même, l'on renvoi aux sujets à être présentés dans la Deuxième Partie de ce travail, sur les effets patrimoniaux et personnels des rapports entre les partenaires et leurs enfants, pour les questions telles que l'obligation alimentaire à l'égard des enfants et l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants .

**491.** Sur les effets patrimoniaux, il est important d'observer que le Règlement 2016/1104 prévoit, comme loi applicable, le recours au choix de la loi applicable, entre la loi de la résidence habituelle de l'un des partenaires, celle de la nationalité de l'un des partenaires ou celle du lieu d'enregistrement du partenariat<sup>268</sup>. A défaut de choix de la loi applicable est celle selon laquelle le partenaire aie été créé<sup>269</sup>.

---

268 Voir l'article 22 du Règlement 2016/1104 .

269 Voir l'article 26 du Règlement 2016/1104 .

## 2. Mesures provisoires

492. Même si le partenariat établi des rapports moins complexes que le mariage, il peut que la dynamique de sa dissolution suscite des situations conflictuelles d'urgence qui force l'adoption de mesures provisoires, souvent urgentes, de façon à sauvegarder les intérêts des partenaires ou leurs enfants . Raison pour laquelle l'on considère l'adoption de mesures à l'égard des personnes et de biens .

### *a) Mesures provisoires sur les personnes*

493. Une première question à analyser sur les mesures provisoires à adopter pour la dissolution d'un partenariat est la possibilité d'une mesure semblable à la séparation de corps adoptée pour le relâchement du mariage, comme l'on fait dans plusieurs systèmes légaux. D'abord, il faut considérer que la séparation de corps, même avec des nuances d'un système légal à l'autre en droit comparé, est une mesure originellement consacrée au relâchement du mariage et fut créée à une époque où l'on consacrait l'indissolubilité du mariage. D'une part, la séparation de corps serait incompatible avec la dissolution du partenariat, compte tenu la nature moins contraignant du partenariat, qui n'aurait pas besoin d'une institution pour son relâchement provisoire. En le rapprochant d'un lien obligationnel, il conviendrait à la dissolution totale du partenariat, pas d'un instrument à son relâchement temporaire ; D'autre part, la compréhension du partenariat comme un modèle d'organisation de la vie familial, beaucoup plus élargi qu'un simple lien obligationnel, justifierait un régime proche du mariage et, par conséquence, une mesure alternative au relâchement du lien, qui permettrait aux partenaires de rétablir la vie commune, s'ils le veulent . Malgré les efforts pour promouvoir le partenariat du niveau obligationnel à un statut personnel de modèle d'organisation familiale dans plusieurs systèmes légaux, l'on aperçoit encore une permanence de certaines caractéristiques d'un lien obligationnel. Ainsi, en droit comparé, une institution semblable à la séparation de corps est inconnue au cadre du partenariat de nos jours. Ce qui garde une proximité avec la séparation de corps est l'application de mesures provisoires de combat aux violences conjugales, qui visent éloigner le partenaire agresseur du foyer et n'empêchent pas le rétablissement la continuité du lien en toute harmonie, si les partenaires réussissent à rétablir la paix domestique .

**494.** A l'image de la séparation de corps, l'on utilise des mesures provisoires pour rassurer que les conjoints évitent toute forme de contact, en cas extrêmes d'insupportabilité de la vie commune, quand l'intégrité de l'un des conjoints est menacée par l'autre. Dans certains cas, surtout pour le cas de violence domestique, l'on adopte des mesures, comme des ordres des tribunaux, qui obligent le conjoint agresseur à maintenir une certaine distance physique du conjoint victime, d'éviter de fréquenter certains endroits où ils pourraient se croiser et d'éviter toute forme de contact qui puisse contraindre le conjoint protégé par la mesure. A côté de ces mesures pratiques, il est possible de poursuivre le conjoint agresseur, à travers une enquête criminel et un éventuel dossier criminel en justice, pour les agressions perpétrées ou intentées. Dans ce cas, le for naturel pour la mesure est celui du domicile ou de la résidence habituelle du couple, où les agressions se sont probablement perpétrées . Sur la loi applicable à ce type de mesure provisoire, la règle de conflit du for conduirait probablement à l'application de la loi du for, en tant que loi du domicile ou de la résidence habituelle du couple, en vertu du rattachement au statut personnel . Pour le côté criminel de la mesure, la loi du for serait appliquée parce que le droit criminel se base souvent sur une application territoriale .

**495.** Si plusieurs systèmes légaux prévoient exprès l'application des mesures de combat aux violences conjugales aux couples vivant en partenariat ou en union libre, ils reproduisent encore le modèle traditionnel de la violence de genre : l'application basée sur l'élément sexiste rattaché aux couples de personnes de sexe différent . Même si certains systèmes comprennent le binôme de l'agresseur yang et de la victime ying pour les couples de femmes – même s'ils s'agissent des femmes transsexuels –, les couples formés par deux hommes restent à l'écart de ces mesures . Pour ces couples d'hommes, où les violences conjugales existent et reproduisent souvent les stéréotypes de genre, il ne reste que la réforme des règles actuelles sur les violences domestiques de façon à établir des règles parallèles pour les conjoints victimes chez les couples d'hommes ou pour les maris victimes de violence dans n'importe quel type de couple. L'on pourrait avoir recours à l'application des aggravantes de droit criminel déjà existantes ou à leur amélioration, de manière à ne pas laisser passer sans punition spécifique toute forme de violence au sein du couple. En tout cas, il faut souligner la gravité de toute violence pratiquée au sein des rapports familiaux .

**496.** Il est important de dire que les mesures de combat aux violences domestiques s'étendent ou s'appliquent à l'égard des enfants . Il n'est pas rare que les enfant soient auxxi victimes d'un partenaire agresseur ou qu'ils subissent des conséquences des violences au foyer, mêmes quand ils ne sont pas les cibles directs de violences verbales ou physiques de

l'agresseur. Ainsi, de manière à protéger l'intégrité physique et psychique des enfants, l'on peut adopter de mesures qui interdisent ou restreignent le contact de l'un des partenaires/parents avec les enfants. En priorisant l'intérêt supérieur de l'enfant, titulaire d'un statut protecteur en tant que partie pré-nommé vulnérable, l'on utilise souvent le for du domicile ou de la résidence habituelle de la famille, où les agressions se sont probablement perpétrées, comme probable for naturel pour ces mesures protectrices provisoires . Sur la loi applicable à ce type de mesures, la règle de conflit du for indiquerait probablement l'application de la loi du for, en tant que loi du domicile ou de la résidence habituelle de la famille, en raison du rattachement au statut personnel . Pour le côté criminel de la mesure, l'on revient sur le fondement de la territorialité du droit criminel qui conduirait à la loi du for. Dans ce sens, en raison de la spécialité du thème, l'on applique un régime spécial, celui régissant les questions de l'autorité parentale ; surtout pour les mesures provisoires sur la garde et la visitation des enfants . Raison pour laquelle l'on renvoi aux arguments exposés dans la Deuxième Partie de ce travail.

**497.** Il faut considérer que, au nom de la coopération internationale, dans certains cas, les parties bénéficient des mécanismes offerts par les traités internationaux, surtout au niveau régional. Au niveau européen. Au niveau du Mercosur, le Protocole d'Ouro Preto sur les Mesures Provisoires du 1998 permet l'adoption d'une mesure provisoire par le juge d'un État-membre envisageant son exécution dans le territoire d'un autre État-membre .

#### ***b) Mesures provisoires sur les biens***

**498.** Comme dans un divorce, il n'est pas rare que, sous le tourbillon du conflit, l'un des partenaires essaie de se débarrasser des biens ou frauder le partage d'un patrimoine supposé commun entre les partenaires ou qui appartient aux enfants, en profitant des délais bureaucratiques adoptés par certaines juridictions entre la saisine de la cour et l'obtention d'une décision effective de partage. Le régime plus souple du partenariat dans certaines juridictions favorise le partenaire fraudeur à se débarrasser des biens dont il possède à titre individuel – même si le partage s'applique – en bénéficiant d'un apparent état civil de célibataire pour le partenariat informel . Pour sauvegarder ses intérêts, l'autre partenaire a recours aux mesures provisoires ayant pour l'objet la conservation des biens . Une difficulté que surgit est le possible conflit entre le for compétent pour la dissolution du partenariat et celui de la situation des biens. Compte tenu le principe de la territorialité, il est fort probable

que le for de la situation des biens, surtout s'il s'agit des biens immeubles, se considère exclusivement compétent pour trancher la question, cas où ses tribunaux refuseraient de reconnaître toute décision sur le thème dictée par les tribunaux du for ou de la dissolution du partenariat. Une fois respecté le *forum rei sitæ*, il serait plus souple au juge du for de considérer l'application d'une loi étrangère (celle appliquée aux effets de la dissolution du partenariat, par exemple), même s'il serait fort probable qu'il priorise la loi du for, en tant que la *lex rei sitæ*, pour des mesures provisoires relatives aux biens situés dans sa juridiction . Un point important est la détermination de la durée de la mesure, en tant que mesure provisoire : il convient à la loi indiquée par la règle de conflit du for où la mesure a été dictée de préciser sa durée.

**499.** Compte tenu la tendance des États à revendiquer de l'exclusivité en matière des biens, surtout pour les biens immeubles, la coopération internationale joue un rôle fondamental pour faciliter l'adoption des mesures . Malgré l'importance pragmatique du thème, il manque des provisions de droit conventionnel à vocation universel sur le thème. C'est au niveau régional que l'on trouve abris à ces prétentions. Au niveau européen, le Règlement 214/2016 sur le régime patrimonial. Au niveau du Mercosur, le Protocole d'Ouro Preto sur les Mesures Provisoires du 1998 ? permet l'adoption d'une mesure provisoire par le juge d'un État-membre envisageant son exécution dans le territoire d'un autre État-membre .

## B. La réanalyse des certains effets et la reconnaissance de la dissolution à l'étranger

**500.** Une fois dissous le partenariat, il y a des effets qui n'ont pas été abordés lors de la dissolution ou qui ne sont pas acceptés par l'État requis, lors de la reconnaissance de la dissolution à l'étranger ; mais qui nécessitent de la validité. D'ailleurs, il est parfois nécessaire de reconnaître et d'exécuter les effets de la dissolution dans une juridiction étrangère .

## 1. La réanalyse de certains effets de la dissolution à l'étranger

**501.** Comme pour le divorce, il est possible de réanalyser certains effets de la dissolution du partenariat, pour des effets non abordés lors de la dissolution, non reconnus lors de la reconnaissance de la dissolution à l'étranger ou en décalage par rapport au changement de circonstances dans la vie de partenaires. L'on a recours aux actions en complément de la dissolution, pour les questions non examinées ou déjà analysées, mais non reconnues lors de la reconnaissance à l'étranger. Et l'on utilise les actions en modification de la dissolution, pour l'examen d'une question déjà examinée, mais passible de réanalyse en raison de l'altération de circonstances entre les parties.

### *a) Le complément de la dissolution*

**502.** Le complément de la dissolution du partenariat vise à à ajouter à la dissolution un effet non prévu lors de la dissolution, ou, un effet abordé par le jugement de la dissolution, mais qui n'est pas reconnu au for, et qui y sera, par conséquent, considéré comme inexistant . Comme exemple de questions non examinées lors de la dissolution, l'on indique la possibilité de partage des prévoyances professionnelles d'un partenaire, auxquelles l'autre partenaire a droit en raison du régime patrimonial que leurs unissait. Certainement, il faut considérer que certains systèmes légaux n'autorisent pas le partage des prévoyances professionnelles aux partenaires, et, dans certains cas, pas aux partenaires du même sexe . Une première hypothèse serait l'absence de toute référence à la liquidation dans la dissolution, parce que les prévoyances professionnelles sont prévues à l'étranger, à un certain domicile professionnelle de l'autre partenaire, mais pas au for de la dissolution, dont le système légal possiblement les ignore. Dans ce cas, il serait convenable que l'action en complément visant le partage soit faite directement au for étranger de la caisse de dépôts relatifs à ces prévoyances professionnelles.

**503.** Une deuxième hypothèse serait la demande de reconnaissance d'un jugement étranger qui dispose sur le partage des prévoyances disponibles dans une caisse au for de la reconnaissance de manière inconciliable avec les dispositions en vigueur à l'État requis. Dans ce cas, les dispositions de la dissolution relatives au partage des prévoyances professionnelles dans l'État requis ne seront pas reconnus y il serait légitime de demander par une action en complément -au cas où la dissolution soit reconnue de manière partielle – le partage des

prévoyances professionnelles au for de la caisse de dépôts, où elles se trouvent – le for de l'État requis. En outre, il est important d'observer que le régime des prévoyances professionnelles dérivent souvent d'un statut corporatif spécifique, qui les soumettent habituellement à la loi du lieu corporatif et préférablement à son for. D'ailleurs, il ne serait pas rare que le statut corporatif auquel ces bénéficiaires sont rattachés prévoient l'exercice de l'autonomie de la volonté, avec un choix préférentiel pour la *lex societatis* et le *forum societatis*, en considérant la siège corporative, pour le cas de grandes multinationales ou les fonctionnaires des organisations internationales. Une hypothèse qui ne serait pas rare, une fois que plusieurs grandes entreprises internationales et organisations internationales adoptent depuis longtemps, une politique d'inclusion et de reconnaissance aux conjoints et partenaires du même sexe<sup>270</sup>.

**504.** Une deuxième situation susceptible d'une action en complément de la dissolution faite à l'étranger est la liquidation des biens situés dans une autre juridiction, qui ne reconnaît pas à son tour les effets d'un partage des biens, surtout ceux liés aux biens immeubles, en raison de la dissolution du partenariat à l'étranger. Compte tenu des intérêts fiscaux de l'État de la situation des biens, celui-ci peut revendiquer une compétence juridictionnelle exclusive sur des biens situés sur son territoire, sous le principe de la souveraineté. Dans ce cas, la décision étrangère de la dissolution serait reconnue dans l'État de la situation des biens, de manière partielle, à l'exclusion de l'effet du partage des biens ou sans considérer le partage spécifiquement pour les biens situés dans l'État requis. Il serait ainsi nécessaire la saisine des tribunaux de cet État de la situation des biens pour le partage des biens y situés, en tant que *forum rei sitae* à la compétence exclusive, qui s'en chargerait de la liquidation des biens sur sa juridiction, en imposant l'application de la *lex rei sitae*. C'est le cas du Brésil, dont les cours sont exclusivement compétentes pour la liquidation des biens du couple situés dans son territoire, en cas de divorce, dissolution de partenariat et séparation<sup>271</sup>.

### ***b) La modification de la dissolution***

**505.** Les actions en modification du jugement de dissolution du partenariat visent des matières aux effets prolongés dans le temps, au-delà du moment de la décision de la dissolution, comme les obligations alimentaires entre ex partenaires ou à l'égard des enfants, si que les questions liées à l'autorité parentale sur les enfants. Il est opportune de dire que, en

---

<sup>270</sup> Par exemple, certaines entreprises comme IBM, Google, Shell et divers compagnies aériennes.

<sup>271</sup> Voir l'article 23, III du Code de Procès Civil du 2015.



raison des droits plus limités octroyés aux partenaires, les obligations alimentaires entre ex partenaires sont beaucoup moins fréquentes qu'en cas de divorce et souvent plus limitées. Et cependant, quand il y a l'établissement d'une obligation alimentaire, soit entre ex partenaires, soit à l'égard des enfants, il peut qu'elles soient susceptibles de révision, à cause du changement de circonstances dans le temps. Le changement de situation professionnelle et économique des ex partenaires, leur état de santé et les conditions médicales des enfants, le changement de domicile des ex partenaires ou des enfants forcent à mettre à jour le montant de ces obligations alimentaires, en respectant les besoins du créancier et les ressources du débiteur. Comme il se passe lors du divorce, toutes ces obligations alimentaires gardent leur autonomie ; qui impose le respect au for et à la loi applicable spécifiques pour cette matière . Pour une question méthodologique, l'on renvoi aux sujets traités sur les obligations alimentaires entre époux et aux obligations alimentaires à l'égard des enfants, respectivement, dans le chapitre premier du Titre Deuxième de la Première Partie de ce travail, et, à la Deuxième Partie de ce travail . Il est important d'observer la possibilité d'un conflit mobile entre l'établissement de l'obligation alimentaire et sa révision, en raison du changement de domicile, de résidence habituelle ou même de nationalité des parties ou de l'une d'elles, avec des conséquences sur une éventuelle loi personnelle applicable à la matière.

**506.** Une deuxième situation d'action en modification de la dissolution est celle de l'exercice de l'autorité parentale, inclus la garde et la visitation des enfants . Plusieurs circonstances motivent la mise-à-jour du régime de l'exercice de l'autorité parentale pour l'ex couple : les changements de circonstances telles que le changement de situation professionnelle et économique des ex partenaires, leur état de santé et les conditions médicales des enfants, si que le changement de domicile ou de résidence habituelle des ex partenaires ou des enfants. Compte tenu le changement de circonstances, cette révision s'impose, en respectant l'intérêt supérieur de l'enfant, qui devra être entendu à partir d'une certaine âge. Encore une fois, l'on renforce l'autonomie du thème, auquel il convient d'observer un régime légal propre . Raison pour laquelle l'on renvoi à la Deuxième Partie de ce travail, sur les effets personnels des rapports entre les époux et leurs enfants, pour les questions de l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants .

## 2. Le reconnaissance de la dissolution à l'étranger

**507.** La question de la reconnaissance de la dissolution du partenariat à l'étranger se revêt d'extrême importance, parce qu'elle délimite la jouissance d'effets de la dissolution du partenariat à l'étranger et, dans une certaine manière, comme le rapport serait considéré à l'étranger, même a posteriori, une fois que la reconnaissance de la dissolution remet en cause le partenariat échoué. En outre, pareillement à ce qu'il se passe pour le divorce, la reconnaissance de la dissolution du partenariat touche non seulement l'effet direct de la dissolution du lien entre les ex partenaires, mais aussi les divers effets accessoires patrimoniaux et personnels qui en découlent. Du nouveau, l'on se tourne vers le domaine de la juridiction indirecte, à travers la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères .

### *a) La reconnaissance*

**508.** *A priori*, il est important de reprendre que la reconnaissance d'une dissolution de partenariat s'insère dans le domaine de la reconnaissance d'une décision étrangère, même quand la dissolution n'ait pas été prononcé par une autorité judiciaire . Reprenant les usuelles comparaisons avec le divorce, il paraît impossible de nos jours l'occurrence d'une demande de reconnaissance de dissolution de partenariat issue d'une autorité religieuse . Même si certaines autorités religieuses prêchent la bénédiction des couples – homosexuels aussi – vivant en différentes formes d'union hors mariage, il n'existent pas de dissolution de partenariat par des tribunaux religieux, une fois que les autorités religieuses n'ont pas de compétence ni pour l'enregistrement des partenariats ni pour sa dissolution . La dissolution du partenariat dans la sphère non-judiciaire se fait de manière beaucoup plus fréquente que le divorce . Il n'est pas rare que les partenaires dirigent des requêtes conjointes ou individuelles aux autorités non-judiciaires – telles que les maires, les notaires, les consulats ou ambassades – pour obtenir la dissolution de leur partenariat . Il est important d'observer que les contours souvent plus souples du partenariat par rapport au mariage favorisent des procédures plus simples que ceux appliquées au divorce ; de façon que l'autorité responsable pour la dissolution du partenariat a parfois une tâche plus proche de l'homologation d'une convention des parties ou de la requête de l'un des partenaires que d'un jugement de contrôle des limites de la dissolution . Si cette souplesse favorise l'obtention de la dissolution du partenariat dans certains cas, cela peut menacer sa reconnaissance dans certaines juridictions.

**509.** En obéissance aux critères exigés pour la reconnaissance de toute décision étrangère, la reconnaissance d'une dissolution de partenariat faite à l'étranger doit remplir les conditions essentielles pour qu'une décision étrangère soit reconnue et produise des effets dans l'État requis. Ainsi, l'on tombe sur la pratique habituelle en DIP d'éviter l'examen du fond, sauf s'il heurte l'ordre public. L'on se concentre sur les conditions formelles telles que l'authentification ou l'apostille des documents intégrant la décision pour son authenticité, la recevabilité effective de la partie défenderesse, la définitivité de la décision et la confirmation de la compétence de l'autorité ayant rendu la décision. Comme l'autorité responsable pour la dissolution et la procédure utilisée sont scrutés à la lumière de la loi de l'autorité qui a rendu la dissolution, la condition de la compétence indirecte de l'autorité ayant rendu la décision pose rarement d'obstacles à la reconnaissance, sauf pour les cas d'usurpation de la compétence exclusive des tribunaux de l'État requis. D'ailleurs, compte tenu la facilité à se débarrasser de l'autre partenaire dans certains systèmes légaux, l'État requis pourrait refuser la reconnaissance, s'il considère que la déposition d'une requête unilatérale aux fins de simple notification de la dissolution à l'égard de l'autre partenaire, sans que celui-ci ait vraiment la chance de s'y opposer ou d'en discuter certains effets, ne respecte pas le principe du contradictoire.

**510.** Sur l'examen du fond de la dissolution du partenariat, il faut certainement observer que sa reconnaissance pour un couple de personnes du même sexe suppose que l'État de la reconnaissance connaisse le partenariat ou le mariage des couples de personnes du même sexe, pour considérer la possibilité de leur dissolution. Cette barrière transposée, il faut cependant faire attention aux différences d'un système à l'autre, à l'égard du contenu des effets de la dissolution, de manière à bien encadrer la reconnaissance dans la catégorie appropriée .

**511.** Si le divorce est curieusement un thème pour lequel le droit conventionnel s'est peu répandu, la dissolution du partenariat a trouvé encore moins de succès. Le seul projet de convention internationale à vocation universelle sur le thème au sein de la Conférence de La Haye de Droit International privé est depuis longtemps en préparation et difficilement verra le jour dans les prochaines années. Compte tenu l'inexistence d'une convention internationale de DIP sur le thème, l'on se penche à la quête d'un traité sur l'institution la plus proche à la dissolution du partenariat, de laquelle l'on pourrait en prendre la source : le divorce. Ainsi ; l'on s'interroge sur la possibilité d'application de la Convention de La Haye pour le divorce du 1970 à la dissolution des partenariats. Malgré le recours aux interprétations plus élargies de

certaines traités ou règles de DIP comme opportunes à la discipline, il serait trop abusif d'utiliser la Convention sur le divorce du 1970 pour la reconnaissance de la dissolution des partenaires, même parmi le cercle restreint d'États-membres de la Convention, parce que l'on risquerait de détourper l'objet de la Convention : la dissolution du mariage. Ce qui nous paraît attentatoire aux règles d'interprétation des traités.

**512.** Au niveau régional américain, de la même façon que l'on pourrait utiliser la Convention interaméricaine sur la validité extraterritoriale des jugements et décisions arbitrales étrangères du 1979<sup>272</sup> pour le divorce, puisque elle est applicable aux matières civiles en général, l'on pourrait l'appliquer à la reconnaissance d'une décision sur la dissolution d'un partenariat. Avec une rédaction simple et objectif, la Convention indique les conditions traditionnelles pour la reconnaissance de la décision : l'authentification (ou l'apostille) et la traduction des documents, la certitude de *res judicata* de la décision, le respect au principe procédural du contradictoire (la nécessité d'assigner valablement la partie défenderesse et de lui donner l'opportunité de se manifester) et le respect à l'ordre public de l'État requis. Et cependant la compétence indirecte de l'autorité ayant prononcé la décision est soumise à la loi de l'État où la décision doit être exécuté <sup>273</sup>. Ce qui résulte en pratique à un cumul du respect de la compétence indirecte de l'autorité de la décision à la fois à sa loi interne et à celle de l'État de l'exécution de la décision. Il est intéressant d'observer que la Convention soumet la procédure pour l'exécution de la décision reconnue à la loi de l'État de l'exécution<sup>274</sup>. En ce qui concerne les couples de personnes du même sexe, il est important de dire que la Convention peut être utilisée dans la région pour faciliter la reconnaissance de décisions familiales de ces couples sans problèmes, puisque presque tous les États de l'Amérique Latine qui reconnaissent le mariage homosexuel comme ceux qui sont en train de considérer l'ouverture du mariage pour tous ont ratifié cette Convention, sans la limiter aux questions patrimoniales.

**513.** Au niveau d'intégration régionale du Mercosur<sup>275</sup>, le Protocole de Las Leñas du 1996, sur la coopération internationale en matière civile pénal administrative a facilité la circulation de jugements *intra* bloc. L'on permet d'utiliser les commissions rogatoires pour reconnaître et exécuter les décisions entre les États-membres<sup>276</sup>. En 2009, ce bénéfice a été étendu aux États-

---

272 La Convention a entré en vigueur le 14/06/1980 et fut ratifiée par l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Colombie, l'Équateur, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela .

273 Voir l'article 2 de la Convention interaméricaine du 1979 .

274 Voir l'article 6 de la Convention interaméricaine du 1979 .

275 Le Mercosur compte comme États-membres l'Argentine, le Brésil, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela .

276 Voir les articles 21 et 22 du Protocole du 1996 .

associés<sup>277</sup>, qui sont des États n'appartenant pas au bloque, mais qui bénéficient des avantages commerciales du bloque et des mêmes règles de liberté de circulation<sup>278</sup>. L'avantage de l'utilisation des commissions rogatoires est de simplifier et d'accélérer la reconnaissance et l'exécution des jugements entre ces États, une fois que cette procédure est moins complexe, moins coûteuse et plus rapide que la traditionnelle procédure d'exequatur appliquée pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères au niveau national de tous les États .

**514.** Le sujet du partenariat enregistré n'a été traité qu'au niveau régional d'intégration européenne. En absence d'un règlement général sur la dissolution du partenariat ou, au moins ; sur la dissolution du partenariat enregistré, pareille au Règlement n. 2201/2003, l'on utilise le Règlement 2016/1104, mais avec une application restreinte aux effets patrimoniaux de la dissolution du partenariat enregistré. Le Règlement 214/2016, qui s'occupe du régime patrimonial des partenariats enregistrés, prévoit des conditions standards pour la reconnaissance des dissolutions de partenariat enregistré.

**515.** Un dernier point à considérer en matière de reconnaissance de la dissolution du partenariat serait la possibilité de reconnaissance de certains effets qui en découlent, sans la reconnaissance formelle de la dissolution elle-même . Il y a des systèmes légaux – comme le droit brésilien – qui le permettent en matière de divorce, probablement en raison des effets plus étendus du mariage et de sa dissolution, mais pas pour le partenariat . Et cependant, il serait convenable de considérer la reconnaissance de la dissolution du partenariat et/ou ses effets de forme incidente, pas à titre principal, aux actions relatives aux effets accessoires du partenariat, telles que les cas d'obligations alimentaires entre ex partenaires ou à l'égard des enfants, ou encore pour les cas de discussion de garde et visitation des enfants .

*α) La reconnaissance au niveau du partenariat*

**516.** *A priori*, il est important d'observer que si le divorce jouit d'une propension à la reconnaissance en profitant, directement, de l'universalité du mariage et de la facilité de circulation qui en découle, cela ne se passe pas pour la dissolution du partenariat, compte tenu le manque d'homogénéité du partenariat en droit comparé . Ici, l'on trouve non seulement les divergences de catégories de partenariats selon leur formalisme, mais aussi en raison des différents contenus et droits offerts aux partenaires . Même quand il y a une apparence

---

<sup>277</sup> Ces États sont la Bolivie, le Chili, la Colombie et le Pérou.

<sup>278</sup> Voir les articles 21 et 22 du Protocole du 2009 .

équivalence de catégories, l'on risque de tomber sur le piège de la reconnaissance entre mêmes catégories, mais aux effets différents. A cette difficulté l'on peut ajouter les restrictions imposées par le filtre de l'ordre public à barrer la reconnaissance de la dissolution des partenariats des couples de personnes du même sexe, quand l'État requis ne reconnaît pas ces rapports. Comme pour le divorce, l'on peut reconnaître partiellement une dissolution de partenariat, en reconnaissant l'effet principal de la dissolution lui-même et possiblement certains effets accessoires, mais en excluant certains effets accessoires. Ainsi, il serait possible la reconnaissance de la dissolution du partenariat à l'État requis, mais sans reconnaître certains effets tels que le partage du patrimoine du couple (en raison de la compétence exclusive de ses tribunaux, pour les demandes versant les biens sur son territoire) . Situations pour lesquelles les parties pourraient avoir recours, respectivement ; à une action en complément de la dissolution et à une action en modification de la dissolution, au but d'obtenir les effets non reconnus . Il peut aussi que l'État requis reconnaît des effets plus limités aux partenaires du même sexe et, par conséquent, ne reconnaisse pas certains effets tels que le droit à un pensionnement alimentaire ou certains droits patrimoniaux .

**517.** En matière de fond de la décision, l'on s'interroge si, en tant que cause de la dissolution du partenariat, si la dissolution automatique de plein droit du partenariat menacerait l'ordre public de l'État requis. Au cas où le partenariat peut se dissoudre automatiquement en raison du mariage entre les mêmes partenaires ou de l'un des partenaires avec une tierce personne, ou à travers l'enregistrement d'un nouveau partenariat avec un tiers par l'un des partenaires ; l'on considère que la reconnaissance se fait à partir d'une décision ou prononcement de l'État d'enregistrement ou de constitution du partenariat qui serait à son tour évincé, en raison de l'établissement du nouveau rapport . Si le for de cette validation préalable ne se voit pas menacé et reconnaît la dissolution de plein droit, il n'existerait pas de raison pour que l'État requis la considère offensive à l'ordre public .

*β) La sur-reconnaissance au niveau du mariage*

**518.** Un phénomène qui peut arriver serait la sur-reconnaissance de la dissolution du partenariat comme mariage ou aux effets équivalents au mariage . Pour cette hypothèse, l'on revient encore sur l'argument de la supposé « inferiorité » du partenariat par rapport au mariage. A partir de l'ouverture du mariage pour les couples de personnes du même sexe, certains systèmes légaux considèrent le partenariat comme une alternative qui ne serait plus

nécessaire ni souhaitable – par ces limitations par rapport au mariage. Comme le partenariat perdrait sa raison d'être et serait condamné à la disparition face au mariage qui devient disponible à tous, il n'y aurait pas de sens de reconnaître une institution devenue inconnue dans l'État requis. En effet, l'on se trouve devant une requalification du partenariat en mariage. Cela se produirait par exemple en Danemark et en Angleterre.

**519.** Si cette solution paraît raisonnable selon le droit de l'État requis, l'on s'interroge sur les conséquences de cette sur-reconnaissance pour les ex partenaires. En effet, il faut analyser si la reconnaissance de la dissolution du partenariat comme une dissolution de mariage ou aux effets d'un divorce – même si l'on ne change pas la classification de la catégorie ni promeut les parties d'ex partenaires à ex époux – serait préjudiciable aux parties. En principe, cette reconnaissance aux effets plus étendus ne serait pas négative, parce qu'elle reconnaîtrait le couple en tant que tel et leur dissolution, surtout parce que l'on les reconnaissent dans un rang considéré supérieur, plus légitime. Et cependant, il faut réfléchir s'il faut attribuer aux ex partenaires un rôle qu'ils ont possiblement refusé de choisir exprès : l'état civil de divorcés et indirectement, préalablement d'époux . Il faut pas oublier que certains couples préfèrent le partenariat au mariage, même si les deux modèles familiaux leur sont offerts, pour des raisons philosophiques, pragmatiques, patrimoniales ou fiscales. Il faut s'interroger si l'on ne commettrait pas une violation à leur privée en les promouvant à force à la catégorie de mariés/divorcés, ou en créant des effets originalement pas existants lors de la dissolution du couple.

**520.** Une question complexe se pose pour la sur-reconnaissance de la dissolution du partenariat comme un divorce . Si la reconnaissance de la dissolution du partenariat enregistré bénéficierait de l'approximation de celui-ci au mariage par son formalisme, l'application de cette solution pour la reconnaissance de la dissolution du partenariat informel au niveau du mariage serait probablement refusée. Les systèmes légaux qui adoptent l'extinction du partenariat enregistré avec l'ouverture du mariage, limitent le concept de cohabitation hors mariage au partenariat enregistré et ne connaissent pas l'institution du partenariat informel.

## ***b) Le refus***

**521.** La reconnaissance d'une décision étrangère de dissolution du partenariat d'un couple de personnes de même sexe peut être refusée pour plusieurs raisons. Comme pour toutes décisions étrangères, la reconnaissance de la dissolution du partenariat faite à l'étranger pourrait se voir refusée par manque de conditions essentielles, sur une base objectif . Et

cependant, le refus à la reconnaissance de la dissolution du partenariat prononcé à l'étranger à l'égard d'un couple de personnes du même sexe est le plus souvent un reflet de la difficulté de circulation de l'institution à l'international. En raison des différences d'un système légal à l'autre, le droit du for peut s'ériger en barrière d'ordre public de façon à bloquer toute forme de reconnaissance ou d'effets de la décision étrangère, qui confronte l'ordre juridique du for. Directement régie par les facteurs temps et espace, l'ordre public est marquée par la subjectivité. En matière de reconnaissance de la dissolution du partenariat d'un couple de personnes du même sexe, aux aspects controversés du modèle familial du partenariat s'ajoutent les aspects controversés du fait qu'il s'agit d'un couple homosexualité : des ingrédients suffisants pour faire exploser l'ordre public dans plusieurs juridictions . Pour une analyse plus détaillée de l'utilisation du principe de l'ordre public comme fondement pour rejeter la reconnaissance d'une décision étrangère, il convient de distinguer la notion d'offense à l'ordre public matériel de l'ordre public procédural .

*α) L'ordre public matériel*

**522.** L'ordre public matériel est touchée quand la controverse relève le fond, le contenu de la décision . Pour les cas de reconnaissance d'une dissolution d'un couple de personnes du même sexe, cela se ferait dans un degré plus hostile, quand l'ordre public du for empêche toute forme de reconnaissance aux couples homosexuels, ou dans un degré moins severe si l'ordre public du for s'oppose à la reconnaissance basée sur la méconnaissance du partenariat enregistré ou du partenariat informel, qui classifierait sa dissolution comme institution inconnue . Tel serait le cas de la plupart des systèmes légaux, compte tenu l'hostilité encore dominant à l'égard des couples de personnes du même .

**523.** Sur le refus à la reconnaissance de la dissolution du partenariat basé sur le contenu, une hypothèse à considérer serait un motif contraire à la dignité de l'un des conjoints, comme un motif discriminatoire basé sur la race ou la religion. En thèse, comme déjà dit pour le divorce, cette hypothèse paraît improbable pour les couples de personnes du même sexe, en raison de l'égalité de traitement entre les conjoints, qui empêcherait un décalage légal entre eux. En revanche, cette isonomie pourrait susciter un refus à reconnaître la dissolution, si l'un des partenaires reçoit un traitement défavorable, lors du partage du patrimoine presommé en commun, ou encore si lui sont imposées des obligations plus sévères, pour des fautes qui auraient motiver l'échec de l'union.



*β) L'ordre public procédural*

**524.** L'ordre public procédural est frappée quand les exigences procédurales considérées comme essentielles pour la dissolution du partenariat sont violées. Comme pour le divorce, l'on revient sur le consentement des partenaires pour la dissolution. Au cas de requêtes communes de partenaires ou de recours à l'autonomie de la volonté, il n'est peut avoir aucun vice sur leur consentement. Dans le cas de requêtes individuels, soient par voie administrative, soient par voie judiciaire, il est nécessaire de garantir que le partenaire défendeur ait été notifié de la requête et ait eu l'opportunité d'être entendu et même de s'y opposer, en raison du respect au droit à l'accès à la justice. En raison de la simplicité attribuée à la procédure de dissolution de partenariat dans certains systèmes légaux, il la simple notification de l'autre partenaire pour qu'il prenne connaissance de la dissolution, sans avoir vraiment l'opportunité de s'y opposer, semble heurter l'ordre public, par la supposée irrégularité de la procédure. De même, qu'une notification d'un partenaire défendeur à travers de bans publiés au journal officiel de l'État de la décision, si ce partenaire défendeur n'y ait pas sa résidence, pourrait être considérée comme invalide, même si la loi de l'État de la décision le prévoit. Encore sur le thème du consentement, une question qui se pose est la possibilité de la dissolution du partenariat à travers une procuration . Si le droit de l'État requis interdit l'utilisation d'une procuration à ses fins, il pourrait refuser la reconnaissance, basée sur le choc à l'ordre public procédural . Il pourrait cependant l'accepter s'il prenne en compte que cela serait un élément de forme soumise à la *lex loci actus* de l'État de la décision, qui la considère valable . En tout cas, il faut pas confondre l'utilisation d'un procuration à un représentant d'un partenariat lors de la dissolution avec les pouvoirs régulièrement octroyés aux avocats des partenaires, même si ce sont de pouvoirs spécifiques visant la dissolution .

**525.** Autre situation serait la décision obtenu dans une juridiction étrangère grâce à un chef de compétence considéré comme exorbitant par l'État requis. Cela serait le cas où l'État de la décision juge en usurpant une compétence exclusif de l'État requis pour le cas ou de non respect aux règles préalablement établis, comme l'exercice de l'autonomie de la volonté . Il est important de dire que ces situations procédurales sont plus neutres et la motivation pour le refus à la reconnaissance ne serait pas une discrimination à l'égard des couples de personnes du même sexe, mais des situations aussi applicables aux couples de personnes de sexe différent . Pour la première situation, considèrent qu'il y a non seulement une offense à l'ordre public (procédural), mais aussi une offense à la souveraineté de l'État requis.

**526.** Même quand il y a de la compatibilité de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe entre l'État de la décision et l'État requis, à l'égard de la reconnaissance de la dissolution du partenariat entre couples de personnes du même sexe ; il peut que la décision ne soit pas reconnue, en raison de son contenu . Par exemple, l'État pourrait refuser la reconnaissance parce qu'il considère les causes utilisées pour la dissolution du partenariat ou l'absence des causes ne seraient pas valables . Il serait convenable de considérer les causes comme valables si elles correspondent à celles prévues par la loi applicable selon la règle de conflit en vigueur dans l'État de la décision. D'ailleurs, si le lien est rompu, il n'y aurait pas de raison pour ne pas reconnaître la décision .

## **Conclusion de la Section 1**

**527.** La dissolution inter vivos du mariage et du partenariat est d'extrême complexité, parce qu'elle touche à la fois des effets patrimoniaux et personnels de la vie du couple. En raison de l'importance des divers aspects de la dissolution de la vie en couple, certains effets affirment de l'autonomie en DIP, conduisant ainsi au dépeçage inévitable dans le domaine de la loi applicable à la dissolution du rapport. Pas moins complexe est la question du for approprié, qui gravite autour des critères usuellement employés pour le statut personnel, mais adaptés à la réalité du couple.

**528.** La circulation du divorce ou de la dissolution du partenariat à l'internationale se fait avec prudence. Le refus basé sur la connue clause d'ordre public pour la dissolution des rapports des couples de personnes du même sexe, comptent aussi avec les naturelles barrières de la reconnaissance partielle de la décision ou décret de dissolution, en raison des divers effets touchés par la dissolution du lien.

## **Section 2. La dissolution à cause de mort**

**529.** Si le divorce – précédé ou pas par la séparation de corps - ou la dissolution du partenariat est une étape facultative, comme alternative à l'échec de la vie en couple ; la dissolution du couple en raison de la mort de l'un des conjoints ou partenaires est, en revanche, une conséquence inévitable, même quand ils réussissent à surmonter les turbulences de la vie à deux. Si la dissolution du couple entre vifs est un procès complexe dont les effets touchent non seulement le conjoint ou partenaire survivant, mais éventuellement les enfants du défunt ; la dissolution à cause d'une succession *mortis causa* est également sophistiquée. Ses effets touchent le conjoint ou partenaire survivant, les enfants du défunt et, dans certains cas, ses ascendants, des collatéraux ou encore l'État. Cette rupture forcée du couple se fait à travers une procédure qui marque la transition des droits et obligations du défunt à ces héritiers et légataires, à travers la fiction juridique de la masse successorale. L'on prolonge le spectre de la *persona* du défunt, dont la personnalité juridique s'éteint en raison de la mort, à travers son patrimoine juridique, qui est soumis à un régime de transition ou d'administration temporaire pour sauvegarder les intérêts des ces héritiers et légataires et de ces créanciers, de manière à transmettre les droits et obligations du *de cuius* à ses titulaires.

**530.** Compte tenu la complexité de la succession à cause de mort, en raison des divers personnages touchés et des actes faits pendant la procédure de la succession, la doctrine la divise en trois phases principales<sup>279</sup> : 1) l'ouverture et dévolution de la succession ; 2) la transmission et liquidation de la succession ; 3) le partage de la succession. La première phase commence avec le fait qui déclenche l'ouverture successorale – qui correspond à la mort réel ou fictive du défunt – et se concentre sur la dévolution successorale, avec la détermination des successibles, correspondant à une vérification des qualités requises pour succéder et l'ordre des successibles. À ce moment, à travers l'ordre de vocation héréditaire, dans le cas des successions légales, l'on vérifie quels sont les héritiers indiqués pour recevoir la succession du *de cuius* et leurs parts successorales. Dans le cas des successions testamentaires, l'on vérifie la disposition en faveur de chaque héritier ou légataire et le respect à la réserve héréditaire, si le système légal régissant la succession l'exige. Pour la deuxième phase, la

---

279 B. Audit

transmission et liquidation de la succession, l'on examine d'abord l'option du héritier à l'égard du part successoral qui lui touche, une fois qu'il peut accepter, renoncer ou accepter sous bénéfice d'inventaire ou jusqu'à la hauteur de l'actif le montant qui lui corresponde, selon la loi applicable à la succession. La transmission de l'actif se fait par saisie directe des biens ou avec la sollicitation d'un envoi en possession, selon la loi régissant la procédure successorale. L'opération de liquidation impose que le passif soit d'abord liquidé, de manière à garantir le paiement des dettes de la masse successorale, soit à travers une répartition entre les héritiers, soit à travers le paiement de la totalité de dettes par un héritier ou une masse – dans une juridiction –, qui peut agir par voie en recours contre le vrai débiteur. Constaté le solde de la masse successorale, l'on passe à la troisième et dernière phase de la succession : le partage de la succession. Pour procéder au partage, il faut considérer la formation (avec attention au rapport des dons et legs de la masse) et la composition de la masse successorale (pour les biens qui comportent l'indivision), pour effectuer le partage qui peut assumer la forme judiciaire ou amiable, dans certains cas. Compte tenu la complexité des successions à l'internationale, il peut que des questions de conflits en DIP surgissent dans ces différentes phases du procès successoral.

**531.** En matière de conflit de lois et de juridictions, le thème des successions suscite une diversité de solutions, ayant recours à divers principes consacrés pour la discipline. La richesse du thème et sa connexion simultanée avec les rapports touchant les biens et ceux concernant les personnes a justifié sa qualification par certains statutaires comme un statut mixte. Dans ce sens, Monsieur le Professeur Audit dit : « La matière de successions, comme celle des régimes matrimoniaux, présente des liens avec différentes catégories plus générales de rattachement : le statut de la famille, celui des biens et même celui des actes juridiques en raison de la possibilité laissée à l'individu, dans la plupart des systèmes, de régler la transmission de ses biens. Les hésitations que cela suscite sont accrues, au stade du règlement de la succession, par les concours possible des qualifications de forme ou de procédure et la diversité de conceptions internes concernant le mode de la liquidation »<sup>280</sup>.

**532.** Au domaine du DIP, il y a deux questions primordiales en matière de successions internationales, soient les successions légales, soient les successions testamentaires. D'abord, il faut observer qu'il y a une tendance de plusieurs États à revendiquer un monopole juridictionnel en matière de succession, sur toute la masse successorale ou pour les immeubles du *de cuius*. Cette tendance à la compétence juridictionnelle exclusive se justifie par le

---

280 B. Audit. n. 884. p. 781.

principe de la souveraineté, en raison de la présence remarquable des immeubles dans la masse successorale pour beaucoup de cas de successions, mais aussi par des intérêts fiscaux des États, avides à taxer le transfert du patrimoine successoral existant sur son territoire. D'ailleurs, il existe un intense débat autour du choix entre l'approche scissionniste ou l'approche unitaire pour la loi applicable à la succession. Ici, l'on réfléchit sur la possibilité d'application d'une seule loi à l'ensemble des biens de la masse successorale ou la possibilité de scissionner la succession en deux masses, l'une qui corresponde aux biens meubles et l'autre touchant les biens immeubles.

**533.** Méthodologiquement, l'on divise l'étude sur la succession à cause de mort entre succession légale et succession testamentaire, selon le régime légal auquel elle est soumise, en considérant, respectivement, l'application des prescriptions légales ou la prévalence des dispositions dérivées de la volonté exprès du défunt en prévision de sa mort. Pour la succession des couples de personnes du même sexe, il est inévitable d'observer que cela a été exactement l'un des vecteurs pour la reconnaissance des couples homosexuels, quand l'on essayait d'encadrer le régime légale de ces couples, auparavant ignorés par le Droit, de façon à leur protéger juridiquement dans un moment d'extrême vulnérabilité, lors de la perte de l'autre compagnon de vie. Pas par hasard, cette ancienne revendication des couples homosexuels gagna de la reproduction assistéeleur aux années quatre-vingts et quatre-vingt-dix pour répondre aux besoins des compagnons survivants – souvent aussi malades – des couples d'hommes ravagés par l'épidémie du SIDA, pendant cette période qui correspond à la phase initiale de reconnaissance légale des couples de personnes du même sexe.

## §1. La succession légale

**534.** Pendant des siècles, les systèmes légaux ont essayé de prévoir un régime applicable au patrimoine juridique de l'individu, suite à sa disparition. Compte tenu l'imprévisibilité du moment de la mort de l'individu, malgré sa certitude, le régime successoral légal assure la destination de la masse successorale, faute de prévision expresse du *de cuius*. D'ailleurs, face à la possibilité de contestation ou d'invalidité de la totalité ou d'une partie des dispositions de dernière volonté du défunt, le régime de la succession légale garantit la bonne destination de la masse successorale, parce qu'il peut être utilisé pour remplacer les libéralités successorales

non valables. Dans certains systèmes, son caractère subsidiaire se justifie même quand les dispositions de dernière volonté du défunt sont validées, parce qu'elles doivent respecter certains limites établis comme des règles indispensables à toutes les successions, comme la quotité des héritiers réservataires, qui est à son tour dérivée de l'ordre de vocation héréditaire. Raison pour laquelle l'on départ de l'analyse de la succession légale pour l'étude de la dissolution du couple à cause de mort, une fois que l'on considère la succession légale comme le régime de base en matière successorale.

## A. La place du conjoint ou partenaire survivant et ses effets à l'étranger

**535.** En considérant une succession d'un conjoint ou partenaire d'un couple de personnes du même sexe, le point névralgique du débat est l'analyse de la place du conjoint ou partenaire survivant dans la succession. Compte tenu la hostilité de certains systèmes légaux à l'égard des couples de personnes du même sexe, il est important de vérifier le statut du conjoint ou partenaire homosexuel survivant dans la succession du défunt, selon la perméabilité du for successoral ou du droit applicable à un mariage ou partenariat d'un couple du même sexe et les effets qui en découlent. La diversité de positions des États sur le thème emmène à des différentes solutions, soient pour la reconnaissance des droits successoraux au conjoint ou partenaire survivant du même sexe, soient pour le refus à leur octroyer des droits successoraux ou tout simplement à leur reconnaître en tant que couples. Cette incertitude se propage à l'internationale. Même quand le conjoint ou partenaire survivant a ses droits reconnus au « for principal » de la succession, il risque d'avoir un statut boiteux dans une juridiction étrangère, où il doit exercer certaines charges ou demander certaines prérogatives en raison de sa position comme conjoint ou partenaire survivant.

### 1. La place du conjoint ou partenaire survivant dans la succession

**536.** Pour analyser la place du conjoint ou partenaire survivant dans la succession de l'autre conjoint ou partenaire du même sexe, il faut examiner la reconnaissance de son statut comme héritier du défunt. Au cas où le conjoint ou partenaire survivant figure comme héritier du

défunt - et même si l'on ne lui octroie pas de droits successoraux, mais reconnaît le lien du couple – , il faut examiner *a priori* le régime matrimonial ou patrimonial du couple, pour vérifier l'existence de la communicabilité des biens, cas où un partage préalable du patrimoine s'impose, de façon à préciser l'extension du patrimoine du défunt. Une fois isolé le patrimoine du défunt, il faut vérifier si le conjoint ou partenaire survivant est appelé à hériter, par l'ordre de vocation héréditaire établi selon la loi applicable à la succession et, en cas positif, s'il le fait seul ou ensemble avec d'autres héritiers et dans quelle proportion. Le droit à une certaine parcelle du patrimoine total du *de cuius* est garanti au conjoint ou partenaire survivant, comme conséquence principale de la reconnaissance de sa condition comme héritier, qui découle de la reconnaissance du lien unissant le couple. En outre, il est possible qu'il ait un rôle actif dans l'administration de la succession, dans la mesure où il assume certaines charges, la gestion de toute la masse successorale, la gestion de certains biens, ou la représentation processuelle de la masse successorale, dans certains systèmes légaux. Dans ces cas, cette fonction ou pouvoir découle d'une présomption de préférence parmi tous les héritiers en raison du lien spéciale qui unissait le couple. De toute façon, l'examen de la place du conjoint ou partenaire survivant dans la succession part de l'étude de l'ordre de vocation héréditaire, selon laquelle il jouirait de la condition d'héritier et par conséquent recouvrait son part successoral.

#### **a) L'ordre de vocation héréditaire**

**537.** Faute des dispositions de volonté du défunt pour indiquer qui devrait lui succéder, la loi prévoit une liste préférentielle des personnes qui seraient indiquées à lui succéder. Il est important d'observer que cette liste se fonde sur un argument de légitimité des héritiers, en considérant le lien entre les appelés à succéder et le *de cuius*. Il est pertinent de rappeler que cette idée de légitimité est ancré sur des coutumes anciens, qui voyaient l'héritier non seulement comme un tributaire des droits patrimoniaux du défunt, mais surtout comme chargé des obligations de perpétuer le culte religieux familial, la garde du foyer et la continuité du nom familial, dont il avait le privilège de continuer à travers ses descendants. Il faut certainement souligner que ces pratiques des anciennes civilisations ont été déterminantes pour ériger le système du patriarcat tel comme il a été perpétué pendant des siècles, avec des conséquences innombrables sur le droit privé, parce que l'on concentrait sur le fils (aîné) le privilège d'héritier. Compte tenu les intérêts patrimoniaux en jeu, il y a un ordre de préférence à être rigoureusement suivie. En règle, les systèmes légaux préfèrent les descendants et

ascendants aux collatéraux. D'habitude, l'on n'établit pas de limitation de degré pour les ascendants, parce que les limites temporels de la vie biologique les imposent automatiquement. Compte tenu la possibilité d'extension de la chaîne de descendants en ligne directe, l'on priorise les descendants les plus proches du défunt en dépit de ceux de la ligne de descendance suivante, parce que l'on considère qu'ils toucheront la quotité destinée aux descendants les plus proches à leur tour de hériter. Cette idée de continuité de la chaîne permet l'application de la théorie de la représentation, de manière à transmettre directement le part successoral au descendant dont le ascendant, qui était le point de contact avec le *de cuius* et le vrai héritier, soit déjà décédé lors de l'ouverture de la succession. En revanche, l'on restreint l'inclusion des parents collatéraux dans l'ordre jusqu'à un degré que l'on considère raisonnable, en raison d'une supposée proximité avec le défunt. Il est important de considérer que l'existence des héritiers d'une catégorie excluent souvent les supposés héritiers de la catégorie suivante. Les héritiers de la même catégorie partagent également le patrimoine qui leur touche en tant que légitimés. L'ordre de vocation établie par le sang – à travers les rapports de parenté en ligne directe ou collatérale – est souvent bouleversée par le rapport conjugal ou partenarial du défunt, une fois que le conjoint ou partenaire peut occuper une position privilégiée dans l'ordre de vocation héréditaire. L'inclusion du conjoint ou partenaire survivant dans une place préférentielle de la liste de l'ordre de vocation héréditaire répond au besoin de prioriser la famille de base (le couple et ses enfants). En toute absence d'héritiers aptes à hériter, l'État apparaît comme un « héritier légitimé » à recueillir l'héritage, comme représentant du groupe social duquel le défunt faisait partie.

**538.** Pour examiner la vocation héréditaire chez un couple de personnes du même sexe, le point de départ est la condition du conjoint ou partenaire survivant dans la succession. Il faut examiner s'il a le statut d'héritier. Au cas où le régime matrimonial ou patrimonial impose la communicabilité des biens, il faut la considérer de manière à établir d'abord le partage du patrimoine, de façon à dénuder le patrimoine du défunt. Dans ce cas, il faut isoler la partie du conjoint ou partenaire survivant, de manière à préciser, par exclusion, le patrimoine du défunt, qui est l'objet de la succession et sur lequel il y a aura même l'incidence des impôts. Une fois identifié le patrimoine du défunt, il faut préciser le statut du conjoint ou partenaire survivant : la qualité d'héritier ou de légataire, ou encore le rôle d'exécuteur testamentaire ou d'administrateur successoral, qui peut souvent être cumulé avec la qualité d'héritier ou légataire. Il est important d'observer que la reconnaissance du couple n'implique pas forcément la reconnaissance du conjoint ou partenaire survivant comme héritier. Dans



certaines États, selon certains régimes matrimoniaux qui prévoient un régime de séparation de biens des conjoints, le conjoint survivant n'intègre pas la liste d'héritiers dans l'ordre de vocation héréditaire ou le fait en position moins favorisée<sup>281</sup>. L'encadrement légal utilisé dans certains États pour les partenariats excluent le partenaire survivant de l'ordre de vocation héréditaire<sup>282</sup>. En revenant sur le problème central de la reconnaissance des droits aux couples de personnes du même sexe, il faut admettre que leur reconnaissance est encore limitée à un cercle de systèmes légaux et que cela pourrait empêcher la reconnaissance du conjoint ou partenaire survivant comme héritier, selon certaines lois, et empêcher la circulation de leur statut à l'international, comme l'on examinera ci-dessous.

**539.** En DIP, il est essentiel de considérer que la loi applicable à la succession régit l'ordre de vocation héréditaire et les parts successorales qui en découlent. Et cependant, au cas d'une succession d'un conjoint ou partenaire d'un couple homosexuel, la diversité de législations existantes peut favoriser l'occurrence des phénomènes typiques du DIP, tels comme l'analyse de la question préalable par rapport à la question principale et la fraude à loi pratiquée de manière à modifier la loi originalement applicable à la succession.

*a) Question préalable*

**540.** Il peut que l'on reconnaisse des droits successorales à l'égard des couples de personnes du même sexe, dans un certain système légal, mais qu'il y ait des difficultés à confirmer la reconnaissance du couple ou à déterminer le type de modèle familial qui les unit. Pour résoudre cette question, il faut vérifier l'existence légale du rapport, de façon à confirmer les droits d'un conjoint ou partenaire survivant comme tel, si que la qualification du rapport du couple au for successoral. Comme la question de la loi applicable est centrale en DIP, il arrive que l'on s'interroge sur la loi applicable à évaluer l'existence du rapport matrimonial ou partenarial au bout de confirmer l'éventuel statut du conjoint ou partenaire survivant comme héritier. Le doute sur l'existence du rapport légal unissant le couple est une question à surmonter, comme une démarche préliminaire à éclairer, avant de résoudre la question principale. Le DIP reconnaît deux possibles solutions à cet impasse. La première solution comprend que, par un supposé rapport de dépendance de la question préalable par rapport à la question principale, il serait justifiable d'utiliser à l'examen du rapport légal du couple la

---

281 Selon le Code Civil du Brésil, le conjoint marié à travers le régime « de séparation de biens » n'hérite qu'en absence de descendants ou ascendants du de cujus .

282 Selon l'article 515-6, alinéa 2, du Code Civil, le PACS français ne prévoit pas de droits héréditaires au partenaire survivant, mais les permet à travers un testament .

même loi applicable qui régit la succession. En sens contraire, la deuxième solution prévoit que, malgré la connexion entre les deux questions, chaque question pourrait garder son autonomie, et il serait appliquée à chacune la loi applicable appropriée, selon la qualification faite à chaque question. Cette solution prévalait dans le droit français et nous semble plus favorable à la reconnaissance de couples de personnes du même sexe. En suivant une tendance d'appliquer la *lex loci celebrationis* et la loi de l'enregistrement ou de la constitution, respectivement, pour l'existence du mariage et du partenariat, comme les modalités idéales de la *lex causae* ; le rapport serait probablement reconnu comme valable, de façon à ouvrir le chemin à la reconnaissance du conjoint ou partenaire homosexuel survivant comme héritier à partir de sa condition comme conjoint ou partenaire.

*β) Fraude à la loi*

**541.** Dans un effort de contrôler la loi applicable à la succession, le couple – d'un commun accord – ou le défunt peut entâmer certaines manœuvres pour se soumettre à une loi applicable qui lui soit plus favorable, soit pour favoriser le conjoint ou partenaire survivant, soit pour l'exhérer. À travers la pratique de la fraude à la loi en DIP, le couple ou le défunt pourrait en avance agir de manière à changer l'élément de rattachement qui détermine la loi applicable, comme un changement intentionnel de domicile, résidence habituelle ou nationalité, de manière à remplacer la loi applicable à la succession. Compte tenu l'existence de conflits mobiles en DIP, la distinction entre l'occurrence d'un conflit mobile et la pratique de la fraude à la loi est parfois subtile. L'*animus* pour faire le changement intentionnel d'élément de rattachement, pour obtenir une avantage, confirme la fraude. Dans un effort pour permettre la succession entre les conjoints ou partenaires du même sexe, il peut que le couple change de résidence habituelle ou domicile, ou que l'un des conjoints ou partenaires change de nationalité, pour se soumettre à une nouvelle loi successorale, au bout de bénéficier le conjoint ou partenaire survivant. En revanche, même si c'est peu probable, il peut qu'un conjoint ou partenaire change sa nationalité avec l'objectif d'exhérer l'autre conjoint ou partenaire, possiblement pour favoriser d'autres héritiers, comme ses enfants, par exemple. Le plus important est d'observer qu'une fois constatée la fraude, le changement serait considérée abusive et l'application de la loi obtenu à partir de la fraude serait évincée, en restant la possibilité de l'application de la *lex fori*, toujours subsidiaire face à la loi étrangère évincée.

## ***b) Les parts successorales***

**542.** Une fois identifiés ceux qui ont le privilège de succéder le défunt, il faut déterminer le part de la masse successorale qui touche à chaque héritier. Si les héritiers de la même catégorie héritent souvent dans la même proportion, sous peine de discrimination, certains systèmes légaux prévoient un montant plus avantageux ou plus réduit du patrimoine à titre spécifique au conjoint ou partenaire survivant en tant qu'héritier. C'est le cas de certaines lois domestiques qui prévoient un certain pourcentage du patrimoine du défunt au conjoint ou partenaire survivant en concurrence avec les ascendants ou les descendants du défunt, et même une variation pour le montant qui touche au conjoint ou partenaire survivant en fonction du nombre d'enfants du *de cuius*. Comme la distribution des quotas du patrimoine successoral correspondant à chaque héritier est une question centrale dans la succession ; il appartient à la loi successorale de déterminer le quota destiné à chaque héritier, dans certains cas à travers un quota obligatoire à certains héritiers, qui devra être respecté même quand le *de cuius* dispose sur sa succession par testament. Sauf pour l'hypothèse où la loi étrangère applicable à la succession est évincée parce qu'elle heurte l'ordre public ou résulte d'une fraude à la loi, les parts successorales déterminés selon cette loi étrangère sont respectés. Et cependant une mesure de protection aux intérêts nationaux – et donc politique – est mise en place pour faire prévaloir les dispositions de la loi nationale sur la loi étrangère potentiellement applicable.

### *a) Droit de Prélèvement*

**543.** Comme une succession comporte essentiellement des droits patrimoniaux, il y a un souci de la part des États sur le devenir du patrimoine du *de cuius* sur leur territoire, surtout pour les biens immeubles. Pour la protection des intérêts nationaux, certains États déterminent la substitution partielle ou totale de la loi étrangère compétente pour régir la succession par la loi du for, quand ses ressortissants sont des héritiers, ou spécifiquement quand les ressortissants de l'État sont des héritiers avec un lien plus spécial avec le défunt, tels que le conjoint ou partenaire survivant ou les enfants du défunt. Cette application du principe de la protection se fait par le remplacement de la loi étrangère par la loi du for en bénéfice du héritier ressortissant national ou par une opération semblable à la réduction de certains parts successorales, de manière à compenser un héritier qui se trouve en situation moins favorable par rapport à d'autres héritiers, parce qu'il reçoit un part plus réduit ou est exclu de la

succession dans une autre juridiction. Dans ce cas, l'on lui offre une compensation sur le montant au for dont il est ressortissant, de manière à rééquilibrer les parts entre les héritiers. Cette opération de substitution ou prévalence de la loi étrangère compétente par la *lex fori* se fait en DIP, à travers le droit de prélèvement. À ce propos, Monsieur le Professeur Audit explique l'origine et le fondement du droit de prélèvement : «Le droit de recueillir une succession est, parmi les droits subjectifs relevant du droit privé, l'un de ceux dont la jouissance a été historiquement le plus longtemps contestée aux étrangers. Ainsi dans l'Ancien droit français, le droit d'aubaine manifestait le refus aux étrangers du droit de transmettre à cause de mort. La Révolution proclama une égalité successorale complète entre nationaux et étrangers. Le Code civil, afin d'obtenir le même traitement de la part des autres États, posa la règle selon laquelle l'étranger n'était admis à succéder en France que dans la mesure où un Français était admis à succéder dans son pays (art. 726) . Une loi du 14 juillet 1819 supprima cette restriction, mais en introduisant une mesure de sauvegarde ; selon son art. 2 : 'Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit ; en vertu des lois et coutumes locales.' Le but était de rétablir au profit des Français, le cas échéant, l'égalité rompue par une loi étrangère discriminatoire <sup>283</sup>».

**544.** Pour les couples de personnes du même sexe, il est important d'observer que l'exercice du droit de prélèvement pourrait être utile pour la protection du conjoint ou partenaire survivant. Par exemple, si la règle de conflit du for successoral prévoit l'application de la *lex patriae* du défunt à la succession et celle-ci ignore le lien matrimonial ou partenarial qui unissait le couple, la tendance serait d'exclure le conjoint ou partenaire survivant comme héritier. Le droit de prélèvement serait mis en place de manière à écarter la loi étrangère discriminatoire, en la remplaçant par la loi du for, à condition que celle-ci reconnaisse des droits successoraux au conjoint ou partenaire survivant – qui bénéficie du droit au prélèvement en tant que ressortissant de l'État du for –, à partir de la reconnaissance du lien du couple homosexuel. Cela permet de corriger l'application discriminatoire de la loi applicable, de façon à ne pas exclure le conjoint ou partenaire du même sexe survivant.

**545.** En revanche, une deuxième hypothèse pourrait menacer les prétentions d'un conjoint ou partenaire survivant du même sexe, en concurrence avec des enfants du défunt, qui sont des enfants d'un rapport précédant du défunt, mais qui n'ont pas un lien de parenté avec le

---

283 B. Audit n. 899. p. 795.

conjoint ou partenaire survivant. Par exemple, si l'État du for, dont les enfants du défunt et le défunt sont des ressortissants, ignore la reconnaissance du lien du couple homosexuel en question, ne prévoit pas de droits successoraux au conjoint ou partenaire survivant – malgré la reconnaissance du lien légal du couple –, ou lui reconnaît des droits plus limités que ceux octroyés par la loi étrangère applicable. Ainsi, le droit de prélèvement serait activé en profit des enfants du défunt, mais en dépit du conjoint ou partenaire homosexuel survivant, qui se trouverait dans une position défavorable ou même exclu de la succession.

**546.** En outre, une deuxième hypothèse pourrait menacer les prétentions d'un conjoint ou partenaire survivant du même sexe, en concurrence avec des enfants du défunt, qui sont des enfants issus d'un rapport précédant du défunt, mais qui n'ont pas un lien de parenté avec le conjoint ou partenaire survivant. Par exemple, si l'État du for, dont les enfants du défunt et le défunt sont des ressortissants, ignore la reconnaissance du lien du couple homosexuel en question, il n'y aurait pas de droits successoraux au conjoint ou partenaire survivant, et probablement non plus pour un enfant issu du couple de personnes du même sexe, en raison de la non-reconnaissance de sa filiation. Ainsi, le droit de prélèvement serait activé en profit des enfants du défunt, mais en dépit du conjoint ou partenaire homosexuel survivant, qui se trouverait dans une position défavorable ou même exclu de la succession.

#### *β) Réserve héréditaire*

**547.** Dans plusieurs systèmes légaux, il y a un pourcentage du montant total du patrimoine du défunt duquel il ne peut pas disposer à n'importe qui, mais qui serait garanti à certains héritiers privilégiés de l'ordre de vocation héréditaire. Ce part restreint de la masse constitue la réserve héréditaire. Ces héritiers réservataires sont souvent les descendants – parfois les enfants –, les ascendants – parfois les parents – ou le conjoint ou partenaire survivant. L'une des différences entre le mariage et le partenariat dans certains systèmes est que ce privilège est offert au conjoint, mais pas au partenaire. Pour l'étude des couples de personnes du même sexe, il est important d'analyser si le conjoint ou partenaire survivant jouit de ce statut privilégié, selon la loi applicable à la succession. Même si la réserve héréditaire ne produit ses effets que lors de l'existence des dispositions à cause de mort ou des libéralités du défunt, il est pertinent de reconnaître qu'elle dérive directement des règles de la succession légale, à partir de l'ordre de vocation héréditaire et des parts successorales. Ce quota indisponible et son partage proportionnel entre les héritiers réservataires, soit pour limiter les dispositions et libéralités du défunt, soit pour les réduire, est un reflet de la présomption de légitimité des

héritiers réservataires et son calcul se fait sur la base des parts successorales, originaires de la succession légale. Si la mise en œuvre du droit de prélèvement prend en considération la comparaison des parts successorales destinés aux héritiers ressortissants du for successoral, selon la loi successorale et la loi du for, pour intervenir sur la loi applicable à la succession ; la prise en considération de la réserve héréditaire ne résulte pas forcément dans l'évincement de la loi étrangère, sauf quand le droit de prélèvement s'opère en matière de succession testamentaire, et l'on vérifie l'existence de la réserve héréditaire et l'on compare le montant des parts successorales garantis à titre de réserve héréditaire en faveur des ressortissants du for qui sont des héritiers réservataires.

## 2. Le statut du conjoint ou partenaire survivant à l'étranger

**548.** Le dynamisme de la vie humaine favorise que le couple, et aussi les conjoints ou partenaires avant leur vie en couple, aient établi divers rapports juridiques dans différentes juridictions. Lors d'une dissolution du couple à cause de mort, l'historique de divers rapports cumulés à travers la vie se matérialise sur la forme de différents droits et biens dans différentes juridictions. Pour répondre à ces besoins, il peut que des procédures parallèles de succession soient ouvertes dans différentes juridictions, comme un effet de l'approche scissionniste pour la succession immobilière ou comme conséquence du monopole juridictionnel exercé par certains États en matière successorale, quand l'approche unitaire est adoptée par les États où se situent les biens de la succession. Face à la perspective de solutions diverses dans différentes juridictions, il serait favorable au conjoint ou partenaire survivant de pouvoir reconnaître sa place comme héritier (ou même comme légataire ou héritier réservataire, dans le cadre des successions testamentaires) déjà établie au for successoral (principal) dans d'autres juridictions, si que l'extension de ses pouvoirs comme administrateur (ou exécuteur, pour une succession testamentaire) à l'étranger.

**549.** Spécifiquement dans la sphère des successions touchant des couples de personnes du même sexe, il faut considérer les conflits décourants de la reconnaissance encore limitée de ces couples, si que les restrictions de circulation de leur statut, au cercle de systèmes légaux qui leur reconnaissent, en raison des différences de catégories reconnues parmi ces États. S'il y aurait une tendance à la reconnaissance du rapport et des effets successorales qui en

découlent dans la juridiction de domicile ou de résidence habituelle du couple – qui choisirait probablement un habitat qui leur soit favorable –, à l'international il y aurait probablement des obstacles, surtout parce que les États ont tendance à se pencher sur le principe de la souveraineté et se renfermer en matière de successions. Pour surmonter des difficultés de ce type, l'on dépend des efforts volontaristes des États, à travers la coopération internationale et le droit conventionnel. Dans ce sens, l'instrument le plus efficace est le Règlement (UE) n. 2012/650, qui prévoit l'utilisation d'un certificat standard, pour attester certaines questions successorales. Le certificat successoral européen sert à établir la qualité d'héritier, de légataire, d'exécuteur testamentaire ou d'administrateur successoral, l'attribution d'un ou plusieurs biens déterminés et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur de la succession<sup>284</sup>. L'adoption du Règlement et surtout de son instrument de coopération le plus important sert à surmonter la difficulté et la résistance de certaines juridictions à reconnaître des actes passés et décisions rendues à l'étranger en matière de successions, un cas où il y a une tradition de résistance de la part des États à reconnaître des décisions étrangères, sous le fondement de compétence exclusive sur la matière, surtout pour la succession immobilière.

***a) La reconnaissance du conjoint ou partenaire survivant comme héritier à l'étranger***

**550.** La reconnaissance de la condition du conjoint ou partenaire survivant comme héritier du défunt à l'étranger peut se faire de manière principale ou incidente. Comme matière principale, en raison du refus des États à partager la juridiction en matière successorale sur les biens sur son territoire avec des tiers États, la condition comme héritier serait en effet évaluée cas par cas au for de la situation des biens. Les procédures successorales se multiplient par les États où il y a du patrimoine du *de cuius*, soit comme un effet du morcellement des successions immobilières par l'adoption de l'approche scissionniste, soit comme une conséquence de l'exercice de la prérogative de compétence juridictionnelle exclusive en matière successorale. La tendance à la territorialité des États en matière de succession conduit à l'autonomie en matière successorale de façon que chaque juridiction dispose sur la succession des biens – ou au moins des biens immeubles – sis sur son territoire, en appliquant les critères de rattachement en vigueur au for. La conséquence est un résultat particulier pour chaque juridiction, à partir de la loi successorale applicable, qui peut varier selon le DIP en

---

<sup>284</sup> Voir l'article 4 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

vigueur dans chaque juridiction. Pour les successions des couples de personnes du même sexe, cette situation pourrait produire des solutions complètement distinctes, comme la reconnaissance du conjoint ou partenaire survivant comme un héritier privilégié dans une juridiction, sa reconnaissance comme un héritier titulaire des droits moins favorables ou même son exclusion de la succession dans une autre juridiction.

**551.** La voie pour reconnaître la condition de héritier du conjoint ou partenaire survivant à l'étranger serait la reconnaissance d'une décision rendue au for principal sur le thème dans l'État requis où se trouvent les biens sur lesquels se fondent la compétence successorale. Néanmoins, le domaine successoral est un cas où les États refusent souvent de reconnaître des décisions étrangères. La solution pour surmonter ces barrières est la renonciation de la part des États au monopole juridictionnel sur la matière, à travers la coopération internationale et le droit conventionnel. Certains États utilisent des traités bilatéraux ou multilatéraux sur le thème, avec des critères de réciprocité ou d'harmonisation au bout de résoudre ce genre de conflits. L'instrument le plus efficace pour surmonter ces difficultés est le Règlement n. 650/2012 qui prévoit des solutions de juridiction directe, à travers un for universel pour la succession avec une *vis attractiva* sur les juridictions des autres États-membres – sauf pour certaines exceptions, comme certains cas de droits réels – ; et en juridiction indirecte, avec un système facilité pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, si que l'utilisation du certificat successoral. Le certificat successoral européen sert à établir la qualité d'héritier, de légataire, d'exécuteur testamentaire ou d'administrateur successoral, l'attribution d'un ou plusieurs biens déterminés et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur de la succession<sup>285</sup>. L'objectif du certificat est de faciliter la circulation du statut de personnes touchées par la succession, mais aussi de sécuriser les opérations passées avec des tiers de bonne foi<sup>286</sup>. La compétence pour sa délivrance appartient aux autorités de l'État dont les juridictions sont compétentes pour régler la succession<sup>287</sup>.

**552.** Comme matière incidente, il est parfois nécessaire d'évaluer la condition du conjoint ou partenaire survivant comme héritier au bout de revendiquer ou exercer certains droits qui lui sont octroyés dans une autre juridiction. Dans ce sens, il serait important de faire la preuve de la condition du conjoint ou partenaire survivant en tant qu'héritier ou légataire, pour laquelle il faut observer la loi applicable à la succession. La loi qui reconnaît ce statut, en tant que loi applicable à la succession, dispose en matière de preuve sur les règles qui permettent

---

285 Voir l'article 4 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

286 Voir l'article 69 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

287 Voir l'article 64-68 ? du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .



de reconnaître la condition d'héritier ou légataire. Toute utilisation des documents ou recours à actes issues dans une autre juridiction pour démontrer la qualité d'héritier seraient soumis aux règles de légalisation des documents étrangers ou aux règles spécifiques de coopération internationale sur le thème, telles que l'utilisation de l'apostille de La Haye. Au bout de faciliter la reconnaissance de la condition d'héritier dans l'espace communautaire des États-membres, le certificat successoral européen atteste des éléments mentionnés sur la base de la libre circulation, puisque sa force probante est présumée reconnue dans tous les autres États membres sans autre formalité<sup>288</sup>.

**553.** Malgré l'utilisation considérablement réussite du certificat depuis son adoption en 2013, l'hostilité de certains systèmes légaux aux couples de personnes du même sexe est tellement forte dans certains États que les efforts de coopération internationale paraissent parfois insuffisants. Même sous l'égide du Règlement n. 2012/650, l'utilisation du certificat successoral pourrait trouver des barrières à sa circulation et ses effets aux États réfractaires aux successions touchant les couples de personnes du même sexe. Certains États comme la Pologne et la Hongrie ont ouvertement manifesté leur opposition à toute forme de reconnaissance des effets du certificat quand il s'agit des droits décourants d'un rapport de mariage ou partenariat homosexuel. Le fondement est que l'institution inconnue heurterait l'ordre public, qui serait utilisée pour libérer l'État-membre de l'obligation de reconnaître le certificat. Comme certains États ont fait les dernières années un mouvement dans le sens de restreindre le mariage aux couples formés par un homme et une femme dans leurs constitutions, il serait probable que toute demande de reconnaissance d'un certificat sur un couple de personnes du même sexe soit refusée.

***b) Le rôle du conjoint ou partenaire survivant comme administrateur de la succession à l'étranger***

**554.** Il peut que le conjoint ou partenaire survivant ait l'intérêt non seulement de reconnaître sa condition d'héritier dans une autre juridiction, mais aussi l'objectif de exercer son rôle comme administrateur successoral (ou exécuteur testamentaire, pour une succession testamentaire). Encore une fois, l'on se trouve face aux barrières de la souveraineté des États, solidement érigées en matière successorale. L'exercice de la fonction d'administrateur successoral du conjoint ou partenaire survivant à l'étranger relève des aspects patrimoniaux et des actes exécutoires à l'égard des biens sis à l'étranger. En raison de l'épanouissement très

---

<sup>288</sup>Voir l'article 64-68 ? du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

limité du droit conventionnel en matière successorale, il serait nécessaire d'avoir recours aux mécanismes traditionnels de coopération entre États, comme une demande de reconnaissance d'une décision étrangère ou une commission rogatoire en matière successorale, domaine dans lequel les États ont une forte résistance à céder de la place aux décisions étrangères ou aux commissions rogatoires. Une solution positive est celle ouverte par le Règlement (UE) 650/2012, à travers le certificat successoral européen .

**555.** Comme le certificat successoral européen sert non seulement à établir la qualité d'héritier ou légataire, mais aussi d'exécuteur testamentaire ou d'administrateur successoral, l'attribution d'un ou plusieurs biens déterminés et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur de la succession, le certificat sert sur mesure aux besoins du conjoint ou partenaire survivant en charge de l'administration de la succession<sup>289</sup>. Malgré l'efficacité du certificat, il perd sa force face à la clause échappatoire de l'ordre public, qui peut être utilisé pour barrer son utilisation, si l'État requis refuse la reconnaissance du couple homosexuel dont l'un des conjoints ou partenaires est le titulaire de la succession. Comme pour la reconnaissance de la condition d'héritier (ou de légataire) du conjoint ou partenaire survivant homosexuel, l'acceptation de sa condition comme administrateur successoral (et exécuteur testamentaire) et des pouvoirs qui en découlent se fait parmi le cercle fermé d'États-membres du Règlement qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe. Même un modèle de coopération renforcé comme celui du Règlement se brise face à la résistance discriminatoire des États-membres refusant l'application du certificat aux couples homosexuels.

**556.** Comme solution générale à l'examen des pouvoirs des administrateurs successoraux, le Règlement prévoit la soumission de leurs activités à la *lex successionis*, soit la loi de la résidence habituelle du défunt, soit sa loi nationale. En outre, le Règlement prévoit certaines dispositions au bout de résoudre des possibles conflits d'intérêts entre les bénéficiés par la succession et les créanciers du défunt<sup>290</sup>.

## B. Le régime légal applicable au contenu de la succession

---

289 Voir l'article 4 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

290 Voir l'article 29 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

**557.** Malgré l'identification des successions en DIP, comme un domaine de statut mixte, pour sa connexion à la fois avec le statut personnel et le statut réel, l'aspect patrimonial des successions se fait sentir fortement lors de l'analyse du régime légal applicable aux successions pour la détermination de la loi applicable. La solution en matière conflictuelle prend en considération la division des biens composant la masse successorale entre biens meubles et biens immeubles, selon la classification la plus utilisée pour les biens en droit privé. L'on organise la masse successorale selon le contenu mobilier et immobilier des biens qui la compose, mais offre la possibilité d'appliquer un régime distinct à chaque catégorie ou de rassembler les deux catégories sous un même régime : il s'ouvre le débat entre l'approche scissionniste ou l'approche unitaire pour la loi applicable à la succession. Ainsi, l'on réfléchit sur la possibilité d'application d'une seule loi à l'ensemble des biens de la masse successorale ou la possibilité de scissionner la succession en deux masses, l'une qui corresponde aux biens meubles et l'autre touchant les biens immeubles. Dans les systèmes légaux qui consacrent l'approche scissionniste, la tendance serait d'appliquer la loi personnelle du défunt à la succession mobilière et la *lex rei sitae* à la succession immobilière. Cette approche remonte à l'Ancien droit, qui soulignait le caractère territorial de la succession immobilière<sup>291</sup>. Elle est usuellement adoptée au Common Law et était appliquée en France avant l'adoption du Règlement n. 2012/650, en consacrant le territorialisme soutenu par la doctrine statutaire de D'argentré. En revanche, certains systèmes légaux préfèrent une approche unitaire, en appliquant la même loi successorale à tous les biens (meubles et immeubles) de la masse .

## 1. L'approche scissionniste

**558.** L'approche scissionniste impose en fait une sous-division de la succession en deux masses aux régimes légaux distincts : la succession immobilière, dont la masse comporte les biens immeubles, et, la succession mobilière, dont la masse contient les biens meubles. La

---

291 Dans ce sens, B. Audit dit : « L'Ancien droit appliquait à la succession immobilière la coutume du lieu de chaque immeuble et non la coutume personnelle du défunt. La règle s'explique par l'importance de la propriété des immeubles dans le système féodal : de la possession des terres dépendait le pouvoir politique ; le seigneur exerçait sur leur transmission un droit de regard et même recueillait personnellement la succession des aubains (étrangers) . S'agissant en revanche des meubles, considérés de peu de valeur, on ne voyait pas d'inconvénient à ce que leur dévolution fût réglée le cas échéant selon une coutume autre que celle du lieu de leur situation : afin toutefois d'assurer un règlement unique lorsque les meubles héréditaires se trouvaient en plusieurs ressorts, ils étaient réputés tous situés en un lieu unique, le domicile du défunt, dont la coutume était ainsi seule applicable : *Mobilia sequuntur personam* ». (B. Audit. n. 88-. p. 782.°

scission en deux successions ou deux masses parallèles soumises à deux régimes distincts se fonde non seulement sur le caractère des biens qui composent la masse, mais surtout sur le régime légal que l'on dédit à chaque catégorie des biens que compose chaque masse. D'une part la succession immobilière se base sur un rapport territorial des biens immeubles, d'autre part la succession mobilière priorise la proximité des biens meubles avec le centre de la vie du défunt, comme un rapport personnel avec le défunt, un prolongement du statut personnel.

**a) *La succession immobilière***

**559.** Compte tenu un caractère essentiellement territorial de la succession immobilière, par le rattachement des immeubles au sol, au territoire de chaque État, l'on aperçoit une forte application du principe de la souveraineté pour la matière. L'on reproduit les critères en DIP que l'on utilise souvent pour les biens immeubles et les droits réels : l'affirmation du *forum rei sitae* comme for compétent et de la *lex rei sitae* comme loi applicable.

**a) *For compétent***

**560.** Le recours au for de la situation des biens pour la succession immobilière répond aux intérêts des États, pour maintenir le contrôle sur des immeubles sis sur leur territoires et recouvrir les impôts sur la succession. Et cependant, cette approche territorialiste et nationaliste ne suffit pas à répondre à certaines demandes du DIP. *A priori*, au cas de successions internationales où il y a divers immeubles sis dans des juridictions différentes, la conséquence est le morcellement de la succession, dans la proportion du nombre de juridictions où il y a des biens immeubles du défunt. Même si cette solution isolationniste satisfait aux États, de façon que chacun garde son indépendance sur la gestion de la succession ; le morcellement conduit à des solutions différents pour les successions. Comme le droit en vigueur au for détermine la loi applicable, à travers sa règle de conflit, il peut que chaque juridiction applique une loi différente à la succession. Cela implique la possibilité des différents partages, conduisant à différents parts successoraux pour les héritiers, et même l'exclusion de certains héritiers dans une certaine juridiction, en raison de l'ordre de vocation héréditaire à être appliquée selon la loi applicable dans chaque juridiction. Pour les couples de personnes du même sexe, cela peut poser un problème, surtout si la loi applicable ou le droit du for ne reconnaissent pas le couple homosexuel comme tel ou requalifie le lien. A part la possibilité de solutions divergentes dans différentes juridictions où il y a des biens immeubles

du défunt, ce morcellement de la succession immobilière favorise l'isolationnisme des États sur le thème, en difficultant la reconnaissance de décisions ou commissions rogatoires sur la matière.

**561.** Le morcellement des successions immobilières à travers les différentes juridictions où il y a du patrimoine immobilière du de cujus conduit, par conséquent, à l'éparpillement des mesures provisoires et protectrices à l'égard des biens immeubles, selon les juridictions où ils sont sis . Une autre conséquence du morcellement de fors pour les successions immobilières du même défunt est l'obstacle à reconnaître des décisions étrangères sur les biens immeubles sis dans l'État requis . Il manquerait l'une des conditions usuellement exigées pour la reconnaissance d'une décision étrangère : la compétence de l'autorité ou tribunal rendant la décision, qui ne s'établit pas face à la prérogative juridictionnelle du for où l'immeuble est situé.

**562.** De manière à résoudre ce genre de conflits, certains États font appel à l'application de mécanismes de coopération internationale ou à certaines solutions réparatrices unilatérales comme le recours au droit de prélèvement. Il est intéressant d'observer que plusieurs États, surtout en Europe, utilisent dès le XIXe siècle, des traités bilatéraux pour résoudre des conflits de juridictions en matière de successions, mais avec des solutions timides à l'égard des biens immeubles, par respect à la souveraineté des États. Comme la répartition des successions immobilières du défunt en plusieurs fors à travers l'approche scissionniste affaiblit la coopération internationale, l'instrument multilatéral le plus efficace et moderne sur le thème va dans le contresens de consacrer l'approche scissionniste pour la succession.

#### *β) Loi applicable*

**563.** En considérant le caractère immobilière de la succession, la *lex rei sitae* s'impose comme loi applicable. Les systèmes légaux qui adoptent l'approche scissionniste de la succession le font avec l'objectif principal de soumettre la succession immobilière à la loi de la situation du bien, selon une approche territoriale. Une permanence de l'Ancien droit, l'avantage de l'application de la *lex rei sitae* à la succession immobilière serait la coïncidence de l'application de la même loi non seulement à cette succession, mais aussi aux rapports obligationnels rattachés aux biens objets de cette succession, tels que les droits réels et même l'éventuel indivision d'un bien.

**b) La succession mobilière**

**564.** Contrairement à ce qui se passe pour la succession immobilière, où le caractère essentiellement territorial prédomine, la succession mobilière s'investit d'une fiction juridique pour ramasser tous les biens meubles du défunt, dans une seule masse, même s'ils se trouvent dans des différentes juridictions.

*a) For compétent*

**565.** Si la consécration du *forum rei sitae* pour la succession immobilière conduit au morcellement des successions, la succession mobilière compte sur une fiction juridique pour concentrer la succession mobilière sur un seul for. Et le caractère territorial n'est pas pris en compte pour le choix du for présumé universel pour la succession mobilière : en règle l'on priorise le for du domicile ou de la résidence habituelle du défunt, parce que l'on considère que le centre de sa vie se trouve dans ce for, qui aura ainsi la force attractive sur des biens meubles du défunt sis à l'étranger. Néanmoins, des obstacles juridictionnels se posent face à cette fiction d'un for unique pour la succession mobilière. Il peut que des biens meubles aux valeurs considérables se trouvent dans d'autres juridictions, qui peuvent ne pas considérer positive l'intrusion de ce *forum successionis* étranger sur des biens sis sur son territoire. Même si l'on reprend que le droit en vigueur au for détermine la loi applicable, il peut qu'une juridiction étrangère où il y a des biens du défunt ne considère pas le for qui a été pris comme for universel comme compétent à disposer sur les biens sis sur son territoire, ni reconnaisse la loi applicable indiquée par la règle de conflit de ce « for universel ». La conséquence de l'éventuel refus à reconnaître la *vis attractiva* du for « principal » de la succession mobilière à l'égard des autres fors, où il y a des biens meubles, serait le refus à reconnaître les décisions rendues au for « principal » dans l'État requis qui corresponde au for où se localise le bien objet de la décision.

**566.** Même si l'on reconnaît l'établissement d'un for universel pour la succession mobilière socombe à la nécessité de proposer les mesures provisoires et protectrices à l'égard des biens meubles, dans la juridiction où chaque bien se trouve. Le caractère exécutoire des mesures justifie la rupture du privilège juridictionnel du for supposé « principal », qui ne résisterait non plus à l'éventuelle détermination du propre for où chaque bien se trouve sur sa compétence juridictionnelle sur le bien. Les difficultés semblables de l'offre réduite des traités sur la matière successorale difficile l'utilisation des mécanismes de coopération

internationale pour épanouir les effets du for principal pour la succession mobilière aux juridictions où il existe d'autres biens meubles du défunt. Dans ce sens, même quand les États reconnaissent le for présumé universel pour la succession, ils gardent leur privilège juridictionnel pour certaines hypothèses telles que certaines actions relatives aux droits réels ou biens immeubles sis sur leur territoires, si que les mesures provisoires et conservatoires sur les biens sis sur leur territoire.

### *β) Loi applicable*

**567.** Face au contenu mobilière de la succession, en règle l'on utilise le rattachement selon la règle *mobilia sequuntur personam*, de façon à rapprocher la loi applicable à la succession mobilière de la loi applicable au statut personnel. Selon le critère de rattachement et l'élément de rattachement adopté au système légal du for, la loi applicable à la succession mobilière peut emmener à l'application de la loi de la nationalité, celle du domicile ou celle de la résidence habituelle du défunt. Ce choix se fonde sur une présumée proximité avec le défunt, en priorisant sa nationalité ou le centre géographique de sa vie, mais elle peut susciter des solutions conflictuelles. Pour les couples de personnes du même sexe, cela peut poser un problème, surtout si la loi applicable ou le droit du for ne reconnaissent pas le couple homosexuel comme tel ou requalifie leur lien. L'ordre public et le droit de prélèvement peuvent jouer un rôle décisif pour exclure ou protéger le conjoint ou partenaire du même sexe.

## 2. L'approche unitaire

**568.** L'approche unitaire impose la concentration de tous les biens du défunt dans une seule masse, en optant pour une solution unique. Ce choix pour un même régime pour les biens meubles et immeubles peut se montrer à la fois avantageuse et désavantageuse. D'une part, cette approche offre une solution harmonieuse et que facilite le travail des opérateurs du droit. D'autre part, cette approche doit faire face à des obstacles à cause de l'existence de biens dans des juridictions étrangères qui ne sont pas disponibles à abdiquer de leurs privilèges de souveraineté sur des biens sis sur leurs territoires en faveur d'un for présumé universel, surtout pour des biens immeubles. En effet, en raison de l'usuel monopole juridictionnel exercé par les États sur les biens immeubles sis sur leurs territoires ; il y a une tendance à que des successions parallèles soient ouvertes aux différentes juridictions, où il y a des biens du

*de cuius*. Cette vocation à une compétence exclusive du *forum successionis* - qui exerce une *vis attractiva* sur toutes actions et demandes relatives aux droits et obligations de la masse successorale – se fait avec des nuances dans un système légal à l’autre, selon les particularités de chaque système, mais aussi selon l’approche adoptée par le système légal du for en matière de successions internationales. Il y a un effet semblable au morcellement des successions immobilières de l’approche scissionniste, mais plus complexe, une fois que chaque juridiction sera indépendante pour appliquer son régime légal à l’ensemble de tous les biens sur son territoire, et éventuellement sur les biens sis dans d’autres juridictions qui reconnaissent les conséquences dictées par le for présumé universel.

#### **a) For compétent**

**569.** Il est possible d’identifier une coïncidence entre le *forum rei sitae* et le *forum successionis* dans l’approche unitaire pour les successions, en raison de la prévalence du caractère territorial des biens (immeubles) qui font l’objet de la succession. C’est comme si la succession reflétait le même critère juridictionnel utilisé pour le statut réel, en raison de la présence des biens immeubles dans la succession. Si l’approche scissionniste force la coordination de la succession en deux fors, le *forum rei sitae* pour les biens immeubles et le for rattaché au statut personnel pour les biens meubles ; l’approche unitaire impose la consécration du for successoral comme for universel, avec l’aptitude de *vis attractiva* sur les droits et obligations du *de cuius*. Cette exclusivité peut donner la fausse impression qu’il n’y aurait pas de morcellement des successions, mais il est probablement faux. Comme la plupart des États gardent une vision territoriale sur les biens de la succession, surtout sur les immeubles, ils consacrent souvent un monopole de leur juridiction sur la succession des biens sis sur leurs territoires, souvent pour les biens immeubles. Si l’on réussit à maintenir une solution harmonieuse avec l’approche unitaire, l’on n’évite pas le fractionnement des successions, en tant de juridictions où il y a des biens, surtout immeubles, si elles réclament leur compétence exclusive en matière de successions, pour les biens (immeubles) sur son territoire. En effet, il y a l’imposition souvent du for basé sur les immeubles de la succession à toute la masse de la succession.

**570.** Cette solution unitaire qui conduit à un for universel démontre la ressemblance des successions avec le concours universel des faillites. Pareillement à ce qu’il se passe pour les faillites, le *forum successionis* revendique de l’exclusivité pour gérer l’ensemble du



patrimoine du défunt et bien protéger tous les intérêts des héritiers et légataires, si que ceux des créanciers. Pourtant, cette exclusivité se fait briser par l'indisponibilité des États de céder certaines prérogatives à d'autres juridictions, au nom de la coopération internationale, si que par respect à la souveraineté d'autres États étrangers. La convoitise des États à exercer la juridiction et taxer l'intégralité du patrimoine laissé par le défunt se limite aux biens soumis à la juridiction de l'État du for. Quand ces concessions sont faites, elles visent les biens immeubles et se fondent sur la quête de traitement réciproque entre États souverains. Ainsi, il est peut probable qu'un for où il y a un bien immeuble de la succession accepte de reconnaître une décision étrangère sur le thème, en raison d'une présumée usurpation de la compétence exclusive du for sur la matière.

**571.** Le plus important instrument régional en matière successorale, le Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012, adopte l'approche unitaire et consacre comme règle générale le for de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès<sup>292</sup>. Subsidiairement, quand la résidence du défunt se trouvait dans un État tiers, le Règlement prévoit la compétence de l'État-membre où se trouvent des biens de la succession, si le défunt avait la nationalité de cet État-membre ou qu'il y avait sa résidence préalable, au moins cinq ans avant la saisine de la juridiction ; ou, à défaut, même si ces deux conditions ne sont pas remplies<sup>293</sup>. Le Règlement offre le recours à l'autonomie de la volonté encadrée, en faveur du for de l'État-membre dont le défunt possédait la nationalité<sup>294</sup>. Ce choix n'est permis que si le défunt avait exercé le choix de la loi applicable pour la *lex patriae*<sup>295</sup>. L'objectif est de rassurer la coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable, à travers l'harmonie en faveur de la loi nationale. La nationalité du défunt est comprise comme celle qu'il possédait au moment de sa mort ou au moment où il a fait le choix. Dans le cas d'un défunt polipatride, il peut choisir n'importe quelle parmi ses nationalités. La déclinaire de compétence du for naturel de la résidence habituelle du défunt – et aussi du for subsidiaire d'un État-membre où il y avait des biens du défunt, quand il avait sa résidence habituelle dans un État tiers – s'opère par l'élection de for dérivée de l'accord des parties concernées ou de la requête de l'une des parties, appuyée sur le principe de la proximité, si la dérogation en faveur du for de la nationalité se justifie par les circonstances comme la résidence habituelle des parties concernées ou la situation des biens<sup>296</sup>. Contrairement à d'autres règlement européens, qui

---

292 Voir l'article 4 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

293 Voir l'article 10 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

294 Voir l'article 5 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

295 Voir l'article 22 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

296 Voir l'article 6 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

préfèrent la compétence résiduelle de la juridiction du for, selon les règles de compétence de droit interne, si aucun État-membre ne se considère comme compétent ; le Règlement prévoit ultérieurement la compétence de l'un des États-membres à travers un lien de proximité, en consacrant un *forum necessitatis*<sup>297</sup>.

**572.** Il est important d'observer que, malgré l'option du Règlement pour la prévalence de l'approche unitaire, l'on brise le for successoral universel et unitaire pour certaines exceptions. Comme une prérogative aux héritiers et légataires du *de cuius*, l'on reconnaît la compétence du for de l'État-membre de résidence de chaque héritier ou légataire, pour la déclaration d'acceptation de la succession, d'un legs ou d'une réserve héréditaire, de renonciation à ceux-ci ou de limitation de la responsabilité de la personne concernée à l'égard des dettes de la succession ; à condition que le droit interne de cet État-membre considère ses tribunaux comme compétents<sup>298</sup>. En reconnaissance de la souveraineté des États en matière successoral, l'on cède de la place au *forum rei sitae*, dans l'expectative de reconnaître la compétence juridictionnelle d'un État tiers, à l'égard des biens de la masse successorale sis dans cette juridiction. A la demande de l'une des parties concernées, le for successoral déterminé selon les règles du Règlement peut décider de ne pas statuer sur des biens sis dans un État tiers, quand l'on prévoit qu'une décision rendue dans l'État-membre ne serait pas reconnue ou déclarée exécutoire dans ledit État tiers<sup>299</sup>. En outre, il faut dire que les juridictions d'un État-membre conservent de la compétence pour les mesures provisoires ou conservatoires en matière successorale prévues par la loi de cette juridiction, même si un autre État-membre est compétent pour connaître du fond, en tant que for successoral, selon le Règlement<sup>300</sup>.

### ***b) Loi applicable***

**573.** La plupart des systèmes qui consacrent l'approche unitaire utilise la loi personnelle du défunt comme loi applicable à la succession ; en raison de la proximité entre le statut successoral et le statut personnel. Malgré les incontournables aspects patrimoniaux de la succession, qui pourraient susciter la consécration de la *lex rei sitae* comme loi applicable à succession, en raison de la présence de biens immeubles dans la masse, cette solution paraît minoritaire. Ainsi, d'après le critère de rattachement à la loi personnelle du de cuius pour régir

<sup>297</sup> Voir l'article 11 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

<sup>298</sup> Voir l'article 13 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

<sup>299</sup> Voir l'article 12 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

<sup>300</sup> Voir l'article 19 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

la succession, selon l'élément de rattachement adopté au système légal du for, la loi applicable à la succession sera celle de la nationalité, celle du domicile ou celle de la résidence habituelle du défunt. Pour les couples de personnes du même sexe, cela peut poser un problème, surtout si la loi applicable ou le droit du for ne reconnaissent pas le couple homosexuel comme tel ou requalifie le lien. L'ordre public et le droit de prélèvement peuvent jouer un rôle décisif pour exclure ou protéger le conjoint ou partenaire du même sexe .

**574.** Même sous l'abri de l'approche unitaire, il faut considérer certaines limites à l'universalité de la loi successorale pour toutes les questions rattachées à la succession. Une question cruciale en matière successorale sont les impôts que les héritiers ou légataires doivent payer à cause du patrimoine reçu<sup>301</sup>. Comme une prémisse de droit public, en raison de l'intérêt souverain du fisc, le droit de la fiscalité a une vocation extrêmement territoriale. Ce qui permet de dire que la loi applicable aux impôts de la succession est la loi du for. Dans ce sens, Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron suggère « que soient appliquées en matière fiscales les dispositions qui régissent les unions légales dans le pays où s'est ouverte la succession »<sup>302</sup>. Pour les couples de personnes du même sexe, le plus important est de vérifier si le conjoint ou partenaire survivant a droit à un abattement d'impôts en cas de succession, en raison du lien conjugal ou partenarial, comme l'on fait dans plusieurs juridictions. L'on revient sur la loi applicable à la succession pour vérifier la condition du conjoint ou partenaire survivant comme héritier, ou comme héritier réservataire, et possiblement sur une question préalable sur la validité du lien de mariage ou partenariat et de son éventuelle (re)qualification, à être analysée selon les critères utilisés pour l'examen de la question préalable.

**575.** Autre question qui relève l'intérêt étatal est la destination des biens d'une succession en déshérence. Comme tous les systèmes légaux prévoient la destination des successions en déshérence aux caisses de l'État<sup>303</sup>, il faut analyser comment résoudre la question de la loi applicable à une succession en déshérence à l'internationale. Au cas où en raison de la loi successorale applicable ou à cause de sa substitution par la *lex fori* – par l'impossibilité de son application –, il n'y a aucun héritier appelé à recevoir la succession, l'on applique la loi du for

---

301 Pour le cas français, voir le Code général des impôts, articles 788 et 788-bis.

302 H. FULCHIRON, *Réflexions sur les unions hors mariage en Droit International privé* : JDI 2000, p. 889 et s., spéc. 912.

303 Chaque système légal détermine, en droit interne, qui recueille les biens d'une succession en déshérence. La figure de l'État, comme représentant légitime de la communauté, dans l'hypothèse d'absence d'héritiers appelés à hériter, peut correspondre à la personne morale d'une province ou État-membre d'une Fédération, d'un gouvernement régional ou local (préfectoral ou municipal), ou encore aux caisses publiques, à travers un fond en faveur d'universités ou d'entités philanthropiques ou de recherche, selon le droit domestique.

qui coïncide avec l'application de la *lex rei sitae*, pour la destination des biens objet de la succession. Dans ce cas, par raison de souveraineté et pour éviter la spéculation immobilière par un État étranger, l'on applique la loi du for pour octroyer les biens successorales à l'État où les biens sont situés. Pourtant, même face à l'existence de biens de la succession dans une autre juridiction, l'État ne peut recueillir que les biens situés sur son territoire. Dans l'hypothèse d'une pluralité des successions à l'internationale, également en déshérence, chaque juridiction reconnaît la déshérence de la succession, à travers la loi applicable par son critère de rattachement et sa conséquente substitution par la *lex fori*, et chaque État recueillerait les biens sis dans sa juridiction. Une solution pareille est proposée par le Règlement à l'égard des successions en déshérence, en excluant l'application de ses règles pour la situation des successions en déshérence, en faveur de la *lex fori* de l'État membre où sont situés les biens objet de la succession, à condition que cette loi permette l'habilitation des créanciers du défunt<sup>304</sup>.

**576.** Il y a aussi d'autres questions complexes qui défient l'universalité de la loi successorale sous l'approche unitaire. L'on examine le droit du conjoint ou partenaire survivant à recouvrir la réparation en cas d'assurance-vie, pour la mort naturelle ou accidentelle du conjoint ou partenaire décédé, quand le contrat ait été fait ou le paiement doit se faire à l'étranger. D'ailleurs, il peut que la loi applicable prévoit des droits plus avantageux, comme des « punitive damages » du Common Law. En raison du caractère obligationnel, la loi applicable est la loi qui régit le contrat d'assurance-vie, d'où dérive le droit à la réparation. Autre question importante est la possibilité de réclamer une créance alimentaire à la succession. D'abord, il faut s'interroger sur la qualification appropriée, s'il s'agit des aliments ou de matière successorale. Compte tenu l'importance et la complexité de la matière alimentaire, il faut considérer l'autonomie de la question alimentaire, pour qualifier la question au domaine des obligations alimentaires et appliquer la loi correspondante. Et cependant, une fois reconnue une dette alimentaire, correspondant à plusieurs prestations alimentaires non-payées et cumulées par exemple, il faut réclamer l'exécution de la dette alimentaire au concours de créanciers dans la succession, lors du paiement du passif de la successions, et soumettre cette créance à l'éventuelle classification attribuée au for et aux règles qui lui sont applicables.

**577.** L'approche unitaire est adoptée par l'instrument multilatéral le plus avancé sur la matière : le Règlement n. 650/2012. Le Règlement consacre la loi de la résidence habituelle

---

304 Voir l'article 33 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

du défunt<sup>305</sup> comme loi applicable à tous les biens de la succession<sup>306</sup>. Si le Règlement préfère la résidence habituelle au domicile, dans l'esprit des conventions issues de la Conférence de La Haye, il se montre conciliatoire avec le domicile, utilisé dans certains États-membres. La préférence pour la *lex residentiae* n'est pas absolue, une fois que l'on permet l'utilisation de la loi d'un autre État avec lequel le défunt avait « des liens manifestement lien plus étroits » avec un autre État lors de son décès, comme une claire consécration du principe de la proximité<sup>307</sup>. Subsidiairement, le Règlement fait aussi de la concession à l'autonomie de la volonté en faveur de la *lex patriae*<sup>308</sup>. Ce choix pour la loi de la nationalité que le défunt possédait au moment du choix ou de son décès se fait de manière encadrée et au bout de harmoniser le choix de la loi applicable avec l'élection de for. En outre, le Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 démontre de l'ouverture d'esprit, en adoptant un caractère universel, au-delà des lois internes des États-membres, en permettant l'utilisation de la loi étrangère d'un État tiers, soit par la règle générale de la résidence habituelle du défunt ou son remplacement mitigé par le principe de la proximité, soit comme sa loi nationale à travers du choix encadré pour la loi nationale du *de cuius*<sup>309</sup>. Contrairement à d'autres règlements européens consacrant l'autonomie de la volonté pour le choix de la loi applicable, qui n'admettent pas le renvoi ; Le Règlement l'admet<sup>310</sup>, puisqu'il n'est pas considéré comme une menace à la rupture de l'approche unitaire.

**578.** Le système complexe du Règlement flexibilise l'adoption inconditionnelle d'une seule loi applicable à la succession, à travers quelques exceptions. En accord avec la traditionnelle territorialité associée aux biens immeubles, le Règlement prévoit l'application de la loi de la situation pour certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens qui comportent des dispositions spéciales, en raison de leur destination économique, familiale ou sociale<sup>311</sup>. Cette application impérative de la loi du for prévalait, comme équivalente aux lois de police<sup>312</sup>. De manière à promouvoir une application harmonieuse du Règlement, le Règlement prévoit l'adaptation des droits réels prévus selon la *lex successionis*, mais qui restent institution inconnue dans l'État-membre où le respectif droit est invoqué<sup>313</sup>. Le recours à l'adaptation, en s'appuyant au droit comparé, n'est pas une

---

305 Voir l'article 21 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

306 Voir l'article 23 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

307 Voir l'article 21 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

308 Voir l'article 22 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

309 Voir l'article 20 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

310 Voir l'article 34 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

311 Voir l'article 30 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

312 Voir l'article 30 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

313 Voir l'article 31 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

solution étrange en DIP, quand il s'agit de l'institution inconnue. Un exemple serait l'hypothèse où un conjoint ou partenaire homosexuel réclame le bénéfice du régime applicable au « bien de famille » usuel dans certains systèmes légaux latino-américains, mais méconnus dans la plupart du monde. Certains systèmes l'adaptent à travers le droit d'usufruit. Finalement, il est important de ne pas oublier que la mise en œuvre pour l'application de la loi étrangère est écartée, quand elle heurte « manifestement l'ordre public du for »<sup>314</sup>. Le Règlement abdicue à appliquer la situation des comourants aux successions de deux personnes ou plus qui seraient connectées, quand deux personnes ou plus décèdent sans que l'on puisse déterminer l'ordre des décès et les lois successorales applicables méconnaissent l'institution des comourants ou les réglementent de manière diverse. La solution pour éviter de scissionner la *lex successionis* est d'ignorer les comourants<sup>315</sup>.

**579.** Il est important de dire qu'au niveau conventionnel, l'instrument multilatéral à vocation universelle le plus développé déjà produit est la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989. Malgré la qualité du texte conventionnel, la Convention n'a jamais entrée en vigueur, parce que aucun État ne l'a ratifiée. Pourtant, son texte reste un travail de référence de haute qualité et qui a inspiré le Règlement successions. La convention a un objet plus limité, une fois qu'elle ne s'occupe que de la loi applicable à la succession, soit une succession légale, soit une succession contractuelle. Comme le Règlement, la Convention opte pour la loi de la résidence habituelle du défunt, mais à condition qu'il possédait la nationalité de cet État ou qu'il y ait vécu au moins pour 5 ans avant son décès. Subsidièrement, le principe de la proximité s'applique, pour déterminer l'application de la loi de l'État avec lequel le défunt avait des liens les plus étroits, soit celle de sa nationalité, soit celle d'un État tiers<sup>316</sup>. La Convention démontre de l'ouverture d'esprit, parce que l'on peut indiquer une loi applicable d'un État tiers, qui ne soit pas partie dans la Convention<sup>317</sup>. Comme la Convention priorise l'adoption d'une seule loi pour l'ensemble de la succession<sup>318</sup>, mais permet que le défunt choisisse une loi spécifiquement applicable à certains biens de la succession<sup>319</sup>, elle adopte une position conciliatoire qui convient à la fois à l'approche unitaire et à l'approche scissionniste. Dans le même esprit, la Convention réserve la *lex rei sitae* pour les biens soumis à un régime spécial, comme certains biens immeubles,

---

314 Voir l'article 35 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

315 Voir l'article 32 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

316 Voir l'article 3 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

317 Voir l'article 2 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

318 Voir l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

319 Voir l'article 6 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

les entreprises ou d'autres catégories de biens<sup>320</sup>. La Convention consacre l'autonomie du trust ou institution équivalente par rapport à la succession, en prévoyant la régence du trust par la loi qui lui soit applicable, même si elle ne coïncide pas avec la loi applicable à la succession<sup>321</sup>. D'ailleurs, comme le Règlement, la Convention prévoit le renvoi<sup>322</sup>, le droit de l'État de recueillir des biens qui se trouvent sur son territoire pour les successions en déshérence<sup>323</sup> et la clause échappatoire de l'ordre public<sup>324</sup>, et exclut la reconnaissance de la comort<sup>325</sup>.

## §2. La succession contractuelle

**580.** Comme dans beaucoup de domaines de la vie humaine, la succession laisse de la place à la *professio iuris*, de façon à permettre que le défunt exprime ses dernières volontés, pour régir ses droits et obligations, après sa mort. Comme il y a souvent des limites pour l'exercice de l'autonomie de la volonté, il existe, dans certains cas, des limites aux dispositions à cause de mort, mais aussi aux libéralités faites par le *de cuius* en vie comme une anticipation des effets de sa succession. Pour cette raison, au cas d'invalidité des dispositions de la succession contractuelle ou face à la nécessité de réduire ces dispositions par respect à la réserve héréditaire, l'on a recours aux règles imposées pour la succession légale, qui reste subsidiairement applicable. Pour une étude précise de la succession contractuelle, l'on analyse les testaments, qui constituent le modèle traditionnellement consacré pour les dispositions de dernière volonté du défunt, si que d'autres formes de disposition à cause de mort et les libéralités faites du vivant du *de cuius*, mais qui peuvent avoir des conséquences sur le patrimoine du défunt.

---

320 Voir l'article 15 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

321 Voir l'article 14 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

322 Voir l'article 4 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

323 Voir l'article 16 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

324 Voir l'article 18 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

325 Voir l'article 13 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

## A. Testaments

**581.** Il faut commencer l'étude des formes de dispositions à cause de mort par l'instrument le plus classique que est utilisé : le testament. *A priori*, il est intéressant d'observer que le droit de tester était d'abord inconnu au temps jadis<sup>326</sup>, parce que la propriété appartenait à la famille et était transmise à travers les générations, en connexion avec le culte, dans un système patriarcal. La possibilité d'exercice de l'autonomie pour tester fut progressivement admise, avec des restrictions<sup>327</sup>. En tout cas, le testament est un instrument très ancien et qui avait une dimension un peu plus élargie de celle que nous utilisons de nos jours. Dans l'Antiquité, les sociétés avaient une perception différente de la mort. Le testament avait le rôle

---

326« Le droit de tester, c'est-à-dire de disposer de ses biens après sa mort pour les faire passer à d'autres qu'à l'héritier naturel, était en opposition avec les croyances religieuses qui étaient le fondement du droit de propriété et du droit de succession. La propriété étant inhérente au culte, et le culte étant héréditaire, pouvait-on songer au testament ? D'ailleurs la propriété n'appartenait pas à l'individu, mais à la famille ; car l'homme ne l'avait pas acquise par le droit du travail, mais par le culte domestique. Attachée à la famille, elle se transmettait du mort au vivant, non d'après la volonté et le choix du mort, mais en vertu de règles supérieures que la religion avait établies.

L'ancien droit hindou ne connaissait pas le testament. Le droit athénien, jusqu'à Solon, l'interdisait d'une manière absolue, et Solon lui-même ne l'a permis qu'à ceux qui ne laissaient pas d'enfants. Le testament a été longtemps interdit ou ignoré à Sparte, et n'a été autorisé que postérieurement à la guerre du Péloponèse. On a conservé le souvenir d'un temps où il en était de même à Corinthe et à Thèbes. Il est certain que la faculté de léguer arbitrairement ses biens ne fut pas reconnue d'abord comme un droit naturel ; le principe constant des époques anciennes fut que toute propriété devrait rester dans la famille à laquelle la religion l'avait attachée. ». COULANGES, Fustel de. *La cité antique : étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 12ed. Paris, Hachette, 1888. p. 87.

327« L'ancien droit de Rome est pour nous très-obscur ; il l'était déjà pour Cicéron. Ce que nous en connaissons ne remonte guère plus haut que les Douze Tables, qui ne sont assurément pas le droit primitif de Rome, et dont il ne nous reste d'ailleurs que quelques débris. Ce code autorise le testament ; encore le fragment qui est relatif à cet objet est-il trop court et trop évidemment incomplet pour que nous puissions nous flatter de connaître les vraies dispositions du législateur en cette matière ; en accordant la faculté de tester, nous ne savons pas quelles réserves et quelles conditions il pouvait y mettre. Avant les Douze Tables nous n'avons aucun texte de loi qui interdise ou qui permette le testament. Mais la langue conservait le souvenir d'un temps où il n'était pas connu ; car elle appelait le fils *héritier sien et nécessaire*. Cette formule que Gaius et Justinien employaient encore, mais qui n'était plus d'accord avec la législation de leur temps, venait sans nul doute d'une époque lointaine où le fils ne pouvait ni être déshérité ni refuser l'héritage. Le père n'avait donc pas la libre disposition de sa fortune. Le testament n'était pas absolument inconnu, mais il était fort difficile. Il y fallait de grandes formalités. D'abord le secret n'était pas accordé au testateur de son vivant ; l'homme qui déshéritait sa famille et violait la loi que la religion avait établie devait le faire publiquement, au grand jour, et assumer sur lui de son vivant tout l'odieux qui s'attachait à un tel acte. Ce n'est pas tout : il fallait encore que la volonté du testateur reçût l'approbation de l'autorité souveraine, c'est-à-dire du peuple assemblé par curies sous la présidence du pontife. Ne croyons pas que ce ne fût là qu'une vaine formalité, surtout dans les premiers siècles. Ces comices par curies étaient la réunion la plus solennelle de la cité romaine ; et il serait puéril de dire que l'on convoquait un peuple, sous la présidence de son chef religieux, pour assister comme simple témoin à la lecture d'un testament. On peut croire que le peuple votait, et cela était même, si l'on y réfléchit, tout à fait nécessaire ; il y avait, en effet, une loi générale qui réglait l'ordre de la succession d'une manière rigoureuse ; pour que cet ordre fût modifié dans un cas particulier, il fallait une autre loi. Cette loi d'exception était le testament. La faculté de tester n'était donc pas pleinement reconnue à l'homme, et ne pouvait pas l'être tant que cette société restait sous l'empire de la vieille religion. Dans les croyances de ces âges anciens, l'homme vivant n'était que le représentant pour quelques années d'un être constant et immortel, qui était la famille. Il n'avait qu'en dépôt le culte et la propriété ; son droit sur eux cessait avec sa vie. ». COULANGES, Fustel de. *La cité antique : étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 12ed. Paris, Hachette, 1888. p. 88-89.



d'exprimer la mission, les vœux du défunt pour la postérité, de forme à maintenir la continuité de la famille. Il comprenait non seulement un commandement pour le contenu des droits et obligations du *de cuius*, mais aussi son testament spirituel, surtout après la propagation du Christianisme<sup>328</sup>. Il est important de dire que, même dans les temps actuels, cette fonction altruiste du testament s'exprime à travers les legs philanthropiques, moins chargés d'un caractère religieux, possiblement à cause de la laïcisation prédominante<sup>329</sup>.

**582.** Malgré un coté spirituel ou psyche, à travers lequel le défunt peut exprimer ses vœux, ses regrets et ses émotions à ses proches ; le testament reste certainement un moyen sûr pour disposer du patrimoine juridique du défunt. Pour les couples de personnes du même sexe, le testament offre la possibilité de surmonter la méconnaissance du statut d'héritier au conjoint ou partenaire survivant, en raison de la non reconnaissance des couples de personnes du même sexe ou à cause de restrictions des droits héréditaires imposée à ces couples dans certains systèmes légaux. Et cependant cette liberté de disposer est souvent freinée par la réserve héréditaire, qui pourrait à la fois bénéficier le conjoint ou partenaire survivant ou lui placé dans une position défavorable par rapport aux héritiers réservataires, dans certains systèmes légaux.

---

328« Le Christianisme va influencer la technique testamentaire et reproduction assistéeélifier le mouvement de contrôle des dérives de la liberté testamentaire amorcé à l'époque classique. C'est surtout Justinien ; chrétien sincère et Empereur romain d'Orient, qui, après la chute de l'Empire romain d'Occident, au VIe Siècle, perfectionne l'institution testamentaire. Les règles de forme et fond du testament sont rénovés et précisées. Le pouvoir du testateur est encadré plus strictement pour éviter des abus des testateurs : en particulier, Justinien réforme l'exhérédation en imposant une liste de cas d' exhérédation. La légitime est modernisée : notamment est créée une action en complément de légitime, qui est l'ancêtre de notre action en réduction. Ainsi rénové par Justinien, le testament romain est devenu un acte juridique d'une grande précision et plein de ressources . Fruit d'une pratique multiséculaire, le droit des testaments s'est enrichi de la réflexion des excellents jurisconsultes romains. En vérité, les Romains ont déjà tout inventé et tout pensé en matière de testaments. Dans les siècles à venir, en matière de testament, les juristes vont sans cesse, et, parfois, sans le savoir, venir puiser dans la tradition romaine » . » p. 22 Bahurel

329« Dans la société moderne, c'est-à-dire, depuis tout la toute fin du XVIIIe siècle jusqu'à nos jours, la fonction consolatrice du testament a nettement évolué. Le testament n'a plus aujourd'hui de fonction sociale uniforme . Dans la société antique et dans la société médiévale, sa vocation consolatrice s'inscrivait dans une conception sociale . Pour le Romain ; tester était un devoir civil . Pour l'homme médiéval, tester était un devoir de conscience, un devoir religieux. De nos jours, il y a encore des testateurs qui, poussés par les remords et espérant se racheter dans une bonne action, font des legs pieux ou lèguent leur fortune à des associations philanthropiques . Il y a encore des testateurs, tels des patriciens latins, se construisent une gloire posthume en organisant des fondations testamentaires à vocation perpétuelle . Mais la différence tient à ce que le testateur moderne n'agit plus par devoir . Tester pour lui, c'est un droit, une liberté individuelle, un droit de l'homme finalement et il ressent très douloureusement les limites qu'on peut assigner à cette faculté » . p. 26 Bahurel

## 1. Conditions de validité

**583.** Face à l'importance du testament et à son développement à travers des siècles, il est soumis à des conditions de validité exigeantes, tant en matière de forme que de fond. Comme pur tous les domaines de la vie privée où il est possible d'avoir recours à l'autonomie de la volonté, il faut respecter certaines conditions de forme et de contenu pour que ces dispositions de dernière volonté soient considérées valables. Surtout parce que le testament est un acte qui s'est renforcé d'extrême formalité et solennité, comme un bouclier pour garantir que les effets de ces dispositions resteront indemnes après la mort du défunt, quand il n'y aura plus l'opportunité que le défunt confirme les dispositions ni les refasse en cas d'invalidité. Raison pour laquelle la rigueur pour les conditions de forme et de fond du testament se justifie. En effet, comme pour d'autres actes juridiques formels, l'on distingue la partie intrinsèque de l'acte, qui correspond à son contenu, de la partie extrinsèque de l'acte, qui relève des formalités de l'acte. Distinction qui a pour conséquence en DIP de la soumission de chaque partie de l'acte à une loi applicable spécifique, selon les critères de rattachement propres à chaque partie.

### *a) Loi applicable aux conditions de forme*

**584.** Compte tenu de la solennité du testament, il faut qu'il obéisse à certaines conditions de forme. Probablement en raison de l'extrême solennité caractéristique du testament, les conditions de forme assument pour le testament une charge plus lourde que pour d'autres actes juridiques, comme des contrats. En suivant une tradition en DIP, la loi applicable aux conditions de forme d'un testament suit la règle générale pour la forme des actes, la *locus regit actum*, qui détermine l'application de la loi du lieu de célébration de l'acte. C'est une position classique de la discipline, suivie par la plupart des législations internes et certains traités sur la matière. Il est intéressant d'observer que l'on trouve quelques instruments destinés à la forme du testament en droit conventionnel. Dans un effort de faciliter la reconnaissance de la validité formelle du testament, la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires de 1961 ajoute à la *locus regit actum*, alternativement, d'autres options de loi applicable à la forme des testaments : la loi de la nationalité, du domicile ou de la résidence habituelle du testateur, à être considérés au moment de la rédaction du testament ou de la mort du testateur ; ou encore la *lex rei sitae*, en

ce que concerne la validité des dispositions touchant les biens immeubles du testament<sup>330</sup>. Une solution conciliatoire qui répond à la territorialité de la succession immobilière sous l'approche scissionniste et au souci de souveraineté à l'égard des immeubles, même sous l'approche unitaire, mais qui prend en compte la loi personnelle du défunt.

**585.** Le modèle de La Haye est repris par le Règlement successions, qui conditionne la validité des dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux à l'une des lois alternativement listées comme applicables à sa forme. En suivant le modèle de la Convention de La Haye, l'on ajoute à la prévision classique de la soumission de la forme à la règle *locus regit actum*, l'option entre la loi du domicile ou de la résidence habituelle soit du testateur, soit de l'une des personnes concernées par la succession, et aussi la *lex rei sitae*, en ce qui touche les immeubles<sup>331</sup>. Malgré la rigide consécration du Règlement successions pour l'approche unitaire, l'on aperçoit un effort pour éviter l'invalidité des dispositions, quant à sa forme.

**586.** De manière à réduire les cas d'invalidité d'un testament à l'internationale, en raison de possibles conflits sur la loi applicable à sa forme, l'UNIDROIT a promu une convention visant l'adoption d'une nouvelle catégorie *sui generis* de « testament international ». À travers l'uniformisation, la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973 ne conditionne pas la validité de la forme du testament à une certaine loi applicable correspondant à un système légal, mais au respect à certaines conditions énumérées par la Convention<sup>332</sup>. Cet effort inclusif s'aperçoit aussi par l'application de la Convention, qui couvre à la fois les testaments faits par acte authentique ou privé. Il y a deux points importants de la Convention qui favorisent l'adoption de ce testament international. D'abord, la Convention s'applique aux testaments instrumentés par la personne habilitée à l'instrumenter, selon la loi d'une Partie contractante ; peu importe le lieu de la célébration du testament, la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle du testateur ni la situation des biens<sup>333</sup>. D'ailleurs, dans le sens d'une application *favor testamentum*, la validité du testament international quant à la forme peut subsister, même s'il est considéré non valable comme une autre espèce de testament, comme dans le cas de

---

330 Voir l'article 1 de la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 1961.

331 Voir l'article 27 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

332 Voir l'article 1 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

333 Voir l'article 1, alinéa 1 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

l'invalidité de sa forme sous l'égide d'une certaine loi domestique<sup>334</sup>. Au bout de sauvegarder la validité du testament international, la Convention prévoit que l'absence ou l'irrégularité de l'attestation n'entraîne pas l'invalidité du testament<sup>335</sup> et détermine que l'interprétation et l'application des dispositions du testament doivent prendre en compte « son origine internationale » et une « interprétation uniforme »<sup>336</sup>.

**587.** Cette convention reconnaît un rôle fondamental à la personne habilitée à instrumenter le testament, qui établira une attestation<sup>337</sup> – selon le modèle fourni par la Convention –, qui fait preuve de la validité du testament en tant que testament international<sup>338</sup>. Malgré son caractère uniforme, la Convention attribue à chaque État-ratifiant la détermination de la personne habilitée à instrumenter le testament, selon son droit interne<sup>339</sup>, et permet l'extension de cette attribution à ses agents diplomatiques ou consulaires dans un autre État-contractant, en ce qui concerne ses ressortissants dans cette juridiction et à condition du respect de la loi de l'État requis<sup>340</sup>, en harmonie avec la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 1963. Facultativement, le testateur peut demander à la personne habilitée à instrumenter le testament d'ajouter l'information sur la conservation du testament à l'attestation sur l'inscription du testament, en indiquant le lieu désiré pour sa conservation<sup>341</sup>. Dans ce cas, la conservation du testament sera spécifiquement soumise à la loi de l'État-contractant, en vertu de laquelle est désignée la personne habilitée à instrumenter le testament<sup>342</sup>.

**588.** Si le testament conjonctif serait une option pour un couple de personnes du même sexe, surtout s'ils n'ont pas d'enfants ni d'autres héritiers réservataires, il risquerait de ne pas être considéré valable, face à la restriction du for ou de la loi applicable à sa forme à l'égard de ce type de testament. Pour éviter des fraudes, certains États permettent des dispositions

334 Voir l'article 1, alinéa 2 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

335 Voir l'article 13 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

336 Voir l'article 15 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

337 Voir l'article 9 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

338 Voir l'article 12 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

339 Voir l'article III de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

340 Voir l'article II de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

341 Voir l'article 8 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

342 Voir l'article VII de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

réciproques entre conjoints ou partenaires, mais à condition qu'elles soient faites à travers des actes distinctement élaborés pour chaque testateur, pas dans le même acte. La Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 1961 prévoit l'application de ses règles aux testaments conjonctifs<sup>343</sup>, qui restent une institution inconnue dans plusieurs États. La Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973, à son tour, exclut la possibilité d'utilisation du testament international pour la célébration d'un testament conjonctif<sup>344</sup>.

**589.** Certaines particularités d'un acte tellement solennel comme un testament suscitent la doute si elles s'agissent de questions de forme ou de fond. L'on revient sur la question de la qualification et du conséquent débat sur la loi applicable en DIP, à cause des différences de lois applicables pour la forme et le fond du testament. Comme pour d'autres actes juridiques, le caractère de l'instrument que l'acte revêt, *id est*, l'option entre un acte authentique ou sous-seing privé est essentiel ; parce que cela intervient sur les formalités exigées pour le testament. Malgré la position de certains États de considérer l'exigence de l'acte authentique comme une question essentiellement de fond de l'acte, il prévalait en France la position que la forme de l'acte comprend une question de forme. Il faut observer quelle serait la loi applicable à régir la forme pour déterminer la liberté sur la forme de tester, en ce qui concerne la possibilité de recours à un acte sous-seing privé ou si elle impose l'élaboration d'un acte authentique pour le testament.

**590.** Compte tenu les divergences en droit interne sur l'option entre l'acte authentique et l'acte sous-seing privé pour instrumenter le testament, il faut aussi observer les exigences telles que le nombre et la qualité des témoins pour l'acte, ou même leur dispense, si que les restrictions à l'égard de l'autorité compétente à instrumenter et à conserver le testament. Le nombre de témoins change d'un système légal à l'autre, mais aussi sous la même juridiction, selon le type de testament utilisé. La dispense de témoins est autorisée pour le testament olographe, utilisé comme testament privé. La qualité de témoins pour l'acte est un point important, à travers lequel l'on vérifie si certaines personnes peuvent témoigner la régularité de l'acte ou si elles sont empêchées en raison d'un certain rapport avec le défunt ou parce qu'ils seraient favorisés par le testament. Toutes ces exigences doivent être régies par la loi applicable à la forme du testament. Dans ce sens, le Règlement successions prévoit que toute

---

343 Voir l'article 4 de la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 1961.

344 Voir l'article 2 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

condition requise des témoins appartient au domaine de la forme du testament<sup>345</sup>. De même, la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 1961<sup>346</sup>. Pour le cas spécifique du testament international institué par la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme du testament international du 1973, il sont exigés deux témoins pour l'acte<sup>347</sup> et leur condition pour être témoin est soumise à la loi de l'État-contractant qui désigne la personne habilitée à instrumenter le testament<sup>348</sup>.

**591.** Comme le testament olographe est souvent libéré de témoins, il est conditionné à certaines exigences sévères pour la forme. Comme indiqué par son étymologie, le testament olographe correspond à la graphie propre, particulier, une fois que le testateur le rédige de sa propre main et il permet de garder le secret des dispositions. La vérification de l'authenticité de la signature du testateur – indispensable pour l'acte – se fait par la loi applicable à la forme, qui serait utilisée pour la preuve de l'authenticité de l'acte. Une formalité indispensable à la validité du testament olographe comme pour tout testament est la date exacte de l'acte. Cela est nécessaire non seulement pour l'acte, mais aussi pour l'examen de la capacité de tester du testateur. Cette exactitude permettrait d'évaluer la date exacte de l'acte, même si l'acte est fait dans une juridiction qui n'utilise pas le calendrier standard occidental. Il serait nécessaire de faire la conversion de la date, à l'image de ce que l'on fait pour les titres de crédit, même s'il est peu probable que les juridictions qui utilisent d'autres calendriers, tels que le calendrier musulman ou hébraïque, accueillent un testament bénéficiant un conjoint ou partenaire survivant d'un couple de personnes du même sexe ou reconnaissent formellement ce genre de couples. Dans ce sens, la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973 prévoit que la date du testament, apposée à la fin du document, est celle de la signature de la personne habilitée<sup>349</sup>, à être accompagnée par celles des témoins et du testateur, qui doit aussi signer chaque feuillet du testament comportant plusieurs feuillets<sup>350</sup>. Au bout de préserver la confidentialité des dispositions de dernière volonté du testateur, la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973, à l'image du testament olographe (réceptionné par la

---

345 Voir l'article 27,3 du Règlement (UE) n. 650/2012 du 4 juillet 2012.

346 Voir l'article 5 de la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 1961.

347 Voir l'article 4, 1 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

348 Voir l'article V, alinéa 2 de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

349 Voir l'article 7 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

350 Voir l'article 6 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

Convention), permet au testateur d'interdire la connaissance du contenu du testament à la personne habilitée à l'instrumenter (et à le conserver) et aux témoins de l'acte<sup>351</sup>.

**592.** Compte tenu l'extrême formalisme du testament, il convient d'examiner certaines restrictions établies à l'égard du langage utilisée pour l'acte. Dans certains cas, il est possible le recours à un testament oral, mais son acceptation est restreinte à certains systèmes. Le Règlement successions exclut de son chreproduction assistée d'application la validité de la forme des testaments oraux<sup>352</sup>, de même la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973<sup>353</sup>. La Convention de La Haye, à son tour, soumet son acceptation à l'arbitre des États<sup>354</sup>. Les testaments oraux se justifient pour les testaments faits *in extremis*, mais ont un certain caractère provisoire, une fois que l'on conditionne souvent sa validité à son enregistrement postérieur dans des brefs délais. Malgré son utilité dans certains cas, ils sont de plus en plus en abandon dans plusieurs droits domestiques, en raison de nouvelles alternatives qui permettent de les remplacer. Compte tenu les connues difficultés pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe et de la condition du conjoint ou partenaire survivant comme héritier, il serait très déconseillée cette modalité de testament, parce qu'elle pourrait être facilement contestée. Le droit conventionnel ne donne pas beaucoup d'importance à la question de la rédaction du testament dans une langue étrangère différente de la langue officielle de l'État où le testament ait été rédigé, mais cela est permis dans certains systèmes légaux, certainement pour des testaments privés ou olographes<sup>355</sup>. Dans ce sens, la Convention de Washington portant loi applicable sur la forme d'un testament international du 1973 prévoit la rédaction du testament dans une « langue quelconque »<sup>356</sup>. Pour les testaments faits par acte authentique, la langue serait obligatoirement la langue officielle du lieu de la célébration de l'acte ou de l'autorité qui l'instrument, pour le cas des testaments consulaires. Dans les cas d'un testament par acte authentique, il faut aussi observer certaines formalités notariales comme des sceaux exigés, selon la *lex auctoritatis*.

---

351 Voir l'article 4, alinéa 2 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

352 Voir l'article 1, 2, f du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

353 Voir l'article 3 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

354 Voir l'article 10 de la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 1961.

355 L'article 18. du Code Civil brésilien le permet pour les testaments privés, à condition qu'il soit possible de faire la preuve que les témoins de l'acte connaissent la langue utilisée pour l'acte.

356 Voir l'article 3, alinéa 3 de l'Annexe de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

### ***b) Loi applicable aux conditions de fond***

**593.** La loi applicable au fond du testament – qui correspond à la partie intrinsèque du testament – est celle applicable à la succession. En règle, quand l'on relève de la loi applicable au fond de la succession testamentaire, cela entraîne la conformité des dispositions testamentaires aux prescriptions de la loi successorale pour être valables. Le rôle de la loi ou des lois applicables au fond d'un testament est d'encadrer les dispositions faites pour le testateur, de façon à vérifier si elles respectent l'éventuelle réserve héréditaire ou des restrictions relatives à certains biens. Il appartient à la loi applicable à la succession de confirmer l'existence d'une réserve héréditaire dans la succession et, dans ce cas, d'indiquer qui sont les héritiers réservataires si que le montant touchant à chacun. Le non respect de l'éventuelle réserve héréditaire obligatoire résulte dans l'invalidité du contenu du testament ou, quand il y a des excès dans l'attribution des montants à certains héritiers ou légataires, en dépit du montant des héritiers réservataires, qui ne sont pas complètement oubliés ; dans la réduction des dispositions testamentaires, de manière à les encadrer à la réserve exigée.

**594.** En outre, en quête d'un régime qui puisse contempler les expectatifs du testateur pour la division de son patrimoine et qui ne risque pas d'emmener à l'invalidité du testament, certains testateurs cherchent la « loi idéale », à travers le choix de la loi applicable à la succession. Possiblement face aux défis du choix de la loi applicable au contenu de la succession, dans un cas où l'on touche des thèmes sensibles comme des rapports familiaux et où il y a de l'intérêt des États, pour la destination des biens successorales sis sur son territoire ; l'on admet de l'autonomie de la volonté encadrée comme une forme conciliatoire pour éviter les excès. Dans ce sens, plusieurs droits domestiques et certains instruments multilatéraux. Compte tenu de la complexité d'un testament, il est important de dire que le choix de la loi applicable se fait pour la loi applicable au fond du testament, pas pour sa forme. Si le recours au choix de la loi applicable pour la succession va bien avec l'option pour la *professio iuris* en matière successorale, il y a certaines voix réputées qui se méfient de cette ouverture au domaine successoral. À ce propos, Monsieur le Professeur Audit alerte :

« Eu égard au caractère patrimonial du testament ( ou de l'institution contractuelle), on songe à appliquer le principe de la loi d'autonomie . Mais celui-ci a été adopté essentiellement en matière de contrat pour affranchir le commerce international d'entraves constituées par des lois internes non conçues dans sa perspective ; ce facteur est étranger à la matière. En revanche le droit des successions traduit certaines conceptions sociales en matière de famille et de



propriété qui peuvent revêtir un caractère impératif, et s'accrochent donc moins facilement d'une faculté de choix de la loi applicable<sup>357</sup>».

**595.** Une question importante sur le fond du testament est d'examiner l'étendue de ce que l'on comprend comme des questions appartenant au fond d'un testament. Le Règlement abrite sous la loi applicable au fond du testament d'autres questions que celles sur l'indication des héritiers et légataires et leurs respectifs quotas, telles que la capacité pour tester du testateur et la possibilité de se faire représenter pour disposer (à travers un mandat), la capacité pour succéder des bénéficiaires par le testament, l'interprétation des dispositions testamentaires et les vices (la fraude, la contrainte, l'erreur ou autre cause) qui pourraient maculer la validité de l'acte<sup>358</sup>. En sens contraire, la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 1961 comprend des prescriptions à l'égard du testateur, telles que l'âge ou la nationalité, pour limiter les formes de dispositions testamentaires admises, comme matière de forme<sup>359</sup>. Sur ces questions spécifiques, il est important d'observer la loi qui leur soit applicable en DIP, en revenant d'une certaine manière à la question de la qualification en DIP, pour déterminer s'il s'agit d'une question de forme ou de fond du testament, ou si ces questions sont autonomes et suscitent des critères de rattachement propres. Certains systèmes légaux, faute de règle spécifique pour la capacité pour disposer du testateur, l'encadrent sous la règle générale pour la capacité. Sur la question des vices de consentement pour l'élaboration d'un acte comme un testament, ils seraient certainement plus rattachés au contenu de la succession qu'à la forme, comme l'interprétation des dispositions testamentaires, dépendantes de la loi de laquelle elle dérive. Sur la capacité pour succéder des bénéficiaires du testament, certains systèmes légaux préfèrent rattacher le régime d'indignité ou exhérédation à la loi personnelle de chaque héritier ou légataire<sup>360</sup>.

**596.** Pour préciser quelle sera la loi ou les applicables au fond d'un testament, il est inévitable de revenir sur le débat entre l'approche scissionniste et unitaire. Ce qui pose le défi d'ajuster le contenu des dispositions testamentaires à la loi successorale ou aux lois qui à la fois se coordonnent pour régir la succession. Indépendamment de l'approche que l'on considère en matière de succession, il faut évaluer le poids de la volonté du défunt, surtout pour le cas des couples homosexuels. Monsieur Kessler défend, par exemple, la validité du

---

357 B ; Audit. n. 891. p. 786.

358 Voir l'article 26 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

359 Voir l'article 5 de la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 1961.

360 L'article 10§2 de la LINDB prévoit l'application de la loi du domicile de chaque héritier ou légataire pour leur capacité pour succéder.

testament en faveur du partenaire, même si la loi successorale ignore l'institution, sauf pour « les États les plus irréductiblement hostiles à l'homosexualité »<sup>361</sup>.

*α) Approche scissionniste*

**597.** La conséquence de l'application de l'approche scissionniste pour la loi applicable au fond d'un testament est une application cumulative, une fois que l'on suit à la fois l'application de la *lex rei sitae* pour la succession immobilière et la loi personnelle du défunt pour la succession mobilière. Une stratégie pour accommoder les exigences au fond du testament serait de stipuler des legs relatifs aux immeubles, de façon à les encadrer au respect de la potentielle réserve héréditaire et aux exigences de la *lex rei sitae*. Il faudrait aussi accommoder les biens de la succession mobilière aux éventuelles exigences de la loi applicable à la succession mobilière à travers des legs ou des dispositions spécifiques à l'égard du patrimoine mobilière du testateur. La méconnaissance sur la scission de la loi applicable au fond du testament et du contenu de deux lois applicables à chaque contenu de la succession risque l'invalidité du testament en tant qu'au fond.

**598.** Une solution pour éviter l'invalidité du fond du testament, face aux opérations si complexes, serait le choix ou l'utilisation d'une loi qui soit compatible avec toutes ses exigences. Dans ce sens, l'effort des États-membres du Règlement successions, qui ont abandonné l'approche scissionniste en faveur de l'approche unitaire est louable. Même si les alternatives pour le choix de la loi applicable, selon le Règlement, sont limités, cela donne de la flexibilité au testateur de chercher de se soumettre à la loi qui lui soit les plus convenable à la validité de ses dispositions. En outre, malgré le choix pour l'approche unitaire, le Règlement concilie sagement la loi successorale avec l'application de la *lex rei sitae* à certains biens, dans certains cas<sup>362</sup>. Ce qui pourrait sauver la validité du testament, à travers un dépeçage efficace. Dans la même ligne du Règlement successions, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989 consacre l'adoption d'une seule loi à tout le contenu de la succession<sup>363</sup>, à basculer entre la loi de la résidence habituelle du testateur – s'il possédait la nationalité de cet État ou s'il y ait vécu au moins pour 5 ans avant son décès – ou la loi de l'État avec lequel le défunt avait des liens les plus étroits, soit celle de sa nationalité, soit celle d'un État tiers<sup>364</sup> ; mais s'ouvre sur l'approche scissionniste pour

---

361 p. 350. n. 609

362 Voir l'article 30 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

363 Voir l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

364 Voir l'article 3 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

permettre que le testateur choisisse une loi spécifiquement applicable à certains biens de la succession<sup>365</sup>. Dans le même esprit, la Convention réserve la *lex rei sitae* pour les biens soumis à un régime spécial, comme certains biens immeubles, les entreprises ou d'autres catégories de biens<sup>366</sup>.

### *β) Approche unitaire*

**599.** Si l'approche unitaire offre l'avantage de soumettre tout le contenu des divers dispositions dispersées dans le texte du testament à une même loi, cela risque des dérapages. Pour une succession à l'internationale aux biens sis dans différents États, surtout s'ils s'agissent des immeubles, il faut utiliser une seule loi qui serve à respecter toutes les exigences imposés par le filtre de l'ordre public des différents fors. Dans ce sens, encore une fois le recours à l'autonomie de la volonté, même si utilisée d'une manière plus encadrée, comme au Règlement, serait une bonne alternative au problème. Et cependant, même pour la recherche de la *lex successionis* le plus favorable sous l'application du Règlement successions, il faudrait redoubler l'attention, parce que l'on ne disposerait que d'une seule loi pour contourner à la fois les exigences imposés pour les biens meubles et immeubles. B. Audit observe que « l'expérience révèle la difficulté de respecter cet objectif : non seulement du fait de la loi de la situation des biens, mais aussi en raison de l'interférence éventuelle de la loi personnelle des héritiers pour certaines questions. Les difficultés doivent être envisagées dans l'ordre chronologique des opérations, soit successivement la dévolution, la transmission et le partage de la succession »<sup>367</sup>.

**600.** En prenant compte des difficultés d'imposition d'une loi unique à toute la masse successorale, même certains systèmes et textes multilatéraux qui consacrent l'approche unitaire, prévoient des exceptions à la loi successorale unique. Il est important de dire que, dans un effort unitaire, le Règlement qualifie sous l'abri du fond des dispositions, non seulement sa modification et révocation<sup>368</sup>, mais aussi la capacité pour succéder des héritiers ou légataires et celle du testateur pour disposer<sup>369</sup>, si que l'acceptation de l'héritage ou legs et sa renonciation<sup>370</sup>. Pourtant, la validité quant à la forme de l'acceptation ou de la renonciation à la succession ou à un legs, ou d'une déclaration de limitation de responsabilité de la

365 Voir l'article 6 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

366 Voir l'article 15 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

367B. Audit n. 902. p. 798.

368 Voir l'article 24,3 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

369 Voir l'article 26 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

370 Voir l'article 26 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

personne concernée à l'égard de la succession est soumise à *lex successionis* (la loi de la résidence habituelle du testateur, la loi de l'État avec lequel il avait les liens « manifestement plus étroits » ou sa loi nationale) ou à la loi de la résidence habituelle de l'héritier ou légataire qui fait l'acte<sup>371</sup>. Face à la résistance des États, par souveraineté, à l'égard des biens, surtout les biens immeubles, même des instruments internationaux comme le Règlement successions<sup>372</sup> et la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989<sup>373</sup>, rompent l'unité de la *lex successionis* pour certains biens, comme les immeubles.

## 2. Reconnaissance et exécution du testament à l'étranger

**601.** Pour différentes raisons, les effets du testament peuvent toucher des juridictions autres que celle où le testament a été fait ou le for successoral. Il est nécessaire de reconnaître le testament ou le contenu de certaines dispositions, pour les exécuter.

### *a) Reconnaissance du testament à l'étranger*

**602.** La reconnaissance du testament ou d'une partie de ses dispositions se fait au for successoral ou dans un for où il y a un bien ou des biens dont la destination soit déterminée par les dispositions du testament. Peu importe où l'acte ait été produit, sa validité sera toujours conditionnée aux conditions de forme et de fond, établies par la loi applicable selon les critères de rattachement valables au for responsable pour cet examen. Comme les critères de rattachement changent d'une juridiction à l'autre, les lois applicables à la forme et au fond du testament changent aussi et peuvent emmener à des résultats différents. La manière comme la reconnaissance du testament est faite dépend du for où cette reconnaissance se fait, selon la loi du for : la *lex fori* détermine s'il s'opère une reconnaissance de plein droit, s'il est nécessaire une procédure spéciale, autonome par rapport à la succession, ou, dépendant de la succession, comme matière préalable.

---

371 Voir l'article 28 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

372 Voir l'article 30 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

373 Voir l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

*α) Reconnaissance*

**603.** Les conditions pour la reconnaissance d'un testament à l'étranger sont d'habitude établies par l'État requis, ou dans certains cas, par le droit conventionnel, qui essaie de faciliter la reconnaissance des testaments à l'internationale. D'habitude, l'on exige le respect aux conditions de validité pour la forme et le fond du testament, mais aussi les formalités pour la preuve d'authenticité de documents étrangers d'un État à l'autre. Ainsi, il est nécessaire d'observer les règles sur la légalisation des documents étrangers, sa dispense en raison de traité multilatéral ou bilatéral, ou sa substitution par procédure analogue comme l'émission de l'apostille de la Convention de La Haye. De manière à réduire les exigences et faciliter la reconnaissance du testament, la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973 dispense le testament international de toute forme de légalisation ou formalité<sup>374</sup>.

**604.** Au bout de faciliter la circulation internationale des testaments au niveau régional, le Conseil de l'Europe a promu la Convention de Bâle relative à l'établissement d'un système d'inscription de testaments du 1972. La Convention n'a pas un profil classique de convention de DIP, comme une convention qui adopte un méthode harmonisateur, avec des conflits de lois et de juridictions. En revanche, la Convention sert comme une convention de coopération internationale. L'objectif de la Convention est d'établir « un système d'inscription des testaments, afin de faciliter, après le décès du testateur, la découverte de son testament »<sup>375</sup>. Comme l'objectif est de faciliter la connaissance d'un testament produit par le testateur après sa mort, la Convention prévoit le secret sur l'existence du testament pendant le vivant du testateur, sauf pour les testaments fait par plus d'une personne, quand son inscription sera diffusée lors de la requête sur l'inscription de testament de l'un des testateurs de l'acte<sup>376</sup>. De manière à couvrir tous les testaments possibles, la Convention prévoit son application aux testaments dressés par acte authentique et aux testaments olographes, mais permet aux États l'exclusion de son application aux testaments militaires<sup>377</sup>. La Convention n'indique pas de règles sur la validité d'un testament, soit quant à la forme, soit quant au fond<sup>378</sup>, elle les

---

374 Voir l'article VI de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

375 Voir l'article 1 de la Convention de Bâle relative à l'établissement d'un système d'inscription de testaments du 1972.

376 Voir l'article 8 de la Convention de Bâle relative à l'établissement d'un système d'inscription de testaments du 1972.

377 Voir l'article 4 de la Convention de Bâle relative à l'établissement d'un système d'inscription de testaments du 1972.

378 Voir l'article 10 de la Convention de Bâle relative à l'établissement d'un système d'inscription de testaments du 1972.

conditionne au DIP en vigueur dans chaque État-contractant. Si la Convention ne sert pas à discipliner la reconnaissance ni l'exécution d'un testament à l'étranger, elle s'impose comme un instrument à garantir l'examen du testament fait dans le cercle d'Etats-contractants. Elle évite que le testament ne soit pas reconnu par manque d'informations sur son existence ou, dans l'hypothèse de différents versions faits par le défunt, garantir que la dernière version valable soit prise en compte. Il est important d'observer que le système établi par la Convention n'est pas incompatible avec d'autres textes conventionnels, comme le Règlement successions.

**605.** Comme la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973 prévoit la reconnaissance « de plein droit » dans le territoire d'une autre Partie contractante de l'attestation sur la validité du testament international, issue par la personne habilité à instrumenter le testament international, cela facilite la reconnaissance et la circulation du testament international<sup>379</sup>. L'utilisation du « testament international » serait une bonne stratégie pour surmonter les détours imposés par les exigences simultanées d'un testament destiné à produire des effets dans plus d'une juridiction, même sous l'approche scissionniste. Malgré la vocation cosmopolite de ce genre de testament, il n'est malheureusement adopté que par un cercle limité d'États. En tout cas, le testament international sert à faciliter sa reconnaissance à l'internationale et par conséquent sa circulation, mais ladite Convention ne s'occupe pas de la loi ou des lois applicables au fond du testament.

**606.** S'il y a une tendance à reconnaître la validité des conditions de forme du testament, par son adéquation à la loi du lieu de sa célébration ou à une autre loi supplémentaires désignée, selon le critère de rattachement appliqué ; la validité du fond du testament reste une question plus complexe. Les différences d'options d'instruments de dispositions à cause de mort d'un système légal à l'autre tendent à s'accommoder sous l'égide de la loi applicable à la forme du testament, qui a vocation à être régie par la *locus regit actum*. Et pourtant des problèmes peuvent surgir quand un certain système permette la célébration de l'acte à l'étranger, mais restreint la validité de sa forme à l'adoption d'un acte authentique. Si le for ne comprend pas le choix entre acte authentique ou acte sous-seing privé comme une question de forme, mais rattachée au fond, le testament risque de pas être reconnu. En revanche, le contenu des dispositions testamentaires peuvent trouver plus de barrières, en raison de sa

---

<sup>379</sup> Voir l'article VII de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973.

complexité, surtout quand il s'agit des biens divers, sis ou rattachés à différentes juridictions. Il est important de dire que, au cas de non reconnaissance du testament, parce que son contenu heurte l'ordre public, le testament serait considéré comme s'il était inexistant. La conséquence est la soumission de la succession à la *lex fori*, qui forcera l'imposition du régime de la succession légale du for.

**607.** Au bout de réduire le refus à la reconnaissance des testaments à l'internationale, la Convention de La Haye sur les conflits de loi en matière de forme des dispositions testamentaires du 1961 limite le refus à la reconnaissance du testament à la réserve de l'État-contractant pour les biens sis sur son territoire et à un cumul des conditions suivantes : a) la disposition testamentaire n'est valable en la forme que selon une loi compétente uniquement en raison du lieu où le testateur a disposé, b) le testateur avait la nationalité de l'État qui aura fait la réserve, c) le testateur était domicilié dans ledit État ou y avait sa résidence habituelle, et d) le testateur est décédé dans un État autre que celui où il avait disposé<sup>380</sup>.

**608.** Comme le Règlement successions vise faciliter la reconnaissance des effets des successions entre les États-membres, le certificat successoral européen sert à reconnaître des renseignements sur le contenu du testament entre les États-membres. Le certificat permet de reconnaître le statut d'héritier ou légataire et son respectif quota, si que les dispositions relatives à certains biens. Pourtant, il est important de dire que, même pour un instrument efficace comme le certificat, les renseignements et droits y déclarés peuvent être écartés au nom de l'ordre public de l'État requis, comme l'on examinera à suivre.

### *β) Refus*

**609.** En raison de la divergence quant au fond du testament, d'une juridiction à l'autre, certains héritiers ou légataires bénéficiés dans une juridiction peuvent être exclus de la succession dans une autre juridiction. Une loi étrangère qui contemple un conjoint ou partenaire parmi les bénéficiaires de la réserve héréditaire et qui reconnaît le mariage ou le partenariat de personnes du même sexe serait probablement écartée au nom du principe de l'ordre public dans une juridiction réfractaire à ces couples, si cette loi étrangère soit applicable au fond du testament.

---

<sup>380</sup> Voir l'article 11 de la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 1961.

**610.** Quand un testateur utilise un instrument tel comme un testament, il veut destiner son patrimoine, ou au moins une partie de son patrimoine, à un bénéficiaire ou à certains héritiers ou légataires à son gré. Sous cette logique, il faut évaluer si un État réfractaire aux couples de personnes du même sexe pourrait refuser toute reconnaissance aux droits d'un conjoint ou partenaire survivant comme héritier ou légataire, s'il ne pourrait refuser que la reconnaissance d'une éventuelle réserve héréditaire en faveur du conjoint ou partenaire bénéficié ou s'il pourrait refuser la reconnaissance des droits successoraux pas dépendants d'une éventuelle réserve héréditaire. Ainsi, un État qui n'est pas favorable à reconnaître les couples de personnes du même sexe ou le statut d'un conjoint ou partenaire survivant du même sexe comme héritier ou légataire à l'égard de la succession de son conjoint ou partenaire décédé pourrait certainement utiliser la clause échappatoire de l'ordre public pour en refuser la reconnaissance. Ainsi, un État réfractaire aux couples de personnes du même sexe pourrait refuser toute reconnaissance à une éventuelle réserve héréditaire en faveur du conjoint ou partenaire survivant bénéficié. En revanche, il nous semble que même un État réfractaire aux couples homosexuels ne pourrait pas refuser la reconnaissance des dispositions testamentaires en faveur d'un conjoint ou partenaire survivant, qui ne soient pas dépendants d'une éventuelle réserve héréditaire. Dans la première hypothèse, il nous semble que le refus de l'État requis serait légitimé par son utilisation de la traditionnelle clause de l'ordre public, parce que la disposition impérative de la prévision de la réserve héréditaire serait en collision directe avec sa méconnaissance du statut d'héritier en raison d'un lien de mariage ou partenariat homosexuel. En revanche, dans le deuxième cas, il paraît que le refus ne pourrait pas se fonder sur l'ordre public, une fois que des dispositions non relatives à la réserve héréditaire pourraient être destinées à n'importe qui. Dans ce cas, le conjoint ou partenaire survivant serait dans le même niveau qu'un tiers bénéficié par la succession, parce que la reconnaissance ou pas du lien matrimonial ou partenarial serait irrelevant pour la reconnaissance de la validité du contenu des dispositions qui ne touchent pas la réserve héréditaire.

**611.** Un effet inverse peut s'opérer en faveur d'un conjoint ou partenaire survivant dans le cas d'une succession touchant un couple de personnes du même sexe. Si le for de reconnaissance du testament reconnaît le conjoint ou partenaire du survivant comme héritier réservataire et la loi étrangère ne le fait pas, celle-ci serait évincée.



612. Une deuxième hypothèse serait pas un cas de non reconnaissance du conjoint ou partenaire survivant, mais de désavantage par rapport à d'autres héritiers aussi réservataires comme des enfants du défunt. Droit de prélèvement. Même sous l'égide d'un efficace système de coopération internationale, il est inévitable de réfléchir sur l'opportunité de l'utilisation du certificat successoral européen pour une succession touchant un couple de personnes du même sexe.

### ***b) Exécution du testament à l'étranger***

613. Comme le domaine des successions implique une résistance des États à reconnaître des effets aux décisions et aux actes étrangers qui importent des effets exécutoires sur son territoire, par une question de souveraineté ; il y a certaines barrières à l'exécution des testaments à l'étranger. En principe, une fois surmontée la barrière de la reconnaissance du testament à l'étranger, il y aurait difficilement d'obstacles à son exécution dans l'État requis. Néanmoins, la reconnaissance d'un testament ne garantit pas forcément son exécution. La reconnaissance peut être partielle ou, même quand il s'opère la reconnaissance en général pour le testament, comme la reconnaissance de plein droit, certains effets peuvent être refusés ou soumis à des procédures spécifiques pour son exécution. La jurisprudence française en DIP prévoit que la reconnaissance d'un testament se fait sans exéquatur, pour des pouvoirs d'administration en matière successorale, mais pas pour des actes d'exécution forcée en France<sup>381</sup>. Dans le sens de faciliter l'exécution des testaments dans un État-membre, le Règlement successions introduit un nouveau régime dans l'espace concerné par le Règlement, qui discrimine les pouvoirs et le statut d'exécuteur testamentaire à travers le certificat successoral européen<sup>382</sup>. Comme solution pour discipliner l'exécution d'un testament, le Règlement prévoit la soumission des pouvoirs des exécuteurs testamentaires et leurs activités à la *lex successionis*, *id est*, la loi applicable à la validité du fond du testament. Subsidiairement, pour certains pouvoirs, le Règlement prévoit la nomination des exécuteurs parallèles pour certains pouvoirs dans un certain État-membre, si que certaines dispositions au bout de résoudre des possibles conflits d'intérêts entre les bénéficiés par la succession et les créanciers du défunt. Dans ce cas, la *lex successionis* reste subsidiairement applicable pour régir l'exécution du testament<sup>383</sup>.

---

381 Selon Civ. 1<sup>re</sup> 3 nov. 1983 Hermann, n. 82-14003.

382 Voir l'article 29 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

383 Voir l'article 29 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.

**614.** Une question importante est la procédure pour l'exécution du testament, si son exécution se fait sans besoin d'une procédure spécifique, à travers les règles traditionnelles pour l'exécution d'une décision étrangère reconnue dans l'État requis, ou à travers une procédure spécifique. Il est important d'observer que certaines juridictions qui ouvrent la possibilité au recours à l'amiable ou de recours à une procédure extrajudiciaire en matière successorale, conditionne la procédure de partage du patrimoine successoral, à une procédure préalable pour la reconnaissance de la validité du testament. Ce qui nous emmène d'une certaine manière à réfléchir sur l'influence de la compétence exclusive en matière successorale sur les cas pour reconnaissance des testaments<sup>384</sup>.

**615.** Une stratégie pour surmonter les possibles difficultés seraient le recours aux mécanismes de coopération internationale. Dans ce sens, le Règlement successions prévoit une procédure simplifiée pour l'exécution du testament. Malgré l'adoption de l'approche unitaire, le Règlement fait une concession pour l'imposition de la *lex rei sitae*, dans certains cas, pour des biens immeubles. Une deuxième stratégie pour surmonter les détours imposés par les exigences simultanées d'un testament destiné à produire des effets sous l'approche scissionniste, avec des effets possiblement dans plus d'une juridiction, serait l'utilisation du « testament international » de la Convention de Washington portant loi uniforme sur la forme d'un testament international du 1973. Malgré la vocation cosmopolite de ce genre de testament, il n'est malheureusement adopté que par un cercle limité d'États. En tout cas, le testament international sert à faciliter sa reconnaissance à l'internationale et donc sa circulation, mais ladite Convention ne s'occupe pas de la loi ou des lois applicables au fond du testament.

## B. D'autres modalités de disposition à cause de mort et les libéralités inter vivos

**616.** Dans le domaine de la *professio iuris* en matière successorale, il est important de reconnaître l'existence et l'utilité d'autres modalités de dispositions de dernière volonté que le testament, si que le recours aux libéralités inter vivos, mais avec le but de produire des conséquences sur la succession à cause de mort du donateur.

---

384CPC

## 1. D'autres modalités de disposition à cause de mort

**617.** Parallèlement au testament – comme modèle classique pour disposer sur le patrimoine juridique du testateur après sa mort – ; il y a d'autres modalités de disposition à cause de mort, qui changent ou complètent certaines dispositions du testament, ou créent des rapports juridiques qui interviennent sur le contenu des dispositions testamentaires. La modalité la plus proche du testament est le codicille, comme document qui sert à amender un testament, en ajoutant ou changeant des dispositions de portée limitée. Dans certains systèmes légaux, le codicille ne peut pas verser sur des biens immeubles et ne sert qu'à destiner certains biens meubles de valeur modeste à certains bénéficiaires, souvent certains objets d'estimation personnelle. En raison de sa ressemblance avec le testament, comme un petit codex ou testament en miniature, le codicille suit les mêmes critères de DIP utilisés pour un testament, comme la loi applicable aux conditions de fond et de forme du codicille. Et cependant, il y a deux types de modalités de disposition utilisées en matière successorale, qui présentent des caractéristiques spécifiques et qui ont une portée considérable à l'égard du testament : les pactes successoraux et le trust.

### *a) Pactes successoraux*

**618.** Pour analyser les pactes successoraux en DIP, il faut considérer leur nature. Un pacte successoral sert souvent à contourner les barrières imposées par la réserve héréditaire, de façon qu'un héritier privilégié ou réservataire déclare qu'il renonce à revendiquer son privilège sur une partie ou la totalité de son quota héréditaire ou à un certain bien – tel qu'un bien professionnel – en bénéfice d'un autre héritier ou d'un tiers. Malgré la ressemblance entre le pacte successoral et le testament, en tant qu'instruments faits en avance au bout de disposer sur une succession future ; le pacte garde la nature d'un acte juridique synallagmatique à vocation contractuelle, à travers lequel une personne se met d'accord avec un héritier ou certains héritiers de manière à sécuriser certains actes juridiques, comme des donations, qui pourraient avoir des conséquences sur une succession future. Le pacte successoral ne remplace pas le testament, qui sert à léguer et répartir (une partie du)

patrimoine, à travers un acte unilatéral et strictement personnel, qui permet *ipso facto* sa révocation et la prévalence de la dernière version de testament valable. Comme les testaments ne permettent pas d'accords entre le testateur et ses héritiers, les pactes successoraux jouent un rôle essentiel comme instrument accessoire d'un testament, en visant éliminer les possibles conflits entre certains actes juridiques faits par le testateur de son vivant et le contenu des dispositions testamentaires. Il est nécessaire d'éclairer que le pacte sert aussi à préparer la succession légale, en sauvegardant les effets de certaines libéralités ou en les encadrant face aux prescriptions de la future succession légale du donateur. Le pacte successoral ne se confond pas avec la renonciation dans la succession, parce qu'à travers le pacte, le renonçant garde son statut d'héritier. Le pacte correspond à une obligation présente aux effets futurs, à travers laquelle le(s) renonçant(s) s'engage(nt) à ne pas exercer une action en réduction dans une succession non ouverte.

**619.** Il est important de dire que certains systèmes légaux n'admettent pas les pactes successoraux et considéreraient comme incompatibles avec leur ordre public les pactes conclus à l'étranger. Pour les couples de personnes du même sexe, il est important d'observer que les pactes successoraux pourraient être utilisés pour bénéficier le conjoint ou partenaire survivant, quand il n'est pas contemplé par la réserve héréditaire dictée par la *lex successionis*, ou pour s'autoexhérer, à travers son propre consentement, possiblement en favorisant des enfants du couple. En outre, il peut qu'un système qui permet ou accepte des pactes successoraux faits à l'étranger ne reconnaissent pas un pacte fait en bénéfice d'un conjoint ou partenaire survivant du même sexe, parce qu'il ne reconnaisse pas ce genre de couples. Dans ce cas, le pacte serait refusé parce que son contenu heurterait l'ordre public.

**620.** Parmi les systèmes légaux qui utilisent les pactes successoraux, il y a une variété de types d'un système légal à l'autre. Des différentes classifications pour les pactes successoraux considèrent les caractéristiques et les objectifs du pacte, comme celle utilisée en Belgique pour les pactes familiaux et ponctuels, selon leur contexte. Pourtant, la classification la plus récurrente en droit comparé est celle qui prend en compte le nombre de personnes dont la succession est touchée par le pacte. Comme cette classification est reprise dans plusieurs droits domestiques et au niveau du droit conventionnel pour distinguer des différentes solutions en DIP sur la matière, l'on considérera à suivre la distinction entre les pactes touchant la succession d'une personne et les pactes touchant la succession de plus d'une personne.

**621.** L'effet décalé oblige à la réflexion sur la loi applicable au pacte successoral, une fois que le pacte se fait dans un moment préalable à l'égard de la succession non ouverte qui se déroulera dans un moment futur. Faute de règle de conflit spécifique pour le pacte successoral, la tendance serait d'appliquer la règle de conflit pour la succession elle-même, en raison de sa connexion avec la succession. Même dans les systèmes légaux qui prévoient un critère de rattachement spécifique pour le pacte successoral, il accompagne souvent le critère prévue en matière successorale, mais en considérant comme si l'ouverture de la succession se passait au moment de la célébration du pacte. Comme le dynamisme de la vie humaine pourrait favoriser à un changement d'élément de rattachement en matière de succession, tel qu'un changement de domicile, de résidence habituelle ou de nationalité du défunt, l'on aurait un conflit mobile apparent en matière de succession. Ainsi, la loi applicable au pacte successoral en tant que loi dérivée de la loi successorale, soit par critère autonome, soit par recours supplétif, serait la loi personnel du défunt ou, dans certains cas, la *lex rei sitae* pour les biens immeubles – selon la scission entre succession mobilière et immobilière sous l'approche scissionniste ou en raison du régime spécial applicable à certains biens, même sous l'approche unitaire. En tout cas, il est convenable de renforcer que cette « loi successorale » est la loi hypothétiquement applicable à la succession, au moment de la conclusion du pacte successoral.

*a) Pactes touchant la succession d'une personne*

**622.** En tant qu'acte juridique, le pacte successoral touchant la succession d'une personne s'appuie sur la validité des conditions de forme et de fond. Comme le pacte touche la succession d'une seule personne, son régime légal serait moins complexe. L'on revient sur l'argument ci-dessus que la loi applicable au fond du pacte successoral serait la loi personnelle du défunt, applicable en matière successorale, selon le critère de rattachement du for. Ou la *lex rei sitae*, s'il s'agit des immeubles pour la succession immobilière dans le cas d'application de l'approche scissionniste ou en raison d'un régime spécial pour certains biens. En tout cas, la loi applicable au pacte serait la loi successorale fictivement applicable comme si la succession s'ouvrait au moment de la conclusion du pacte. Pour la forme du pacte, il faut observer la loi du lieu de sa conclusion. Pourtant, le pacte ne produirait pas d'effets, s'il y a une prohibition de célébration de pactes sur succession future, selon la loi successorale applicable ou la *lex fori*, si le pacte reste, par exemple, institution inconnue au for. D'ailleurs, les effets d'un pacte fait à l'étranger, mais dont l'application relève des effets à l'égard d'un

bien immeuble au for, qui n'accepte pas de pacte ? Pacte valable pour la succession mobilière, mais par pour les immeubles sis au for (cas de la France).

**623.** Au domaine du droit conventionnel, le Règlement successions s'occupe des pactes successoraux et distingue deux régimes légaux, selon le nombre de personnes touchées par le pacte. Pour les pactes touchant à une personne, le Règlement remet à la loi appliquée à la succession, selon les critères du propre Règlement, comme si le de cujus était mort le jour de la célébration du pacte. La loi applicable régit la recevabilité, la validité au fond et les effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution. Comme le Règlement, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989 prévoit l'application de la loi applicable à la succession à la validité du fond du pacte successoraux, ses effets et son extinction. Pour les pactes touchant la succession d'une personne, la Convention prévoit l'application de la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité du défunt au moment de la célébration du pacte, mais avec la concession en faveur de la loi de la résidence habituelle ou celle de la nationalité du défunt au moment du décès, si cette loi sert à valider le pacte<sup>385</sup>.

*β) Pactes touchant la succession de plus d'une personne*

**624.** Pour un pacte successoral touchant la succession de plus d'une personne, le même raisonnement de l'application de la *lex successionis* serait applicable, comme contenu soumis à la loi successorale, soit par l'application d'un critère de rattachement autonome, soit par la soumission de la matière au contenu de la succession. La tendance serait une application cumulative, en demandant l'application de la loi personnelle de chaque défunt applicable en matière successorale, selon le critère de rattachement du for, ou la *lex rei sitae*, s'il s'agit des immeubles pour la succession immobilière dans le cas d'application de l'approche scissionniste ou en raison d'un régime spécial pour certains biens. Encore une fois, ces diverses lois applicables seraient celles potentiellement applicables comme si la succession s'ouvrait au moment de la conclusion du pacte. Traditionnellement, pour la forme du pacte, il faut observer la règle *locus regit actum*.

**625.** Cette application cumulative, en utilisant une technique de dépeçage, se vérifie aussi au droit conventionnel sur le thème. Pour les pactes successoraux touchant la succession de plus d'une personne, le Règlement successions prévoit une application cumulative pour la recevabilité du pacte, en vérifiant sa conformité à la loi successorale applicable à chaque

---

<sup>385</sup> Voir l'article 9 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

personne touchée par le pacte. Pour la validité au fond, les effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, le règlement propose l'application du principe de la proximité. En outre, le règlement permet sagement l'autonomie de la volonté pour le choix de la loi régissant le pacte, à condition que l'on choisisse l'une des options prévues par le règlement. Une solution qui pourrait satisfaire à tous les personnes dont la succession est touchée par le pacte. Dans le cas des pactes successoraux touchant plusieurs personnes, le choix se fait selon ces critères, mais en choisissant la loi qui serait applicable à l'une des personnes touchées par le pacte. Le Règlement <sup>386</sup>. Pareillement, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989 opère une application cumulative, à travers la loi qui serait applicable à chaque personne<sup>387</sup>. De manière à sauvegarder la validité au fond du pacte successoral, les parties peuvent choisir la *lex residentiae* ou la *lex patriae* de la personne ou de l'une des personnes dont la succession s'agit le pacte<sup>388</sup>.

## **b) Trust**

**626.** Méconnu dans plusieurs systèmes légaux, ou parfois appliquée sous réserves ou adaptations, le trust sert aux objectifs de la *professio iuris* en matière successorale. Pour analyser ses effets en DIP, il faut comprendre sa nature, en décortiquant son concept et identifiant le rôle des personnes concernées, de manière à examiner l'efficacité de son utilisation dans une succession à cause de mort.

**627.** Il est d'abord important de considérer que le trust est une institution très résiliente, qui sert à plusieurs finalités<sup>389</sup>, selon les objectifs de l'utilisation du patrimoine sauvegardé et du profil du bénéficiaire, y compris la planification successorale. A travers le trust, une personne physique ou une personne morale – le settlor – peut transférer une masse des biens – les actifs du trust –, dont le contrôle est octroyé à un (ou plusieurs) tiers ou à une institution – le(s) trustee(s), pour le compte du ou des bénéficiaires. Comme il sert à blinder les actifs du

---

386 Voir l'article 25 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

387 Voir l'article 10 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

388 Voir l'article 11 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

389 Parmi d'autres modalités, l'on met l'accent sur le trust charitable (un trust irrévocable établi pour servir à une cause charitable) qui s'approche des fondations du Civil Law, le « special purpose trust » ou trust à destination spéciale, pareil au trust charitable, mais sans un objectif charitable, le « pet trust » (destiné à prendre soin d'un animal de compagnie après la mort de son maître), le trust pour besoins spéciales – le « special need trust » - (pour la protection d'une personne handicapée), le « spendthrift trust » ou trust pour une personne perdulaire – aussi pour la protection d'une personne vulnérable, mais qui ne peut pas la capacité de gérer ses fonds, et le trust dynastique ou « dynasty trust », un trust irrévocable destiné à transmettre des actifs à travers des générations, hors l'application des taxes de succession ou de donation.

trust comme une masse autonome, qui ne se confonde pas avec le patrimoine du trustee ni avec celui du bénéficiaire, il est à l'abri de toute mesure contraignante qui puisse atteindre leur insolvabilité. D'ailleurs, il peut perdurer par des décennies ou des générations dans une même famille, selon les stipulations du contrat. Pourtant, le caractère essentiellement libéral du trust peut « effrayer » certains systèmes légaux, qui prennent garde à sa reconnaissance, même s'il s'avoisine de certaines institutions connues en droit comparé, face à son authenticité. Dans ce sens, il convient d'examiner le concept dicté par un instrument cosmopolite pour une institution typique du Common Law. L'article 2 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985 définit le trust comme « les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ». Ce même texte conventionnel essaie d'éclairer les contours du trust, en indiquant les caractéristiques suivantes :

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ;
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ;
- c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.

*a) Loi applicable*

**628.** Compte tenu des particularités du trust, il faut examiner le régime légal qui lui est applicable en DIP. En considérant l'aspect négotial du trust et les restrictions à sa circulation, la tendance serait la régence du trust par la *lex voluntatis* ou, en son absence, par la loi du lieu de son institution. En matière de loi applicable, il surgit un conflit potentiel entre la loi successorale, la loi de la situation des biens qui composent la masse du trust, ou la loi du lieu de célébration du testament avec la loi choisie pour régir le trust. Comme le trust sert à donner une destination spéciale à un certain patrimoine, soit par acte *inter vivos*, soit par acte à cause de mort, lors de dispositions testamentaires ou comme une libéralité, en anticipant des dispositions du défunt, il est intéressant d'observer son utilisation pour la succession *mortis*



*causa* touchant un couple de personnes du même sexe, comme une stratégie pour protéger le patrimoine successoral pendant longtemps et s'échapper des traditionnelles restrictions imposées par la *lex successionis*. Il faut réfléchir sur la possibilité d'utilisation du trust comme stratégie pour garantir la transmission ou fruição du patrimoine du défunt ou d'une fraction de ce patrimoine par le conjoint ou partenaire survivant.

**629.** Dans ce sens, la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985 prévoit comme loi applicable à la validité, l'interprétation, les effets, l'administration, et même la possibilité de soumettre certains aspects du trust, comme son administration, à une certaine loi, à la loi choisie par le constituant, lors de son institution<sup>390</sup>. Si le trust est institution inconnue du système légal de la loi choisie par le constituant ou si la catégorie choisie pour le trust l'est ; la *lex voluntatis* cède la place à la loi avec laquelle le trust garde les liens les plus étroits, qui prendront en compte les liens effectifs, tels que le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, la situation des biens du trust, la résidence ou le lieu d'établissement du trustee, ou les objectifs du trust et les lieux où ils doivent être accomplis<sup>391</sup>. En matière de droit conventionnel en matière de successions, compte tenu la circulation limitée du trust, le Règlement – dont l'application s'étend sur un espace territorial où le trust n'est pas populaire – ne s'applique pas aux trusts<sup>392</sup>.

#### *β) Reconnaissance*

**630.** Si le trust est une institution connue au for, il n'y a pas de difficulté pour sa reconnaissance et la production de ses effets. En revanche, les particularités du trust en tant qu'institution patrimoniale et négociable peuvent restreindre sa circulation. Face à l'inexistence du trust au for, la perméabilité du for à l'égard du trust déterminera le refus totale à sa reconnaissance ou l'acceptation partielle de ses effets. En profitant de la tolérance du DIP, l'on a recours à l'adaptation quand, même face à l'inexistence du trust dans l'État requis, il y a d'institution avec laquelle le trust s'avoisine, telles que les fondations ou des biens soumis à un régime spécial. Différemment du trust, dont les pouvoirs sont exercés par le trustee, la fondation a de la personnalité juridique pour être propriétaire des biens et pour temps indéterminé, parce que l'on lui attribue la reconnaissance comme personne morale.

---

390 Voir l'article 6 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

391 Voir l'article 7 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

392 Voir l'article 1 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

**631.** La Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985 conditionne la reconnaissance du trust au respect à la loi prévue pour sa régence, selon les règles de la Convention (soit la loi choisie par le constituant, soit la loi établie selon le principe de la proximité, en considérant des éléments importants pour le trust)<sup>393</sup>. Pourtant, la reconnaissance du trust pourra être refusée, quand ses éléments les plus significatifs garde des liens les plus étroits avec une loi qui méconnaît le trust ou sa modalité<sup>394</sup> ou favorisée par le remplacement de la loi originalement applicable par une loi plus favorable à la reconnaissance du trust<sup>395</sup>. La convention récupère les effets du trust et les pouvoirs du trustee qu'elle considère comme importants, comme sa légitimité pour l'enregistrement des biens du trust, de manière à les renforcer. La Convention indique exprès la possibilité d'adaptation, quand elle fait référence à l'expéctatif que le juge s'efforce pour « donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques »<sup>396</sup>. Il est important d'observer que si la Convention interdit le renvoi<sup>397</sup>, de manière à éviter sa soumission à une loi qui conduirait à sa non reconnaissance, elle facilite son invalidité, en prévoyant la clause échappatoire de l'ordre public<sup>398</sup>, pas difficile à être invoquée pour une institution encore limitée.

**632.** Si le trust peut se faire par acte unilatéral par le settlor ou constituant, il ne se confonde pas avec le testament, qui sert à déterminer directement la transférence des droits aux personnes bénéficiaires de la succession. Quand le trust se fait para acte bilatéral comme acte d'affaires entre le constituant et le(s) trustee(s), il s'avoisine des donations, mais ne se confond pas avec elles, par sa nature et ses objectifs spécifiques. Il ne peut pas se confondre avec la fraude.

**633.** Si le for où se trouvent des biens qui composent la masse du trust ne reconnaît pas les couples de personnes du même sexe, le trust ne servirait à sauvegarder ce patrimoine du trust, que s'il y est reconnu. Si l'ordre public du for est réfractaire au trust, l'on risque de le considérer comme une utilisation frauduleuse, pour masquer la destination de l'héritage au conjoint ou partenaire survivant, dans un système qui ne reconnaît pas ce genre de couple. Et quand le trust se fait par acte inter vifs, comme une libéralité, la conséquence de la non reconnaissance du trust emmenerait à la réduction de cette libéralité en faveur des héritiers.

---

393 Voir l'article 11 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

394 Voir l'article 13 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

395 Voir l'article 14 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

396 Voir l'article 15 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

397 Voir l'article 17 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

398 Voir l'article 18 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

## 2. Les Libéralités

**634.** Possiblement en raison de l'anxiété du tempérament humain et par peur de l'incertitude des conséquences des traditionnelles dispositions à cause de mort, certains individus essayent de s'y anticiper. Ils établissent de vivant la destination de certaines fractions de leur patrimoine ou de certains biens, comme une alternative de se rassurer de leur destination, en vérifiant le résultat. Pourtant, comme l'on est sûr de la reproduction assistée des obligations, il faut vérifier si cet exercice des libéralités est valable et quelles sont leurs conséquences à l'égard de la succession à cause de mort de la personne concernée.

### *a) Le régime légal des libéralités*

**635.** Pour examiner les effets des libéralités sur la succession à cause de mort du donateur, il faut d'abord analyser la validité des libéralités, en tant qu'acte juridique, pour vérifier si leurs effets persistent face à la succession du donateur. Ainsi, l'on revient sur une question primordiale en DIP : la qualification de la *quaestio iuris* et la conséquente détermination de la loi applicable. Les libéralités possèdent un caractère obligationnel et comprennent, comme tout acte juridique formel, la partie intrinsèque et la partie extrinsèque. Sa validité est subordonnée aux conditions de fond et de forme. La forme serait soumise à la loi du lieu de célébration de l'acte ou une autre loi déterminée, selon le critère de rattachement du for. Pour le fond des libéralités, qui assument souvent la forme d'une donation, les critères bousculent entre la loi du lieu de conclusion de l'obligation et celle du lieu de production des résultats, selon le DIP en vigueur au for. La tendance serait l'utilisation d'un contrat *in praesentiae*, compte tenu des effets et de la formalité de la donation, possiblement avec recours à un acte authentique, surtout s'il s'agit des biens immeubles. Pourtant, la donation pourrait parfois se faire à travers un contrat *in absentiae*, sous certaines conditions. Comme la reproduction assistée des obligations est le domaine clé pour l'autonomie de la volonté, l'on s'interroge sur la possibilité de choix de la loi applicable au fond de la donation. La réponse nous paraît positive, à condition que le DIP en vigueur au for le permet. Et cependant il faut certainement respecter les restrictions imposées par la loi de la situation du bien, si la donation a pour objet un bien immeuble : cas dans lequel la *lex rei sitae* serait applicable. Une solution harmonieuse serait probablement le recours à l'autonomie de la volonté encadrée, avec le choix pour la loi de la situation du bien ou pour une autre loi qui soit compatible avec les prescriptions de la

*lex rei sitae*. Surtout s'il s'agit d'une donation concernant des biens immeubles, comme une stratégie pour la valider. Dans ce sens, il convient d'observer que le Règlement sur le régime matrimonial et le Règlement sur le régime partenarial prévoient le choix de la loi applicable et listent la *lex rei sitae*, comme une alternative possible.

**636.** Il est important de considérer que la loi applicable au fond des libéralités couvre non seulement le contenu de l'acte, comme les dispositions des libéralités (si elles sont à titre gratuit ou conditionnées), mais aussi les éventuels vices sur le consentement du donateur ; les effets de la donation (les obligations entre les parties et à l'égard des tiers) ; l'interprétation de la convention, l'irrévocabilité de la donation et les causes de révocation ou de caducité de la donation. En plus, comme requis pour toute acte juridique, il faut examiner la capacité de l'agent pour l'accomplissement de l'acte, soit disant la capacité du donateur pour disposer des biens. Il peut y avoir une apparente coïncidence entre la capacité du donateur pour disposer de ses biens et sa capacité, en tant que testateur, pour disposer par testament. Si le DIP détermine la soumission de la capacité pour disposer par donation à la loi personnelle du donateur ou même à la loi du lieu de célébration de la donation, cela peut coïncider, par exemple, avec le lieu de domicile ou de résidence habituelle du donateur. Pour la capacité pour disposer par testament, il peut que le DIP applique à la capacité pour disposer par testament la loi personnelle du testateur, soit comme une question comprise par la loi applicable au fond du testament (la *lex successionis*) – qui peut être la personnelle du testateur lors du décès –, soit comme la loi spécifiquement prévue pour discipliner sa capacité à disposer par testament, souvent considérée comme la loi personnelle du testateur au moment de la rédaction du testament. Il peut y avoir un conflit mobile, en raison du changement de domicile ou de résidence habituelle du défunt pendant sa vie. D'une part, la loi personnelle du donateur pour sa capacité à disposer par donation serait évaluée au moment de la donation. D'autre part, la capacité pour disposer par testament serait évaluée par la loi personnelle au moment du décès ou au moment de prise des dispositions testamentaires, selon le DIP applicable. En tout cas, la capacité du donateur pour l'acte est un élément important pour la validité des libéralités et doit respecter la loi indiquée par le critère de rattachement du for.

**637.** Au domaine conventionnel, il est intéressant d'observer que les traités couvrant matière successorale en général excluent de son objet le thème des libéralités inter vifs. Dans ce sens, le Règlement successions ne s'applique pas aux libéralités<sup>399</sup>, ni la prédécesseure

---

399 Voir l'article 1 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

Convention de La Haye pour la loi applicable en matière de successions du 1989<sup>400</sup>. Raison pour laquelle, au niveau de l'UE, l'on a recours à l'application du Règlement Rome I, en matière d'obligations. Ainsi, l'on prévoit comme loi applicable au fond des libéralités, en cascade : la *lex voluntatis*<sup>401</sup>, et subsidiairement, la *lex rei sitae*, pour ce qui concerne les droits réels, et, finalement, la loi déterminée par le principe de la proximité<sup>402</sup>. La forme est dépendante de la loi applicable au fond – dans un effort approximatif d'harmonie entre la forme et le fond – ou la loi du lieu de rédaction de l'acte<sup>403</sup>. Dans un effort pour éviter l'invalidité de l'acte par cause de l'incapacité de l'agent, son capacité serait régit pour les contrat entre présents par la loi du pays de conclusion du contrat et l'incapacité ne pourrait être invoquée sous une autre loi que si le contractant connaisse cette incapacité ou l'ignorait par imprudence<sup>404</sup>.

**638.** Une fois que les libéralités sont valables, il faut examiner l'extension de ses effets. En essence, l'on analyse les effets entre les parties et l'extension de ses effets à l'égard des tiers, parmi lesquels se trouvent des héritiers et légataires du donateur. D'abord, il faut considérer l'irrévocabilité de la donation ou la possibilité de sa révocation, sous certaines conditions. Certains systèmes légaux prévoient la possibilité de révocation par le donateur dans certaines circonstances et son annulation pour certains motifs. Un motif classique serait l'ingratitude du bénéficiaire à l'égard du donateur, par la pratique de certains actes offensifs et/ou graves. Même si l'adultère n'est plus criminalisé dans la plupart du monde, il produit parfois des effets dans la sphère civile, comme une cause pour motiver la dissolution du lien matrimonial, un motif pour des dommages-intérêts ou une raison spécifique pour l'annulation d'une éventuelle donation, quand le donateur marié la fait en bénéfice du complice de l'adultère. Les effets seront soumis à la loi applicable au fond des libéralités, mais encore une fois il faut observer les prescriptions de la *lex rei sitae*, en ce que concerne les donations de biens, surtout des immeubles. Même si les libéralités entre vifs sont valables en forme et fond, il peut qu'elles perdent sa force face aux prescriptions légales à l'égard de la succession du donateur. Comme les libéralités atteignent de manière anticipée des biens qui feraient potentiellement partie de la masse successorale, l'on vérifie la persistance de ses effets face à la succession du donateur.

---

400 Voir l'article 10 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

401 Voir l'article 3 du Règlement Rome I.

402 Voir l'article 4 du Règlement Rome I.

403 Voir l'article 11 du Règlement Rome I.

404 Voir l'article 13 du Règlement Rome I.

## **b) La réduction des libéralités**

**639.** Le conflit entre les libéralités et les dispositions à cause de mort peut résulter dans la réduction des libéralités, de manière à garantir le respect à la réserve héréditaire. Ces effets post-mortem de libéralités entre vifs résultent de l'application de la *lex successionis*, qui établit le rapport entre les libéralités et la succession, en raison du décès du donateur. L'encadrement hypothétique du montant objet des libéralités dans la masse successorale sert à vérifier s'ils dépassent la quotité disponible de la succession, en raison de la prévision d'un montant à titre de réserve héréditaire. Dans ce cas, les libéralités sont réduites en partie ou en totalité pour la recomposition du montant destiné à la réserve héréditaire. Il est important de distinguer l'invalidité des libéralités en tant qu'acte juridique de l'invalidité des libéralités face au contenu de la succession à cause de mort du donateur. Compte tenu le caractère impératif des dispositions légales sur la réserve héréditaire, celles-ci prévalent sur les libéralités. Même dans le domaine de la *professio iuris*, l'on voit les conséquences indirectes de la place privilégiée de certains héritiers prioritaires dans l'ordre de vocation héréditaire, comme observe Bernard Audit : « La subordination de la succession testamentaire à la succession ab intestat en droit français traduit principalement la préoccupation de faire respecter les règles relatives à la réserve. Or celle-ci est pareillement menacée par les libéralités que consent une personne de son vivant. <sup>405</sup> »

**640.** Monsieur Audit souligne aussi la répercussion du patrimoine « éparpillé » à l'étranger sur les calcul des réserves et de parts des héritiers :

« Cette conception amène à calculer la réserve pour chaque masse de biens, meubles et immeubles, soumise à une loi successorale différente. La quotité disponible établie par chaque loi s'applique à la masse qu'elle régit, sans possibilité d'exercice par compensation de l'une à l'autre ; ainsi, un héritier ne peut calculer son droit à réserve sur l'ensemble de la succession, y compris des immeubles situés à l'étranger, et prétendre exercer la totalité des droits ainsi déterminés sur les biens se trouvant dans le pays dont la loi lui reconnaît cette réserve. <sup>406</sup> »

**641.** Comme d'autres types de dispositions touchant le patrimoine de la masse successorale au domaine de la succession contractuelle, les libéralités succombent face aux prescriptions impératives de la réserve héréditaire, qui s'imposent comme un pilier pour la partage du patrimoine du défunt. Cela dit, il faut réfléchir sur la prise des libéralités dans le contexte

---

405 B. Audit. n. 894. p. 788.

406 B. Audit. n. 894. p. 788.

d'une succession rattachée à un couple de personnes du même sexe. Malgré la liberté contractuelle, comme une règle de base de l'autonomie obligationnelle, les libéralités ne servent pas à la fraude, comme un mécanisme pour anéantir les exigences de la réserve héréditaire, qui sera même protégée par le respect à l'ordre public. Les libéralités ne servent non plus comme une stratégie à remplir le manque de pacte successoral qui pourrait libérer le donateur du respect d'une éventuelle réserve héréditaire. En ce que concerne les couples de personnes du même sexe, les libéralités faits dans l'intérêt d'un conjoint ou partenaire survivant, qui ne serait pas protégé par la *lex successionis* résulteraient comme invalides. En revanche, les libéralités faites en défaveur d'un conjoint ou partenaire survivant du même sexe seraient pas valides, quand elles ne respectent pas son statut comme héritier réservataire et le respectif montant. Le refus à reconnaître les libéralités se conditionne aussi au droit de prélèvement, qui pourrait jouer pour invalider des libéralités prises en faveur d'un conjoint ou partenaire du même sexe face à la protection des héritiers réservataires ressortissants nationaux ou, au contraire, pour protéger un conjoint ou partenaire national du même sexe. Comme pour les dispositions testamentaires, qui pourraient subir une réduction en raison du non respect des prescriptions sur la réserve héréditaire, les libéralités en faveur ou en défaveur d'un conjoint ou partenaire survivant du même sexe se soumet à la tolérance et à la reconnaissance de ce genre de couples par la loi successorale applicable et par le droit du for.

## **Conclusion de la Section 2**

**643.** Les droits successoraux sont d'extrême importance dans le parcours juridique de la vie des couples de personnes du même sexe. Ils correspondent à la solution juridique de la continuité des effets du rapport, brisé involontairement par les facteurs externes à la volonté des conjoints ou partenaires. En plus, il est important de rememorer que la protection des compagnons survivants fut l'une des principales revendications qui a motivé le mouvement de lutte pour la reconnaissance des droits de couples homosexuels, lors de l'épidémie de VIH/sida aux années 80s et 90s.

**644.** La succession à cause de mort touche innombrables aspects juridiques pour son déroulement, soit dans la modalité succession légale, soit par une succession contractuelle. En outre, la complexité des solutions en matière de successions à cause de mort va avec la

compréhension des successions comme une catégorie de statut mixte, puisqu'elle touche des aspects personnels et patrimoniaux.

## **Conclusion du Chapitre deuxième**

**645.** Si la dissolution inter vivos et la dissolution à cause de mort partagent la fonction de dissoudre le lien unissant le couple, chacune le fait à sa manière. Même extrêmement complexes, chacune touche des aspects et des solutions en DIP très différentes.

**646.** La dissolution du lien inter vivos concentre sa diversité sur la force des différents effets de la dissolution du lien sur la vie du couple. Raison pour laquelle le dépeçage est la marque de ce type de dissolution. A son tour, la succession à cause de mort se montre symétrique, malgré sa diversité. Cette symétrie s'aperçoit en fonction de la séparation en succession légale et contractuelle, si qu'en fonction du rôle des biens immeubles et meubles dans la succession, à travers le choix entre les approches unitaire et scissioniste.

## **CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME**

**647.** Une fois le lien établi et/ou reconnu à l'internationale, la jouissance des droits dans la vie en couple pour les conjoints ou partenaires du même sexe se fait avec les détours par le refus à leurs reconnaître en tant que couples, dans certaines juridictions, par l'utilisation de la clause échappatoire de l'ordre public. La reconnaissance ou le refus de leurs droits est modulé par la perméabilité du for à ces couples et par le développement du droit applicable sur la matière.



**648.** Les contours des catégories offertes aux couples de personnes du même sexe ont une influence directe non seulement pour la protection juridique qui leur est offerte en matière de droits, mais aussi lors de la dissolution de leur rapport. Une plus avantageuse ou moins avantageuse protection patrimoniale est assurée aux conjoints ou partenaires en raison de la catégorie appropriée par le couple, soit pour le divorce ou la dissolution du partenariat, soit pour une succession à cause de mort.

## Conclusion de la Première partie

**649.** Dans toutes les phases de la vie en couple pour les conjoints ou partenaires du même sexe, leurs droits sont limités dans plusieurs juridictions par le refus à leurs reconnaître en tant que couples, à travers la solution technique de la clause échappatoire de l'ordre public. La reconnaissance ou le refus de leurs droits se produit en cascade, à partir de la reconnaissance ou du refus du lien.

**650.** Les contours des catégories offertes aux couples de personnes du même sexe ont une influence directe sur la jouissance de droits qui leur sont octroyés ou pas, en raison de la hiérarchie existante entre les catégories. Ces différences sont à la base aussi des divergences pour la (re)qualification de leurs liens d'un Etat à l'autre, en raison de la pluralité des modèles que l'on trouve en droit comparé.

**SECONDE PARTIE:**  
**Les rapports entre les conjoints et partenaires du  
même sexe et leurs enfants en Droit International  
privé**

**651.** Au regard de la configuration actuelle des familles basées sur les couples de personnes du même sexe dans plusieurs États, il est inévitable de parler des enfants des conjoints ou partenaires. Inutile ici d'énumérer les exemples des lois qui ouvrent au couple l'accès à l'adoption unilatérale ou conjointe et même aux techniques d'AMP ou GPA. L'enfant assume un rôle pas secondaire dans la structure familiale homoaffective : pas seulement comme un enfant de l'un des conjoints ou partenaires qui intègre, dans une dimension plus élargie, la famille ; mais aussi comme un enfant commun aux deux conjoints ou partenaires, qui exercent la titularité de la parentalité conjointement à l'égard de mêmes enfants.

**652.** La deuxième partie de la thèse analyse les rapports entre les couples de personnes du même sexe et leurs enfants en Droit International privé, en considérant les rapports des familles basées sur des couples de personnes du même sexe au niveau vertical. L'on examine les différentes formes par lesquelles s'établit le rapport de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants, si que les effets qui découlent du lien familial créé. D'abord, l'on indique les alternatives disponibles à ce couples et les restrictions que leur sont imposées en raison du régime légal utilisé pour la reconnaissance des conjoints ou partenaires comme un couple. Une fois le lien de filiation établi, l'on étudie les divers effets patrimoniaux et personnels qui découlent du rapport familial entre les enfants et les pères/ou mères du même sexe, en tant que couple. Ainsi, l'on propose de sous-diviser cette partie en deux titres que se dédient à étudier **1) l'établissement et le régime juridique des rapports de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants en Droit International privé (titre premier) ; et 2) les effets des rapports de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants en Droit International privé (titre deuxième).**

## **Titre Premier:**

# **L'établissement et le régime juridique des rapports de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants en Droit International privé**

**653.** Si l'on revient sur des aspects théoriques du mouvement de reconnaissance des couples de personnes du même sexe à l'image du mariage traditionnel, l'on vérifie la confirmation du mariage patriarcal comme modèle de référence familial. Soient pour les systèmes qui essaient de se rapprocher du mariage traditionnel, à travers un mouvement convergent, soient pour les systèmes qui préfèrent s'éloigner du mariage traditionnel – où l'accès à la filiation pour les couples homosexuels est souvent interdit ou restreint –, à travers un mouvement divergent. L'on reproduit le modèle de la famille basée sur un couple et ses descendants<sup>407</sup>. Comme un couple formé par deux

---

407 L'histoire du droit de la famille confirme un objectif réciproque entre mariage et filiation : le recours au mariage comme moyen de légitimer des enfants et le bout procréatif du mariage. Dans ce sens, voir

« LEGITIMITE DE LA NAISSANCE ET DU MARIAGE

Dans nombre de sociétés eurasiennes, le concubinage constituait une forme légale de mariage et il pouvait fort bien en naître des héritiers légitimes . Mais non point en Europe chrétienne, où il était déclaré illégal et ses fruits illégitimes. Les admonitions constantes dont il était l'objet ne l'empêchèrent pas cependant de prospérer, tant dans le clergé que chez les laïcs, les interdictions de l'Église au divorce ; à la polygynie et au mariage des clercs ne servant même qu'à l'encourager. En refusant au concubinage la validité comme la légalité, en faisant de ses enfants des bâtards, l'Église transformait tout le concept même de parenté .

Les enfants illégitimes sont le fruit non seulement d'unions non reconnues (et de leurs enfants non reconnus), ils peuvent l'être aussi des rapports pré-nuptiaux . Malgré l'attitude de l'Église à cet égard, les taux de naissances illégitimes et de grossesses pré-matrimoniales en Europe du Nord étaient parfois très élevés, l'âge tardif du mariage pour les deux sexes y jouant un rôle non négligeable. L'association entre le mariage différé des femmes et ces forts taux d'illégitimité n'est pas absolument sûre, mais on sait que la solidité des corrélations ne caractérise pas les problèmes humains. Ce qui est patent, c'est que grossesses et naissances pré-nuptiales ne se rencontrent pas quand l'âge de mariage des filles est suffisamment bas, quand la virginité pré-matrimoniale est fonction de l'immaturité plus que de la moralité. Ces conditions favoriseraient plutôt d'autres formes d'illégitimité .

En Europe méridionale, la régulation des naissances était plus proche des structures « orientales » ou des modèles « eurasiens ». Ce qui entre en compte ici, c'est en partie la conception de l'honneur, les pressions d'un réseau plus étendu ou plus efficace de parenté, mais aussi la précocité du mariage pour les filles dans bien des régions méditerranéennes, d'où inévitablement une régulation ressentie plus intensément et plus aisément appliquée .

Définie comme elle l'était de prime abord ; la nature de l'union conjugale provoqua les problèmes d'illégitimité des enfants dont nous trouvons une peinture si frappante dans *Le Roi Lear* de Shakespeare . Bien que l'on fit appel à Dieu

hommes ou par deux femmes ne peut pas avoir des enfants de la manière biologique traditionnelle, sans l'aide d'un tiers du sexe différent, pour la conception et l'accouchement de l'enfant – au moins, jusqu'au présent<sup>408</sup> - ; l'on analyse les alternatives disponibles à ces couples pour qu'ils aboutissent le projet de construire une famille avec leurs descendants à eux. Compte tenu ces restrictions, l'on considère les options d'établissement de la filiation par une fiction juridique, à travers l'adoption, ou par recours aux techniques médicales telles que l'AMP et la GPA.

**654.** Comme tous modèles familiaux existants, les familles homoparentales vivent une réalité dynamique. Pas rarement un couple homosexuel résulte du fait que l'un des conjoints ou partenaires du même sexe abandonne un rapport préalable en couple avec une personne du sexe différent, duquel résulta des enfants, pour refaire une nouvelle vie en couple avec une personne du même sexe. Les rapports matrimoniaux ou partenariaux solides avec une personne du même sexe peuvent se dissoudre avec des effets sur les enfants communs aux conjoints ou partenaires, qui peuvent – les deux – reconstruire une nouvelle vie conjugale ou partenariale, en formant de nouvelles familles recomposées. Portelli et Richard décrivent cette phénomène : « Les familles homoparentales recouvrent des réalités très diverses. Elles ne sont pas d'emblée calquées sur un schéma bi-parental, mais elles peuvent tout à fait l'être. Au fil des années, certaines personnes qui avaient fondé leur famille dans un cadre dit « classique » (au sens sociologique) ont fait leur « coming out ». Leur famille n'a pas disparu avec leur hétérosexualité. Les familles fondées par les personnes homosexuelles peuvent aussi se modifier ; elles se recomposent comme toutes les autres familles. La manière d'entrer en parentalité est également un facteur supplémentaire d'originalité par rapport

---

pour défendre les bâtards ; leurs incapacités sinon leur existence étaient essentiellement du ressort du droit ecclésiastique. La question fut mise en avant au XVI<sup>e</sup> siècle, lorsque les réformateurs // catholiques tentèrent de bloquer la menace croissante du protestantisme . Pour ce faire, ils recoururent, entre autres armes, à la famille, et surtout aux femmes en tant qu'instruments du christianisme. Ce but en vue, l'Église se mit énergiquement en devoir d'extirper le concubinage tant dans son clergé que chez les laïcs (Flandrin 1976 : 178), et de détourner des unions célébrées sans son aveu. Les concubins laïques des deux sexes furent condamnés en chaire et excommuniés . Il en résulta ; en France, une chute marquée du nombre des enfants illégitimes dont beaucoup naissaient de ce type d'unions ; à Nantes et dans ses environs ; où au XVI<sup>e</sup> siècle « 50 % des naissances illégitimes étaient encore le produit d'un concubinage, ce taux s'abaissa à 2,5 % à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle » (p. 178) . Toutefois, à la même époque, le sort de la mère célibataire empirait et les chances de survie de ses enfants s'amenuisaient. Leur nombre se réduisait aussi du fait que les prêtres contraignaient souvent le séducteur à épouser la fille qu'il avait engrossée, d'où une fréquence accrue des mariages précédés de conception . « GOODY, Jack. L'évolution de la famille et du mariage en Europe . Trad. Marthe Blinoff . Paris, Armand Colin Editeur, 2012 . PP. 262-263.

408Compte tenu l'état d'avancement scientifique actuel, il paraît impossible, dans les prochaines années, que l'on dispense la contribution simultanée des gamètes d'un homme et d'une femme pour la fécondation d'un embryon, si que la participation d'une femme pour la gestation d'un enfant. Malgré les nouvelles de recherches sur l'utilisation d'un utérus artificiel pour la gestation et de l'utilisation des bébés clonés, il semble que ces techniques sont loin d'être pleinement rassurées ou popularisées. S'il est prudent de éviter de dénier l'accomplissement de ces nouveautés dans un avenir proche ou lointain ou encore d'autres découvertes actuellement inconnues, comme il s'est déjà passé pour d'autres technologies auparavant inimaginables ; il faut considérer que les recherches scientifiques sur les méthodes de procréation médicalement assistée par deux hommes ou par deux femmes, sans le recours à un tiers du sexe différent sont au moment loin de la réalité.

aux familles « traditionnelles » en raison du choix du schéma parental qui s'offre à elles.<sup>409</sup> ». Compte tenu le dynamisme des rapports de filiation chez les couples de personnes du même sexe et le mosaïque des modèles familiaux qui composent l'univers des familiaux homoaffectives ; l'on essaye d'analyser l'établissement du lien de filiation à l'égard des couples de personnes du même sexe. Soit un rapport originalement établi par les deux conjoints ou célibataires de façon conjointe, soit par un rapport préalablement existant à l'égard d'un conjoint ou partenaire, qui est étendu à l'autre conjoint ou partenaire – peu important s'il s'agit d'un enfant d'un rapport conjugal ou partenarial précédent ou d'un lien de filiation établi pendant la vie pré-conjugale du conjoint ou partenaire –, en raison du lien familial horizontal formé par le couple.

**655.** Dans une escalade pour la promotion des droits de l'Homme de la Diversité Sexuelle et de l'égalité entre tous les couples ; l'on voit l'accès à la filiation comme une étape supérieure, franchie comme le résultat d'une reconnaissance solide des couples de personnes du même sexe, parce qu'elle suit et présume la reconnaissance en tant que couple. Même marquée comme une étape qui ne s'établit qu'après la reconnaissance formelle comme couple, la revendication pour l'accès à la filiation pour les couples de personnes du même sexe accompagne depuis ses débuts, le mouvement de reconnaissance de couples de personnes du même sexe en Europe, comme l'observe Leroy-Forgeot: « La résolution A3-0028/94 de 1994 du Parlement européen invitait la Commission européenne à présenter un projet recommandant la suppression de « toute restriction au droit des lesbiennes et des homosexuels d'être parent ou bien d'adopter ou d'élever des enfants ». Cependant, la notion de formation de la structure parentale peut être considérée selon deux perspectives : le choix de deux partenaires de s'associer ; les possibilités légales d'association. »<sup>410</sup>.

**656.** Méthodologiquement, l'on sous-divise le premier titre de la deuxième partie en deux chapitres qui examinent les options de filiation disponibles aux couples de personnes du même sexe et les aspects juridiques, pour la mise en œuvre d'une famille avec des enfants. L'on étudie d'abord l'adoption – soit à travers l'adoption unilatérale de l'enfant de l'autre conjoint ou partenaire, soit à travers l'adoption conjointe par le couple – et ensuite les techniques médicales, comme la AMP et la GPA. L'on analyse les implications légales des différents parcours possibles aux couples de personnes du même sexe pour la composition d'une structure familiale avec des enfants et la reconnaissance du lien familial établi au niveau international. Il est important d'observer que l'on choisit d'examiner l'adoption avant les techniques de AMP et GPA, en suivant le même développement chronologique de l'offre de ces options de filiation aux couples de personnes du

---

409 PORTELLI, Serge. RICHARD, Clélia. *Homoparentalité*. Paris, Dalloz, 2018. p. 248.

410 LEROY-FORGEOT, Flora. *Les enfants du PACS : réalités de l'homoparentalité*. Paris, PUF/L'Atelier de l'Archer, 1999. p. 35.

même sexe. Également, l'on étudie l'AMP avant la GPA, parce que, sous la même approche historique et pragmatique, l'accès à la GPA aux couples de personnes du même sexe – quand autorisé – n'est ouvert qu'après la consolidation de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes. Ainsi, l'on propose de sous-diviser ce titre en deux parties que se dédient à étudier **1) la filiation adoptive (chapitre premier) ; et 2) l'établissement de la filiation à travers l'aide médicale à la procréation (chapitre deuxième).**



## Chapitre premier: La filiation adoptive

657. Il est important d'observer que l'adoption est l'alternative légale la plus ancienne à la filiation biologique, même si elle se confondrait, dans certains cas, avec l'AMP que nous connaissons de nos jours. Dès l'Antiquité, des civilisations anciennes prévoyaient des mécanismes légaux pour permettre à ceux qui cherchaient à avoir des héritiers – et dans certains cas, des héritiers du sexe masculin, spécifiquement –, sans le réussir, une manière de leur donner des enfants. Ces pratiques visaient garantir la continuité de la famille, du nom familial et du culte religieux familial, à travers sa transmission par les héritiers mâles légitimes, sous un système de patriarcat<sup>411</sup>. Même fortement découragée par le droit canonique à partir du Moyen Age, qui érigeait l'institution familiale aux bouts procréatifs, l'adoption a perduré comme une institution millénaire, qui a su se renouveler à travers le temps. Repris aux mouvements de codification de

---

411 « Le devoir de perpétuer le culte domestique a été le principe du droit d'adoption chez les anciens. La même religion qui obligerait l'homme à se marier, qui prononçait le divorce en cas de stérilité, qui, en cas d'impuissance ou de mort prématurée, substituait au mari un parent, offrait encore à la famille une dernière ressource pour échapper au malheur si redouté de l'extinction ; cette ressource était le droit d'adopter.

« Celui à qui la nature n'a pas donné de fils peut en adopter un, pour que les cérémonies funèbres ne cessent pas ». Ainsi parle le vieux législateur des Hindous. Nous avons un curieux plaidoyer d'un orateur athénien dans un procès où l'on contestait à un fils adoptif la légitimité de son adoption. Le défendeur nous montre d'abord pour quel motif on adoptait un fils : « Ménéclès, dit-il, ne voulait pas mourir sans enfants ; il tenait à laisser après lui quelqu'un pour l'ensevelir et pour lui faire la suite les cérémonies du culte funèbre ». Il montre ensuite ce qui arrivera, si le tribunal annule son adoption, ce qui arrivera non pas à lui-même, mais à celui qui l'a adopté ; Ménéclès est mort, mais c'est encore l'intérêt de Ménéclès qui est en jeu. « Si vous annulez mon adoption, vous ferez que Ménéclès sera mort sans laisser de fils après lui, qu'en conséquence personne ne fera les sacrifices en son honneur, que nul ne lui offrira les repas funèbres, et qu'enfin il sera sans culte ».

Adopter un fils, c'était donc veiller à la perpétuité de la religion domestique, au salut du foyer, à la continuation de la descendance, aux offrandes funèbres, au repos de mânes des ancêtres. L'adoption n'ayant sa raison d'être que dans la nécessité de prévenir l'extinction d'un culte, il suivait de là qu'elle n'était permise qu'à celui qui n'avait pas de fils. La loi des Hindous est formelle à cet égard. Celle d'Athènes ne l'est pas moins ; tout le plaidoyer de Démosthène contre Léocharès en est la preuve. Aucun texte précis ne prouve qu'il en fût de même dans l'ancien droit romain, et nous savons qu'au temps de Gaius un même homme pouvait avoir des fils par la nature et des fils par l'adoption. Il paraît pourtant que ce point n'était pas admis en droit au temps de Cicéron, car dans un de ses plaidoyers l'orateur s'exprime ainsi : « Quel est le droit qui régit l'adoption ? Ne faut-il pas que l'adoptant soit d'âge à ne plus avoir d'enfants, et qu'avant d'adopter il ait cherché à en avoir ? Adopter, c'est demander à la religion et à la loi ce qu'on n'a pas pu obtenir de la nature ». Cicéron attaque l'adoption de Clodius en se fondant sur ce que l'homme qui l'a adopté a déjà un fils, et il s'écrie que cette adoption est contraire au droit religieux. ». COULANGES, Fustel de. *La cité antique : étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 12ed. Paris, Hachette, 1888. p. 55-56.

droit privé au XIX<sup>ème</sup> siècle, l'adoption s'est épanouit à l'internationale après la II Guerre Mondiale et des conflits régionaux - comme la Guerre de la Corée aux années cinquante<sup>412</sup> –, comme une réponse aux besoins de millions d'orphelins laissés par le flagelle des conflits. Dans ce sens, l'on vérifie la réforme du droit de l'adoption après la IIe Guerre Mondiale, dans plusieurs systèmes légaux, de manière à l'ouvrir à l'internationale, si que les efforts pour l'élaboration d'un instrument internationale pour discipliner l'adoption au DIP, au sein de la CHDIP. Il est important de dire que l'adoption est considéré comme une mesure bénéfique à l'enfant, selon la Convention des droits de l'enfant du 1989<sup>413</sup>.

**658.** En accompagnant les transformations sociales de la famille au monde moderne<sup>414</sup> et une escalade croissante des droits qui leur sont octroyés, les couples de personnes du même sexe cherchent une équiparation pleine au niveau des droits familiaux, par rapport aux conjoints de sexe différent, à travers le droit à la filiation. Leur revendication de paternité fut répondue par l'accès à l'adoption, en profitant d'une institution solidement déjà érigée et qui s'ajustait sur mesure à un couple de parents, qui à ressemblance d'un couple hétérosexuel stérile, ne pouvait pas avoir des enfants, par la voie biologique. Différemment de ce qu'il se passe pour les reproduction assistée offerte aux couples de personnes du même sexe ; l'adoption a bénéficié de deux arguments pour son ouverture aux couples de personnes du même sexe. D'une part, l'on trouve un argument d'égalité. Les couples de personnes du même sexe s'équiparent aux couples de personnes de sexe différent qui recourent à l'adoption, puisque à l'origine l'adoption vise offrir un enfant aux couples qui ne peuvent pas avoir des enfants biologiques ensemble. Si les couples hétérosexuels jouissent à la base<sup>415</sup> d'une incapacité subjective qui acomete au moins l'un des conjoints ou partenaires et leurs empêchent d'avoir un enfant biologique ensemble ; les couples homosexuels padècent d'une incapacité objective, qui empêchent les deux conjoints ou partenaires d'avoir un enfant biologique ensemble, même quand les deux conjoints ou partenaires sont pleinement fertiles. D'autre part, l'on trouve un argument de solidarité. L'ouverture de l'adoption aux couples de personnes du même sexe permettent de trouver une famille, des parents à un enfant en situation d'abandon ou d'orphélinage. L'adoption se ferait prioritairement au bénéfice de l'enfant – théoriquement préexistant aux démarches concrètes pour connecter un enfant déjà identifié au couple d'adoptants –, en prévalence au « désir d'enfant » du couple d'adoptants. Raison pour laquelle, l'argument

---

412 Voir note.....

413 Voir art ?????

414 Voir note Roudinesco

415 Il est important d'observer que de nos jours, l'adoption est aussi utilisée par des couples hétérosexuels qui, même absolument fertiles, ne peuvent ou ne veulent pas engendrer un enfant biologique à eux, par différentes raisons, telles que des restrictions médicales pas rattachées aux questions de fertilité, les projets personnels ou professionnels « incompatibles » avec une grossesse, ou même l'altruisme d'aider un enfant sans famille.

moral de la protection de l'enfant – doublement vulnérable en tant qu'enfant et que personne en situation d'abandon ou orphélinage – prévalait, au niveau de l'opinion public dans plusieurs États, sur l'argument moral de la discrimination à l'égard des couples homosexuels par rapport aux couples traditionnels, qui offriraient « les figures complémentaires d'un père et d'une mère essentiels à la formation d'un enfant ». Ainsi, il est important d'examiner les différents aspects que l'institution de l'adoption assume, en se renouvelant, pour s'adapter aux couples de personnes du même sexe, et le régime légal qui lui est applicable en DIP.

## **Section 1. Les catégories pour l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des couples de personnes du même sexe**

**659.** Comme l'adoption est un acte complexe, qui présente des spécificités d'un système légal à l'autre, l'on propose analyser les catégories d'adoption, en considérant certains critères importants pour l'objet de ce travail. D'abord l'on étudie l'adoption, selon la structure du rapport adoptif, en prenant en compte les sujets qui intègrent le rapport familial établi : soit l'adoption unilatérale, si le lien de filiation est établi à l'égard de l'un des conjoints ou partenaires par rapport à l'enfant de l'autre conjoint ou partenaire ; soit l'adoption bilatérale ou conjointe, si le lien est établi conjointement aux deux conjoints ou partenaires par rapport à l'enfant adopté, à l'image de ce que l'on fait depuis longtemps pour des couples hétérosexuels. Ensuite l'on examine l'étendu du rapport d'adoption, selon les effets de l'adoption, en considérant le régime juridique imposé par la modalité de l'adoption : soit l'adoption plénière, si l'on applique un régime de filiation aux droits équiparables à ceux offerts à d'autres éventuels enfants du(des) même(s) adoptant(s) ; soit l'adoption simple, si l'on préfère un régime aux droits plus limités, qui s'avoisine de la garde ou de la « custody » du Common law, dans certains systèmes.

### **§1. L'adoption selon sa structure**

**660.** Quand l'on étudie l'adoption pour les couples de personnes du même sexe selon sa structure, l'on retient le rapport de l'enfant adopté à l'égard des deux conjoints ou partenaires qui forment le couple. Dans le cas d'une adoption unilatérale, l'on départ d'un rapport de filiation déjà existant

entre l'un des conjoints ou partenaires et l'enfant, pour éteindre le rapport de filiation à l'égard de l'autre conjoint ou partenaire. L'adoption conjointe, à son tour, marque le surgissement d'un rapport de filiation auparavant inexistant, à travers l'établissement du rapport d'adoption simultanément aux deux conjoints ou partenaires, à qui sont offerts les mêmes droits et obligations.

## A. L'adoption unilatérale

**661.** D'abord, il est important d'éclairer la distinction entre l'adoption faite par une seule personne, en tant que personne célibataire et dans le cadre d'un projet de famille monoparentale, dénommée parfois comme une adoption individuelle<sup>416</sup>, même qu'évidemment unilatérale, et l'adoption unilatérale au sein d'un couple. Dans ce sens, la nomenclature du Common Law, épanouie en droit comparé, donne l'idée exacte de l'institution de l'adoption unilatérale de l'enfant du conjoint ou partenaire par l'autre conjoint ou partenaire : « step-child adoption » ou « second-parent adoption », qui correspond à l'adoption du beau-fils. En essence, il s'agit d'une adoption où évidemment le lien de mariage ou partenariat joue un rôle fondamental dans la composition de la structure familiale mais aussi pour la légitimation de l'établissement de l'adoption.

**662.** Il est important de dire que l'adoption unilatérale chez les couples de personnes du même sexe a profité d'une certaine tolérance à l'égard de l'adoption unilatérale par des personnes célibataires homosexuelles, déjà admise dans plusieurs États quelques années ou décennies avant la reconnaissance des couples de personnes du même sexe. Malgré la distinction entre elles, la consécration, avec l'espace d'une génération, de l'adoption par des célibataires homosexuel(le)s a

---

416 Compte tenu l'objet de cette thèse, l'on ne s'occupera pas d'adoption par des personnes célibataires, ni de débat de l'accès à l'adoption aux personnes célibataires homosexuelles, malgré la position évidemment favorable de l'auteur à son ouverture, comme une position contre toutes formes de discrimination. Et cependant il est intéressant d'observer que pendant longtemps l'adoption était interdite aux personnes homosexuelles, par une présomption de manque de conditions psychologiques ou morales pour élever un enfant, en raison de la vision de l'homosexualité comme une maladie ou de « la traditionnelle fausse association entre homosexualité et promiscuité ». Il est intéressant d'observer que l'ouverture de l'adoption aux personnes (célibataires) homosexuelles s'est fait peu avant - comme étape préalable à la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, même que de manière limitée - ou simultanément à la reconnaissance de couples de personnes du même sexe, à mesure que les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle furent supprimés dans plusieurs systèmes. En outre, il est important de considérer que la discrimination aux personnes célibataires pour l'adoption peut se faire de manière directe ou indirecte. La discrimination directe se vérifie quand il y a une interdiction expresse à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle. La discrimination indirecte se vérifie quand l'adoption n'est permise qu'aux couples mariés ou partenariatisés - mais il faut considérer que le partenariat ne change pas officiellement l'état civil dans plusieurs systèmes légaux -, et toute personne célibataire est donc exclue. Dans ce cas, non seulement les personnes célibataires homosexuelles mais aussi hétérosexuelles sont exclues. Très souvent les systèmes qui restreignent l'adoption aux couples formels ne reconnaissent pas les couples de personnes du même sexe et bloquent par conséquent les personnes homosexuelles de toute accès à l'adoption d'enfants, soit individuellement, soit vivant en couple.

franchi les barrières pour l'ouverture de l'adoption unilatérale chez les couples de personnes du même sexe. La constatation, à travers plusieurs études<sup>417</sup>, que les enfants élevés dans le cadre d'une famille monoparentale ayant un parent homosexuel étaient des enfants semblables aux enfants élevés au sein des familles traditionnelles, avec des défauts et des qualités comme tous êtres humain, a servi pour refuser le discours de la nécessité d'un père et d'une mère pour l'enfant. En France, la loi n° 66.500 du 11 juillet 1966 autorisait l'adoption par une personne célibataire âgée de plus de 35 ans, et de plus de 28 ans, à partir de 1996. Malgré la neutralité du texte légal, comme cette adoption était conditionnée à l'agrément pour les pupilles de l'État et les enfants étrangers, en pratique les adoptants célibataires homosexuels subissaient de la discrimination, à travers le refus d'agrément subjectivement basé sur leur orientation sexuelle. Par cette pratique discriminatoire réitérée, la France a été traduite devant la CEDH. Dans l'affaire Fretté<sup>418</sup>, la CEDH n'a pas condamné la France par la violation discriminatoire à l'égard du requérant, en prononçant une décision au même ton ambigu des circonstances de cette affaire, malgré le fait que « l'homosexualité du requérant avait interféré dans le refus, même si elle était qualifiée pudiquement de l'expression 'choix de vie' »<sup>419</sup>. Dans l'affaire Emmanuelle B<sup>420</sup>, il y a eu un considérable revirement de jurisprudence de la CEDH. La France a été condamnée par violation au respect de la vie privée dans un cas pareil où la requérante accusait le Conseil général du Jura de l'avoir fait subir un traitement discriminatoire pendant toutes les phases de la procédure de demande d'agrément en vue d'adopter. Malheureusement, malgré la victoire – tardive – à la CEDH, Mme. B a renoncé à exercer le droit d'adopter, parce qu'elle ne se sentait plus dans un âge confortable à le faire, puisque plusieurs années se sont passées dès sa requête jusqu'à l'implémentation – pas automatique – des effets de la condamnation prononcée par la CEDH.

**663.** En outre, il est opportun de rappeler l'utilisation de l'adoption unilatérale comme recours subsidiaire pour rattacher le conjoint ou partenaire qui n'a pas un lien biologique ou légal avec l'enfant conçu à travers des techniques médicales et qui a le lien biologique avec l'autre conjoint ou partenaire, comme l'on examinera ci-dessous. Dans ce sens, en raison d'un apparent vide législatif, ce genre d'adoption s'est pratiqué en France, avant la restriction de l'adoption aux couples mariés et son interdiction aux couples pacsés.

**664.** En raison de la « méconnaissance » des couples de personnes du même sexe, l'adoption unilatérale est parfois utilisé comme outil pour masquer un rapport de couple. Face à l'inexistence

---

417Note études ????????????????????

418 CEDH 26 février 2002, Fretté c/ France. requête n. 36515/97

419PORTELLI, Serge. RICHARD, Clélia. *Homoparentalité*. Paris, Dalloz, 2018. p. 78.

420 CEDH 22 janvier 2008, Emanuelle B. c/ France. requête n.43546/02

d'un modèle efficace pour sauvegarder les droits des couples homosexuels vivant ensemble ; cette pratique est connue depuis plusieurs années dans des pays, comme une forme de protéger l'un des membres du couple. En Chine, où la politique étatale pour le planning familial est strict et le nombre d'enfants par foyer est limité, les adoptions nationales sont rares. En effet, le pays est connu par la disponibilité d'enfants pour l'adoption internationale. Il est certainement bizarre un taux considérable d'adoption de majeurs par de personnes célibataires, dans un pays qui n'a pas une culture de l'adoption interne. Au Japon, pendant longtemps l'adoption du compagnon se faisait comme une forme de l'intégrer au Koseki – équivalent au livret de famille français – et ainsi pouvoir lui transmettre le nom de famille et l'octroyer des droits héréditaires. Sous réserve de comprendre le besoin de ces couples, censés chercher un moyen alternatif de leur sauvegarder des droits, cette pratique pose beaucoup d'inconvénients. D'une part, il y a une difficulté technique, parce qu'elle ne serait possible pour le cas où il existe un écart d'âge considérable de façon à reproduire un modèle de rapport de filiation. D'autre part, cette pratique mensongère contraindrait le couple à ne pas vivre ouvertement, en légitimant son existence en tant que couple, mais condamné à vivre leur rapport conjugal dans une certaine ombre, par peur d'exposer l'adoption à perdre ses effets.

**a) *L'adoption de l'enfant du conjoint ou partenaire par l'autre conjoint ou partenaire***

**665.** Sous un filtre juridique, l'adoption unilatérale sert à éteindre le lien de filiation à l'autre conjoint ou partenaire qui n'avait pas de lien légal de parenté à l'égard de l'enfant adopté. Cet acte juridique sert, soit à égaliser le statut des deux conjoints ou partenaires à l'égard de l'enfant, en les attribuant les mêmes droits et obligations, en tant que parents, dans le cas d'une adoption plénière ; soit à octroyer certaines prérogatives et des devoirs qui découlent de la parentalité au conjoint ou partenaire adoptant, dans l'hypothèse d'une adoption simple. En tout cas, l'adoption unilatérale sert à la légitimation d'une situation de fait, puisque ce genre d'adoption s'opère dans un contexte où le conjoint ou partenaire adoptant participe déjà activement de la vie familiale de l'enfant adopté. Raison pour laquelle Monsieur le Professeur Kessler considère l'adoption unilatérale comme endofamiliale<sup>421</sup>. Historiquement, l'adoption unilatérale, comme le partenariat enregistré, s'est ouvert aux couples de personnes du même sexe, pour la première fois, au Danemark, sous le fondement de garantir des droits successoraux et alimentaires à l'enfant adopté<sup>422</sup>. Pas une coïncidence, le mouvement d'ouverture de l'adoption unilatérale a débuté aux pays scandinaves,

---

421 KESSLER

422 Loi danoise

comme le mouvement de reconnaissance de couples de personnes du même sexe à travers le partenariat enregistré<sup>423</sup>. L'ouverture de l'adoption unilatérale sous l'égide du partenariat enregistré fut un premier pas pour franchir la barrière de la verticalité des droits pour les couples de personnes du même sexe. Les premières mouvements législatives dans ce sens furent prudents, en s'appuyant sur une situation de fait et en restreignant parfois les effets de l'adoption. Dans plusieurs systèmes légaux, l'adoption unilatérale a précédé – souvent pendant une période où le partenariat était la seule alternative disponible aux couples de personnes du même sexe - l'ouverture de l'adoption plénière, souvent faite avec l'ouverture du mariage.

**666.** En France, la résistance à l'ouverture à la filiation pour les couples de personnes du même sexe a été très forte et ne fut surmontée qu'avec le mariage. En 2007, la Cour de Cassation<sup>424</sup> refusait le droit d'adoption unilatérale par la partenaire de la mère biologique, en estimant que cette adoption priverait la mère biologique des ses droits à l'exercice de l'autorité parentale, en respect à l'article 365 du Code civil. En 2011 la Cour de Cassation<sup>425</sup> a ratifiée la même position. Dans le même sens, le Conseil Constitutionnel<sup>426</sup> affirmait le droit des couples de personnes du même sexe de vivre en couple sous un pacs ou un concubinage, mais sans conséquences sur la filiation de l'enfant de l'un des partenaires ou concubins, qui partageait le foyer familial.

## **b) *La seconde adoption***

**667.** Pour éviter des adoptions successives, certaines lois, comme la loi française, interdisent une nouvelle adoption de l'enfant déjà adopté en adoption par le conjoint ou partenaire du parent de l'enfant..

## **B. L'adoption conjointe**

**668.** La marque de l'adoption conjointe est son établissement simultané aux deux conjoints ou partenaires, sans distinctions de droits ou obligations entre eux. Curieusement, elle reprend un aspect de l'adoption à ses origines : son objet comme une institution qui sert à donner des enfants à

---

423 Lois scandinaves

424 Civ. 1<sup>er</sup>, 20 février 2007, pourvoi n.° 04-15.676, Mme. X et Y, cassation Paris, 6 mai 2004.

425 Civ. 1<sup>er</sup>, 9 mars 2011, pourvoi n.° 10-10.385, confirmation arrêt de la cour d'appel de Paris du 1<sup>er</sup> octobre 2009.

426 Cons. Const. Décis. n.° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 ? Mmes Isabelle D et Isabelle B, saisie par arrêt n. 12143 du 8 juillet 2010 de la cour de cassation.

un couple qui ne peut pas avoir d'enfant. Ce qui renforce l'approximation des couples de personnes du même sexe avec le modèle de la famille traditionnelle, si que l'utilisation de ce même modèle – biparental – de la famille traditionnelle pour l'extension de la structure de la famille basée sur un couple homosexuel au niveau vertical. Parallèlement à l'association de l'adoption unilatérale avec le partenariat enregistré, l'ouverture de l'adoption conjointe s'est marquée d'abord comme associée à l'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe. Cette simultanéité avec l'ouverture du mariage est visible lors de l'historique ouverture du mariage pour tous aux Pays-Bas en 2001, à travers une même loi qui ouvrirait le mariage et l'adoption conjointe – sous conditions très restrictives<sup>427</sup> – aux conjoints du même sexe.

**669.** Du côté juridique, l'adoption conjointe confirme l'isonomie entre les conjoints/partenaires, en leur attribuant un statut égalitaire en tant que parents à l'égard de l'enfant ; et affirme le traitement égalitaire entre couples homosexuels et hétérosexuels, quand l'accès à l'adoption est ouvert indistinctement à tous couples, comme une prérogative du lien légal du couple. Possiblement en raison de cette approximation, certains droits domestiques restreignent encore l'adoption conjointe aux conjoints, en excluant les partenaires ou les partenaires de même sexe, selon le régime légal qui leur soit applicable. Contrairement à l'adoption unilatérale, qui départ d'un rapport de fait avec l'enfant pour sa légitimation ; l'adoption conjointe crée un rapport auparavant inexistant avec l'enfant. Ce qui symbolise une vraie rupture pour l'expansion des droits de conjoints ou partenaires du même sexe au niveau vertical et qui explique en certaine mesure la résistance de certains systèmes légaux à la restreindre aux couples hétérosexuels ou aux couples mariés.

**670.** En France l'adoption conjointe pour les couples de personnes du même sexe n'a été ouverte qu'avec l'adoption du mariage pour tous. Différemment de ce qu'a été fait dans d'autres États à travers l'ouverture de l'adoption unilatérale au niveau du partenariat, souvent suivie de l'extension à l'adoption conjointe, même avant l'ouverture du mariage pour les couples homosexuels, la France a exclu toute forme d'adoption au PACS. Possiblement en raison de l'aspect fortement contractuel de ce forme sui generis d'union, les droits découlant du PACS au niveau vertical sont exclus.

---

<sup>427</sup> Dans un premier moment, seulement des enfants néerlandais seraient adoptables par les couples de personnes du même sexe. ??????????????????



## §2. L'adoption selon ses effets

**671.** La classification de l'adoption selon ses effets prend en compte l'approximation ou l'écart du modèle d'adoption choisi du modèle de filiation traditionnelle des enfants biologiques et « légitimes », auquel sont attribués tous les droits et obligations que l'on estime pertinents pour un rapport entre enfant(s) et parent(s). L'examen de l'adoption, selon ses effets légaux plus étendus ou plus réduits, met en cause non seulement l'étude du régime légal imposé par la modalité de l'adoption, mais aussi ce que l'on comprend comme adoption d'un système légal à l'autre. Ce qui nous conduit à réfléchir sur la qualification en DIP, en raison de la perméabilité de l'adoption à l'internationale, surtout s'il s'agit de l'adoption chez les couples de personnes du même sexe.

### A. L'adoption plénière

**672.** L'adoption plénière se caractérise par l'attribution d'effets pleins de filiation à l'égard de l'enfant adopté. L'adoption plénière vise la reproduction du rapport de filiation à l'intégrale, à l'image d'un rapport de filiation biologique, en bénéfice de l'enfant adopté. Ce modèle se rapproche des aspects originaux de l'adoption en tant qu'institution juridique millénaire, une fois qu'elle servait à reconnaître des enfants à ceux qui ne l'avaient pas, dans la même base que les enfants dits « légitimes ». La marque de l'adoption plénière est l'établissement d'un rapport de filiation sur une base isonomique à l'égard du traitement juridique usuellement attribué aux enfants biologiques dans le même système légal.

**673.** Cette catégorie d'adoption est souvent le seul modèle d'adoption consacré dans certains systèmes légaux, puisqu'elle est considérée comme supérieure par rapport à l'adoption simple. Comme la base de l'adoption plénière est l'offre de mêmes droits et obligations établis dans un rapport de filiation traditionnel, elle est perçue comme non discriminatoire à l'égard des enfants adoptés, sous une approche des droits de l'Homme. Sous une approche comparativiste en droit de la famille, de la même manière comme le mariage est considéré un modèle supérieur par rapport au partenariat, l'adoption plénière est comprise comme une forme supérieure par rapport à l'adoption simple. Cette supériorité se justifie, non seulement par le régime légal aux droits plus étendus offerts à l'enfant adopté, par l'adoption plénière ; mais aussi par la possibilité de conversion de l'adoption simple en adoption plénière dans plusieurs systèmes légaux et même à l'internationale,

en droit conventionnel, comme l'on démontrera ci-dessous. Cela se vérifie au niveau du droit conventionnel par la **restriction** d'application de la Convention de La Haye du 1993 à l'adoption plénière et le choix d'application de la Convention interaméricaine du 1984 à l'adoption plénière comme régime de base<sup>428</sup>.

## B. L'adoption simple

**674.** La marque de l'adoption simple est la concession de certains droits de filiation à l'enfant adopté, mais pas forcément une équiparation avec des enfants biologiques, « légitimes » ou d'autres enfants du couple ou de l'un des conjoints ou partenaires. L'adoption simple se fait d'habitude par l'établissement d'un lien de parentalité entre l'enfant adopté et le(s) adoptant(s) sans la rupture totale des liens avec les parents et/ou la famille d'origine. En France, par exemple, l'enfant adopté conserve ses droits héréditaires à l'égard de la famille d'origine, selon l'article 364 ; mais reçoit l'attribution du nom de famille de(s) l'adoptant(s), d'après l'article 363. Compte tenu cette limitation, avec des droits et obligations plus limités pour le lien établi, l'adoption simple est considéré une forme d'adoption plus limité que l'adoption plénière. Par conséquent, l'adoption simple peut souvent être convertie en adoption plénière, puisqu'elle est une forme supérieure. En raison de ce profil plus désavantageux pour l'enfant adopté, certains systèmes légaux interdisent l'adoption plénière, qui est aussi considérée avec restrictions au niveau du droit conventionnel. Dans ce sens, la Convention interaméricaine du 1984 prévoit son application à d'autres formes d'adoption que l'adoption plénière, seulement à travers la déclaration supplémentaire des Etats-contractants dans ce sens<sup>429</sup>.

**675.** Le profil aux droits plus limités met en échec la qualification de l'adoption simple en tant qu'adoption et la circulation du statut découlant du rapport d'adoption. D'une part, certains systèmes légaux poursuivent encore une approche conservatrice en maintenant de l'écart entre enfants adoptés et enfants biologiques. Cette distinction se fait à travers l'adoption simple, comme la seule forme d'adoption permise dans certaines juridictions. Des rapports d'adoption qui dépassent les effets attribués par l'adoption simple seraient freinés par le toit des effets légaux de la catégorie d'adoption simple. Les effets seraient ainsi refusés ou limités par la reconnaissance à travers l'adaptation. D'autre part, certains systèmes légaux n'admettent que l'adoption avec

---

428 Voir l'article 1 de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

429 Voir l'article 2 de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

l'établissement d'un statut plein comme enfant en bénéfice de l'enfant adopté. Comme l'adoption simple n'attendrait pas le niveau minimum de protection exigé dans certaines juridictions, elle y trouverait ainsi une barrière à sa circulation à l'internationale. En outre, la tolérance pratiquée en DIP chez certains systèmes légaux permettent de réceptionner le lien établi par l'adoption simple comme une institution pareille, à travers l'adaptation, comme la garde ou la « custody » du common law.

## **Conclusion de la Section 1**

676. L'adoption est la modalité de filiation alternative la plus ancienne, qui sert à lier un enfant aux parents qui ne peuvent pas avoir d'enfants. Adaptable sur mesure aux besoins de couples de personnes du même sexe, elle est limitée par l'impossibilité du rêve de conception d'un enfant biologique avec les gamètes d'au moins l'un des conjoints ou partenaires.

677. Très répandue à l'internationale à partir de la II Guerre Mondiale, l'adoption compte avec solutions complexes en DIP, à travers les questions de for et de loi applicable aux personnages touchés par l'adoption : l'adopté et les adoptants.

## **Section 2. Le régime légal de la filiation adoptive pour les couples de personnes du même sexe en Droit International privé et sa reconnaissance à l'étranger**

678. Comme pour d'autres questions de la vie juridique, l'adoption est un acte juridique complexe et formel, qui doit se conformer aux exigences de caractère de forme et de fond, pour sa validité. Ces conditions, si que le profil du rapport établie, sont à la base de la reconnaissance de l'adoption à l'internationale.

679. Pour analyser l'adoption internationale, il est indispensable de reconnaître que, malgré la longévité de l'institution de l'adoption, elle n'avait pas un profil international. Au contraire, la

plupart des États interdisaient l'adoption aux étrangers e/ou aux résidents à l'étranger. Le bilan des orphelins des conflits à partir de la II Guerre Mondiale impulsionna les États à flexibiliser leurs lois nationales en matière d'adoption, non seulement pour la faciliter aux étrangers, mais aussi pour réduire des restrictions internes, telles que les restrictions d'âge, d'état civil, de condition physique, d'infertilité et de chiffre d'enfants vivants. Comme les résultats s'annonçaient limités, l'on s'est lancé dans un projet de discipliner la pratique de l'adoption à l'internationale à travers une convention internationale sur le thème. Une preuve de l'importance et de la permanence de l'adoption à l'internationale est que l'institution s'est constamment renouvelée, à travers les réformes des droits nationaux, l'élaboration des conventions régionales et, en raison du travail de la CHDIP, le remplacement de la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption du 1965 par la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

## §1. Le régime légal de l'adoption

**680.** Comme pour d'autres thèmes en DIP, le régime légal de l'adoption internationale tourne autour de la juridiction et de la loi applicable en matière d'adoption internationale.

### A. Le for en matière d'adoption

**681.** L'établissement de l'adoption se fait par un acte solennel, soit devant un notaire ou une autorité semblable, soit devant le juge, selon le niveau de complexité du rapport établi et le statut de l'enfant adoptable, par exemple, selon son âge, s'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur. D'habitude, l'adoption de mineurs et d'incapables se fait avec plus de rigidité, en raison de la présomption de vulnérabilité de ceux-ci. Au contraire, l'adoption de majeurs capables se fait avec plus de libéralité et à travers de procédures moins complexes, puisqu'il s'agit de personnes ayant la possibilité de surveiller ses intérêts et la garantie de manifester son accord avec l'acte. Pourtant, il est important de délimiter l'objet d'une adoption internationale, en précisant ce qui la distingue d'une adoption ordinaire. Dans le cas de l'adoption, l'élément d'extranéité est souvent fixé sur la personne des

involvés par le rapport : l'adoptant(s) et l'adopté(s). La plupart des droits nationaux classifie une adoption comme internationale quand adoptant(s) et adopté(s) ont de des nationalités différentes, ou domiciles ou résidences habituelles dans des États différents. Comme plusieurs États légifère pour les adoptions d'enfants, faites sur sa juridiction, ils définent l'adoption internationale comme celle où l'(es)adoptant(s) a(ont) le domicile ou la résidence habituelle à l'étranger. Dans ce sens, la Convention de La Haye du 1965 précise l'adoption internationale à travers un critère cumulatif : l'adoptant ou les adoptants doivent posséder la nationalité d'un État-contractant si que la résidence dans un État-contractant. L'enfant adopté, à son tour, doit aussi posséder la nationalité d'un État-contractant et sa résidence dans un État-contractant<sup>430</sup>. La Convention de La Haye du 1993 simplifie l'exigence, en mettant l'accent sur l'alterité de résidences habituelles d'adoptant(s) et d'adopté(s). L'adoption sous la Convention se caractérise par le déplacement de l'enfant objet de l'adoption, qui a sa résidence habituelle dans un État-contractant, vers un autre État-contractant, qui est l'État d'accueil, comme État de résidence de l'adoptant ou adoptants<sup>431</sup>.

## 1. Le for pour l'établissement de l'adoption

**682.** Comme l'adoption s'insère dans le domaine du statut personnel, comme un thème de droit de la famille ; les critères qu'y sont applicables en matière de juridiction accompagnent souvent ceux usuellement utilisés pour la détermination de la loi applicable au statut personnel : la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle. Il est important d'analyser comment ces critères orbitent autour du for rattaché à l'adopté ou à l'adoptant, en comparant les avantages d'un et d'autre.

### *a) Le for de l'adoptant*

**683.** L'option pour le for de l'adoptant va avec le principe de l'efficacite et répond au besoin de surveiller la production d'effets de l'adoption, une fois que le for de l'adoptant est probablement le lieu où la plupart des effets de l'adoption se produira, comme probable nouveau habitat de l'enfant adopté. Dans ce sens, la Convention de La Haye du 1965 priorisait le for de l'adoptant : soit le for

---

430 Voir l'article 1 de la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption du 1965.

431 Voir l'article 2 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

de la résidence habituelle de l'adoptant ou de la résidence habituelle conjugale, au cas d'adoption par des époux ; soit le for de l'État de nationalité de l'adoptant ou de nationalité commune des époux, au cas d'adoption conjointe<sup>432</sup>. A son tour, la Convention de La Haye du 1993 est plus harmonieuse, à travers la coordination entre le for de l'adoptant et le for de l'adopté. Possiblement en raison du profil de la Convention, éloigné du profil classique d'une convention qui amalgame des normes de conflits de lois et de juridictions. Soucieuse de promouvoir la coopération internationale et la protection des enfants adoptables, la Convention contient un système mixte. Les démarches pour l'adoption se partagent entre les autorités du for de l'adopté et du for de l'adoptant, à travers l'intervention de l'autorité centrale de chaque État-contractant. En effet, le for de la résidence habituelle de l'adoptant est compétent pour l'analyse de la capacité de(s) l'adoptant(s) pour l'adoption, en produisant un rapport à ce propos, qui sera transmis à l'autorité centrale de l'État de résidence habituelle de l'enfant, de façon à faire bouger la procédure dans cet État-ci<sup>433</sup>. En outre, la Convention ouvre la possibilité que l'adoption soit statuée par le for de la résidence habituelle de l'(es) adoptant(s)<sup>434</sup>. Il est important d'observer que la rédaction de la Convention ne se fait pas d'une manière classique. Elle affirme de manière indirecte la compétence des cours de l'État-contractant, en indiquant les conditions dans lesquelles ces cours peuvent y statuer.

#### b) *Le for de l'adopté*

**684.** Très souvent, l'adoption se fait au for où se trouve la personne qui sera adoptée. Dans le cas d'adoption de mineurs, l'adoption au for de domicile ou résidence habituelle de l'enfant applique le principe de la protection et permet à l'État de surveiller le respect pour les intérêts du mineur, que l'on présume vulnérable. Comme d'habitude l(es) adoptant(s) proposent la procédure d'adoption, ce choix correspond aussi à une interprétation de la règle *actor sequitur forum rei*, qui priorise le for du défendeur, présumé en situation plus désavantageuse que le demandeur. Compte tenu des principes de l'unilatéralité et de l'exclusivité, les États essaient de légiférer sur les adoptions faites dans leurs juridictions. Cela correspond aux enfants soumis à leur juridictions, qui se trouvent dans leurs territoires. Exceptionnellement, les États statuent sur l'adoption des enfants qui se trouvent dans une autre juridiction. La préférence pour le for de l'adopté dans la plupart des lois domestiques de nos jours va avec la prémisse de protection des enfants, préconisée par les droits de l'Homme les

---

432 Voir l'article 3 de la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption du 1965.

433 Voir l'article 15 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

434 Voir l'article 21 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

dernières décennies. Le for de l'adopté est présumé légitimé à surveiller les intérêts des enfants sis dans sa juridiction, puisque ses autorités auraient la prérogative d'éviter que l'enfant quitte son territoire, au cas d'une adoption désavantageuse ou périlleuse pour l'enfant.

**685.** Si la Convention de La Haye du 1965 priorisait entièrement le for de l'adoptant, la Convention de La Haye du 1993 reconnaît la place du for de l'adopté pour la procédure, mais essaie de coordonner la participation de chaque for pour la procédure. D'une part, le for de l'État-contractant de résidence habituelle de l'adoptant(s) répond pour la procédure de vérification de sa/leur capacité pour adopter ; d'autre part, le for de l'État-contractant de résidence habituelle de l'adopté fait l'équivalente analyse de l'adoptabilité de l'enfant, et souvent des conditions nécessaires pour l'adoption, telles que les avantages de l'adoption pour l'enfant<sup>435</sup>. Pareillement à ce que l'on fait pour la compétence du for de l'adoptant, la compétence des cours de l'État-contractant de la résidence habituelle de(s) l'adopté(s) se fait de forme indirecte. Pourtant, l'on peut dépendre une préférence pour le for de l'adopté, en raison des conditions qui y sont analysé pour confirmer cette juridiction<sup>436</sup>. La Convention interaméricaine, à son tour, priorise le for de la résidence habituelle de l'adopté pour la concession de l'adoption<sup>437</sup>.

## 2. Les fors pour l'altération de l'adoption

**686.** Malgré sa vocation à l'immutabilité, en raison de son objet comme un rapport de filiation, le rapport établi par l'adoption peut subir des changements, soient positifs, pour son perfectionnement, à travers la conversion d'une forme d'adoption plus simple en adoption pleine ; soient négatifs, pour son anéantissement, à travers la révocation de l'adoption ou son annulation.

### a) *Le for pour la conversion de l'adoption*

**687.** Certains systèmes légaux prévoient la possibilité de conversion d'une forme d'adoption plus simple en adoption pleine. Il est important de déterminer si la conversion de l'adoption devrait se faire au même for de l'établissement du lien original d'adoption ou dans un nouveau for, qui

---

435 Voir l'article 16 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

436 Voir l'article 17 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

437 Voir l'article 15 de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

corresponde au for du lieu de production des effets de l'adoption. Au cas de conversion dans un for différent de celui où le lien ait été préalablement établi, il est essentiel de comprendre que ce même for reconnaît le lien adoptif préalablement établi, comme tel, avant de se pencher sur sa conversion. Une hypothèse différente de l'éventuelle adaptation d'une forme d'adoption à l'autre, lors de la reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger, en raison des restrictions du système légal du for, nuancées par le filtre de l'ordre public. Sur le for approprié pour la conversion, il est nécessaire de dire que la compétence du for où le lien ait été originalement prononcée aurait une vocation naturelle à examiner la conversion de l'acte qu'il même aurait prononcé. Pourtant, un autre for différent de celui où le lien originel ait été prononcé, aurait de la légitimité pour évaluer la conversion de l'adoption, s'il s'agit du for où l'adoptant ou l'adopté aurait son domicile ou sa résidence habituelle, par exemple. En outre, il convient de dire que, surtout pour l'adoption de mineurs, il y a une tendance au domicile ou résidence habituelle commune de l'adoptant et l'adopté, en raison des sois familiaux présomés en raison de l'adoption. Cette compétence se baserait sur le principe de la protection, en bénéfice de l'enfant, et, le principe de la proximité, à cause de la compréhension de la conversion comme un « effet » de l'adoption.

**688.** En droit conventionnel, comme cette conversion se fait au profit de l'enfant, la Convention interaméricaine consacre alternativement, au choix du demandeur, le for du domicile de l'adoptant, le for de la résidence habituelle de l'adopté lors de l'adoption ou le for du domicile de l'adopté, contemporain à la requête, s'il a un domicile propre à l'époque de la demande, pour la conversion de l'adoption<sup>438</sup>.

**689.** Dans le cas de couples de personnes du même sexe, cette opération de conversion d'adoption simple en plénière peut se faire en raison des différences des régimes d'adoption disponibles à ces couples et pourrait en profiter de changements de domicile ou de résidence habituelle de la famille. La conversion pourrait se justifier parce que le for où la conversion est demandée offre cette option, contrairement du for où le lien original a été établi, qui n'offre que l'adoption simple et unilatéral de l'enfant d'un partenaire du même sexe par l'autre partenaire, par exemple.

---

438 Voir l'article 16, 2ème partie de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.



*b) Le for pour la révocation et l'annulation de l'adoption*

**690.** La révocation de l'adoption marque la cessation des effets de l'adoption par demande de l'(des) adoptant(s). Si la possibilité de révocation de l'adoption soit concevable en tant qu'acte juridique, il faut analyser cette possibilité, selon l'objet de l'acte. Différemment d'un testament ou d'une donation où l'aspect patrimonial et l'intérêt du testateur et du donateur sont prépondérants ; dans l'adoption, le caractère personnel du rapport familial prévalait sur tout aspect patrimonial et l'on vérifie l'intérêt de l'enfant, qui doit être primordial. Même avec ce profil, certains systèmes permettent la révocation de l'adoption, d'où l'importance d'analyser le for pour la révocation de l'adoption. L'annulation de l'adoption, à son tour, se base sur l'invalidité de l'acte, par le manque des conditions essentielles pour la validité de l'acte juridique, pour une raison légale, pas fondé sur la volonté de l'(des) adoptant(s). Certainement, le for où le lien ait été originalement prononcé aurait une vocation naturelle à examiner la révocation et l'annulation de l'acte qu'il même aurait prononcé. Pourtant, un autre for différent de celui où le lien originel aurait été prononcé, aurait de la légitimité pour évaluer la révocation et l'annulation de l'adoption, s'il s'agit du for où l'adoptant ou l'adopté (ou les deux) aurait son domicile ou sa résidence habituelle lors de la demande de révocation ou d'annulation, par exemple. Dans ce sens, la Convention interaméricaine consacre le for de la résidence habituelle de l'adopté à l'époque de l'adoption pour l'annulation et la révocation de l'adoption<sup>439</sup>.

## B. La loi applicable en matière d'adoption

**691.** Comme pour d'autres questions de la vie juridique, l'acte juridique complexe et formel, qui sert à créer un rapport de filiation par fiction juridique, obéit à des questions de forme et de fond pour sa validité. En suivant des aspects classiques de DIP, il faut étudier la loi applicable au fond et à la forme de l'adoption internationale.

---

439 Voir l'article 16, 1ère partie de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

## 1. La loi applicable à l'établissement de l'adoption

**692.** Comme pour d'autres questions de la vie juridique, l'acte juridique complexe et formel, qui sert à créer un rapport de filiation par fiction juridique, obéit à des questions de forme et de fond pour sa validité. En suivant des aspects classiques de DIP, il faut étudier la loi applicable au fond et à la forme de l'adoption internationale.

### *a) Le dépeçage pour le fond de l'adoption*

**693.** Compte tenu la complexité d'une adoption internationale en matière de contenu, il est possible d'identifier des spécificités sur la loi applicable au fond de l'adoption, à travers le recours au dépeçage. Ainsi, il est convenable de distinguer des éléments essentiels pour l'adoption des éléments conditionnels de l'adoption, et d'examiner ceux-là. En tant qu'acte juridique, l'adoption exige le respect à certaines conditions pour la validité de l'acte. Les éléments essentiels de l'adoption, ici considérés comme des éléments indispensables à la validité de tout acte d'adoption, se traduisent comme la capacité des parties prenantes pour l'acte juridique et l'objet de l'acte qui doit être licite et possible. En matière d'adoption, la capacité des parties prenantes de l'acte comprend à la fois la capacité pour adopter et la capacité pour être adopté(e-s), et l'objet licite et possible gravite autour des conditions substantielles pour l'adoption. En DIP, chacun de ses éléments garde son autonomie en matière de loi applicable.

#### *α) La capacité en matière d'adoption*

**694.** Tout acte juridique exige que les parties prenantes de l'acte soient investis de la capacité juridique pour l'accomplir, en toute validité. Dans le cas de l'adoption, il faut examiner séparément la capacité pour adopter et la capacité pour être adopté. Cela correspond à une vérification des conditions matérielles et psychologiques pour adopter et pour être adopté, respectivement, par rapport à l'adoptant et l'adopté. Comme capacité pour adopter, l'on vérifie les conditions matérielles, comme les conditions financières – sans luxe – pour pouvoir parvenir à la subsistance de l'enfant ; mais aussi des conditions psychologiques, comme l'équilibre mentale – sans aucun trace de trouble mentale (pédophilie, sociopathie grave) qui puisse endangered l'intégrité de l'enfant – et la maturité pour élever un enfant. Si autrefois l'on ne permettait l'adoption que pour les couples mariés, souvent nationaux, à partir d'une certaine âge, et qui ne possédait pas d'enfants vivants ou

pas de tout d'enfants en raison de problèmes de stérilité, ces restrictions se sont assouplies les dernières décennies, non seulement pour diminuer la discrimination à l'égard de l'(des) adoptant(s), mais aussi pour offrir aux enfants adoptables un éventail plus vaste de possibles adoptants. Malgré l'ouverture du profil des adoptants dans plusieurs systèmes légaux, la Convention de La Haye du 1993 restreint l'adoption conjointe aux couples mariés.

**695.** Une question importante en matière de capacité pour adopter est le recours à l'adoption posthume. Dans ce cas, l'on examine si le lien légal peut être établi à l'égard d'un adoptant déjà mort. Plus qu'une question de la manifestation du consentement de l'adoptant pour accomplir l'acte d'adoption, il faut retenir que la capacité juridique se rattache à la vie. Dans la quasi totalité des systèmes légaux, la capacité juridique des personnes naturelles commencent avec la naissance (mais en sauvegardant des effets pour le nasciture, dans certains systèmes légaux) ou la conception et s'achève avec la mort réel ou présumée. En principe, comme pour le mariage posthume, l'adoption posthume traduirait l'absence de capacité juridique de la partie à l'origine en raison de l'extinction de la capacité juridique de l'individu avec la mort. Comme l'adoption posthume relève un équilibre entre la reconnaissance des droits successoraux entre l'enfant adopté et un adoptant décédé et le besoin d'un adoptant vivant de forme à garantir une personne qui pourra parvenir à l'éducation et l'amour à l'enfant ; elle n'est rarement autorisée que dans l'hypothèse d'adoption conjointe. Ce genre d'adoption se fait à condition que la procédure ait été commencée du vivant du conjoint ou partenaire décédé, qu'il ou qu'elle avait manifesté clairement son intention d'adopter l'enfant et que l'adoption soit bénéfique pour l'enfant.

**696.** Compte tenu l'objet de cette thèse, il est important d'observer que l'accès à l'adoption pour les couples de personnes du même sexe, soit à travers l'adoption unilatérale, soit à travers l'adoption conjointe, est directement rattachée à la capacité pour adopter. Auparavant, l'on interdisait presque partout l'adoption individuel par les célibataires homosexuels. Quand l'interdiction n'était directement fondée sur l'orientation sexuelle, elle se vérifiait officieusement ou ouvertement en raison de la présomption de promiscuité, trouble mentale ou d'immoralité, qui désconseillait le soin d'un enfant. Il n'était pas rare que des rapports sur la demande d'adoption par des adoptants homosexuels déconseillait l'adoption comme une pratique ouvert dans la pratique administrative de plusieurs États. Malgré la levée de cette interdiction dans plusieurs États, au nom de la non-discrimination, l'adoption reste tabou pour les couples de personnes du même sexe dans plusieurs États, non seulement par le manque de reconnaissance à l'égard de ces couples, mais aussi en raison de la restriction d'accès à la filiation à l'égard de ces couples, même quand ils sont reconnus. Il est important de dire que, dans ce sens, malgré la neutralité de la Convention de La

Haye du 1993 sur le thème, plusieurs adoptions conjointes par des couples de personnes du même sexe sont faites sous l'égide de la Convention. Comme la Convention établit le paramètre entre l'ordre public de l'État d'origine et l'État d'accueil, l'interprétation de la clause échappatoire de l'ordre public est mise à jour pour autoriser ces adoptions, quand les droits domestiques de ces deux États autorisent l'adoption conjointe aux couples homosexuels<sup>440</sup>.

**697.** Comme capacité pour être adopté, l'on vérifie les conditions qui autorisent que l'enfant soit adopté. En effet l'on vérifie si l'enfant est adoptable. L'on examine le statut familial de l'enfant, de façon à déterminer s'il est en situation d'abandon ou orphelinat. L'on démontre que l'enfant n'a pas de parents vivants ou qui puissent exercer l'autorité parentale et qu'il n'existe pas de membre adulte de la famille qui puisse exercer cette autorité à l'égard de l'enfant. En résumé, l'on vérifie si l'enfant est orphelin ou pupille de l'État. L'âge de l'enfant est un élément important pour déterminer si l'enfant est adoptable, mais surtout pour indiquer quel régime légal d'adoption lui est applicable, une fois que l'on distingue souvent le régime d'adoption pour les majeurs du régime d'adoption pour les mineurs. En droit conventionnel, La Convention de La Haye est applicable aux adoptions d'enfants de 18 ans et la Convention interaméricaine aux mineurs de 16 ans<sup>441</sup>. Une question importante est l'exigence du consentement de l'enfant pour l'adoption, à partir d'une certaine âge. Dans les systèmes que le prévoient, il faut analyser la question de la qualification du consentement de l'enfant pour l'adoption pour déterminer la loi qui lui est applicable : s'il s'insère dans la capacité pour être adopté ou si cela constitue un élément autonome, possiblement considéré comme une condition pour l'adoption. Dans le premier cas, l'on applique au consentement de l'enfant adoptable pour l'adoption la loi qui régit la capacité pour être adopté. Dans le deuxième cas, l'on appliquerait un critère autonome pour déterminer la loi qui lui soit applicable, mais certainement rattaché au statut personnel. Les restrictions qui limitent l'adoption internationale à certaines hypothèses sont souvent établies en raison de certaines conditions matérielles pour l'adoption, pas sur des éléments de la condition individuelle de l'enfant.

**698.** Comme la capacité suit d'habitude le critère de rattachement du statut personnel, l'on examine la capacité en matière d'adoption selon la loi personnelle des personnes concernées. Comme l'on vérifie à la fois la capacité pour adopter et pour être adopté, l'on utilise un critère distributif : l'on soumet à la fois la capacité pour adopter à la loi personnelle de l'adoptant et la capacité pour être adopté à la loi personnelle de l'enfant. Même si l'élément de connexion change d'un État à l'autre, selon la loi interne de DIP de chaque État, l'on observe un équilibre pour

---

440 Voir l'article 24.

441 Voir l'article 2 de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

l'application du même élément de connexion à la fois à l'adoptant et l'adopté, en l'appliquant selon les circonstances de chaque partie prenant de l'acte : par exemple, le domicile, la résidence habituelle ou la nationalité de l'adoptant pour la capacité pour adopter, et le domicile, la résidence habituelle ou la nationalité de l'adopté pour la capacité pour être adopté.

**699.** En droit conventionnel, au sein de la CHDIP, comme le thème de l'adoption internationale ne fut abordé que dans la phase des conventions de l'Après-Guerre, le critère consacré par la CHDIP fut la résidence habituelle. Ainsi, l'on reproduit le même critère distributif en matière de capacité, en priorisant la résidence habituelle de l'adoptant(s) pour la capacité pour adopter et la résidence habituelle de l'adopté pour la capacité pour être adopté. La Convention de La Haye du 1965 coordonnait le critère de la résidence habituelle avec celui de la nationalité. Même si la Convention de La Haye du 1993 ne contient pas de règles classiques de DIP sur la loi applicable, l'on peut dépeindre la reproduction du critère distributif pour l'analyse de la capacité pour adopter de l'adoptant et la capacité pour être adopté pour l'enfant adopté, à travers l'analyse et la production de rapports à ce propos, respectivement, par l'autorité centrale de l'État d'accueil<sup>442</sup> et celle de l'État d'origine<sup>443</sup>.

#### *β) Les conditions*

**700.** Sur les conditions pour l'adoption, chaque système légal essaie d'imposer certaines restrictions considérées nécessaires pour l'adoption, et surtout, jugées importantes pour sauvegarder les intérêts de l'enfant adopté, considéré comme une partie vulnérable. *A priori*, l'on exige une différence d'âge entre adopté et adoptant(s) de manière à reproduire un décalage générationnel psychologiquement recommandable pour un lien de filiation. Comme il n'y a pas d'unanimité d'un système légal à l'autre et certains systèmes sont plus rigoureux que d'autres, pour garantir la validité de l'adoption aux deux systèmes touchés par le cas - celui de l'adoptant et celui de l'adopté - l'on priorise la loi personnelle avec la différence d'âge la plus rigoureuse. En effet, l'on parle d'une application cumulative des lois personnelles de l'adoptant et de l'adopté en matière d'adoption, une fois que le respect aux exigences de la loi la plus souple serait facilement atteintes par l'application de la loi la plus rigoureuse. Par exemple, si d'une part la loi personnelle de l'adoptant exige 15 ans de différence d'âge entre adoptant et adopté et d'autre part la loi personnelle de l'adopté exige 10 ans d'écart ; l'on priorise celle-la, parce que l'on considère que les deux lois seraient ainsi contemplées. Cette stratégie garantit que l'adoption soit considérée valable dans les

---

442 Voir l'article 15 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

443 Voir l'article 16 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

fors de l'adoptant et de l'adopté. Comme dans une image géométrique, l'on considère comme si la loi la plus souple serait contenue par la loi la plus rigoureuse. Dans ce sens, la Convention interaméricaine du 1984 prévoit cette application cumulative seulement quand la loi personnelle de l'adopté est plus rigoureuse, d'où l'on déduit la consécration du principe de la protection : quand il y a des divergences en matière de conditions pour l'adoption entre la loi du domicile de l'adoptant et la loi de la résidence habituelle de l'adopté, celle-ci doit prévaloir<sup>444</sup>.

**701.** Autre thème important pour les conditions de l'adoption est l'examen des objectifs, des motifs pour l'adoption : ce qui constitue l'objet de l'adoption. Évidemment, l'objectif de toute adoption est de former ou élargir une famille, en établissant un rapport de filiation. Cet objectif se traduit par éviter la marchandisation des enfants, à travers les restrictions aux agences payées. En droit conventionnel, la Convention de La Haye du 1993 s'est concentré à établir un modèle de convention éloigné du modèle classique d'un menu de règles sur la loi applicable et les questions juridictionnelles (de juridiction directe ou indirecte), mais sur les mécanismes de coopération. Cela se justifie pour les bouts de la convention, qui s'est imposée comme une convention pour inciter l'adoption internationale, en combattant l'adoption illégale d'enfants, marquée par le trafic illégal d'enfants pour la pédophilie, l'esclavage et la vente des organes humains. Et cependant, la Convention établie, de façon indirecte certaines conditions pour l'adoption. Dans ce sens, la Convention prévoit l'utilisation de mécanismes de coopération internationale de la Convention, en espèce, le recours aux autorités de coopération de la propre Convention, pour restreindre l'accès aux renseignements sur les enfants et à l'adoption elle-même, aux acteurs autorisés, comme les autorités de coopération et les organismes crédentiés.

**702.** Au niveau régional, la Convention Américaine sur la loi applicable à l'adoption du 1984 ne distingue pas expressément la capacité des conditions en matière d'adoption, mais reproduit le même critère distributif entre la loi personnelle de l'adoptant et celle de l'adopté, en matière de fond pour l'adoption. La loi de l'État de résidence habituelle de l'adoptant régit sa capacité pour adopter, son âge et son état civil (qui comprennent indirectement l'écart d'âge nécessaire entre adoptant et adopté et une condition de statut personnel de l'adoptant), le consentement du conjoint de l'adoptant – qui serait implicite dans le cas d'adoption conjointe et nécessaire au cas d'adoption unilatérale -, et toute autre condition exigée pour l'adoption<sup>445</sup>. En revanche, la loi de l'État de

---

444 Voir l'article 4, *in fine* de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

445 Voir l'article 4 de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

résidence habituelle de l'adopté est appliquée pour la capacité pour être adopté, pour son consentement<sup>446</sup>.

**703.** Le consentement de l'enfant est une condition important dans plusieurs lois nationales. L'on presume que l'enfant doit manifester son agrément avec l'adoption, à partir d'une certaine âge de maturité. Dans ce sens, la Convention Interamericaine établit l'obligatorité du consentement de l'enfant à partir de 14 ans<sup>447</sup>.

### ***b) La loi applicable à la forme de l'adoption***

**704.** La loi du lieu où l'adoption est faite détermine la forme pour la procédure de l'adoption. C'est à cette loi d'établir la manière comme l'adoption se fait : selon une procédure judiciaire ou extrajudicielle, à travers la détermination de l'autorité locale devant laquelle l'adoption se fait. Comme l'on se trouve sur le terrain de la protection des mineurs, la plupart des États ne permettent des adoptions extrajudiciales que pour de majeurs. Ainsi, l'on applique la *locus regit actum* pour déterminer les formalités nécessaires pour l'adoption, comme le nombre de témoins, sa dispense, la forme de l'acte sous acte authentique ou sous acte sous sein-privé, ou même la possibilité de faire l'adoption par testament. Et cependant ces dernières possibilités sont moins usuelles actuellement, en raison du soucis d'éviter des fraudes, dans un terrain sensible comme les rapports familiaux, surtout s'il s'agit des mineurs, d'où le choix pour la voie judiciaire ou l'obligatorité du recours aux actes authentiques devant des autorités publiques pour l'adoption dans plusieurs États.

**705.** Certaines questions intéressantes surgissent à propos de l'adoption internationale. La Convention interaméricaine soumet la publication et l'enregistrement à la *lex diligentiae*, la loi de l'État où les effets doivent se produire<sup>448</sup>. Même si le droit à la vérité biologique soit rattaché à la famille d'origine, le secret à propos de cela est discipline par la forme de l'acte, à travers le régime de privacité de la procédure et l'absence ou les références restreintes de l'enregistrement civil. La Convention interaméricaine<sup>449</sup>.

**706.** Quand il s'agit d'adoption de mineurs, il est important de déterminer s'il y a une période de convivance obligatoire entre adoptant(s) et adopté(s), avant l'établissement de l'adoption, à titre

---

446 Voir l'article 3 de la Convention Inter-Americaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

447 Voir l'article 13, *in fine* de la Convention Inter-Americaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

448 Voir l'article 6 de la Convention Inter-Americaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

449 Voir l'article 7 de la Convention Inter-Americaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

préparatoire, comme une étape de la procédure. Il est important de déterminer si cette convivence se fait au for de l'adopté ou au for de l'adoptant, même si partiellement. Autre question directement rattachée est l'autorisation de sortie de l'enfant adopté de l'État d'origine, en compagnie de l'adoptant. Il est opportun d'observer si cela se fait seulement avec la conclusion de la procédure, par souci de la protection de l'enfant, ou si cela se fait avant, pendant la procédure, de manière à permettre la conclusion du stage de convivence dans l'État d'accueil. En tout cas, la loi qui régit la forme, la procédure, détermine ces conditions.

**707.** Une question délicate est la possibilité de célébration devant des autorités consulaires. Probablement non, par la complexité et l'intérêt de l'enfant, mais utilisation pour l'enregistrement de la filiation et conséquente émission des documents de voyage pour accompagner les parents en voyage et même l'obtention de la nationalité, au cas où elle soit garanti à travers l'adoption.

## 2. La loi applicable aux effets de l'adoption et à son altération

**708.** Une fois conclu l'acte juridique qui concrétise l'adoption, il est important d'examiner les effets suite à l'adoption, comme des conséquences de l'acte, si que les altérations de l'adoption, soit par sa conversion d'adoption simple en pleine, soit par sa révocation.

### *a) La loi applicable aux effets de l'adoption*

**709.** *A priori*, il est important de distinguer les effets généraux de l'adoption de certains effets que, en raison de leur importance, obéissent à un critère autonome de qualification et sont régis par une loi qui leur est applicable, conduisant ainsi au dépeçage. Pour une analyse plus précise des effets de l'adoption, il faut examiner les différents effets de l'adoption, à l'égard de la famille adoptive et à l'égard de la famille d'origine. Même si l'adoption impose – selon le profil de



l'institution de l'adoption depuis ses origines<sup>450</sup> – une rupture, avec le remplacement de la famille d'origine par la famille adoptive.

*α) Loi applicable aux effets rattachés à la famille adoptive de l'adopté*

**710.** Sauf qualification spécifique et soumission à une règle de conflit spéciale, les effets généraux de l'adoption comprennent les rapports familiaux entre l'enfant adopté et sa famille. Ces droits familiaux déterminent le statut de l'adopté au sein de la famille et les correspondents droits, y inclus son statut par rapport à d'autres enfants de l'(des) adoptant(s). Parmi certains effets, les empêchements matrimoniaux, les aliments et les droits successoraux assument une importance cruciale dans la vie intrafamiliale. Par leur importance, les aliments et les droits successoraux suivent le régime légal qui leur est applicable<sup>451</sup>. Les empêchements matrimoniaux, à leur tour, sauf un critère autonome, suivent la loi applicable aux effets de l'adoption, qui correspond à la loi applicable au statut personnel. Cette loi correspond à la loi personnelle de l'adopté, si l'on soumet les empêchements matrimoniaux autonomement à la loi personnelle de l'adopté/conjoint, lors du mariage ; ou à la loi des effets de l'adoption, qui correspond à la loi personnelle de l'adoptant ou l'adopté (ou des deux, en cas de coïncidence de domicile ou résidence habituelle, au nouveau foyer, ou de nationalité commune), comme applicable au statut personnel. Même si les rapports familiaux entre l'adopté et la famille adoptive ne soient pas biologiques, il y a un souci moral de combattre l'inceste. D'habitude, les empêchements à l'égard de la famille adoptive sont régis usuellement par la loi personnelle de l'adopté suite à l'adoption, qui est usuellement celle de l'adoptant. Dans ce sens, la Convention Interaméricaine distingue l'adoption plénière de l'adoption simple, en matière d'effets. La Convention essaie de prioriser l'isonomie entre l'enfant adopté et d'autres possibles enfants de l'adoptant, parce qu'elle soumet les empêchements à la même loi qui gouverne la famille adoptive<sup>452</sup>. Ce qui correspond d'habitude à la loi personnelle de l'adoptant. En revanche, au cas

---

450 « Nous avons vu, en effet, que d'après ces vieilles croyances le même homme ne pouvait pas sacrifier à deux foyers ni honorer deux séries d'ancêtres. Admis dans une nouvelle maison, la maison paternelle lui devenait étrangère. Il n'avait plus rien de commun avec le foyer qui l'avait vu naître et ne pouvait plus offrir le raps funèbre à ses propres ancêtres. Le lien de la naissance était brisé ; le lien nouveau du culte l'emportait. L'homme devenait si complètement étranger à son ancienne famille que, s'il venait à mourir, son père naturel n'avait pas le droit de se charger de ses funérailles et de conduire son convoi. Le fils adopté ne pouvait plus rentrer dans son ancienne famille ; tout au plus la loi le lui permettait-elle, si, ayant un fils, il le laissait à sa place dans la famille adoptante. On considérait que, la perpétuité de cette famille étant ainsi assurée, il pouvait en sortir. Mais en ce cas il rompait tout lien avec son propre fils.

A l'adoption correspondait comme corrélatif l'émancipation. Pour qu'un fils pût entrer dans une nouvelle famille, il fallait nécessairement qu'il eût pu sortir de l'ancienne, c'est-à-dire qu'il eût été affranchi de sa religion. ». COULANGES, Fustel de. *La cité antique : étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 12ed. Paris, Hachette, 1888. p. 57.

451 Voir les parties.

452 Voir l'article 9, a de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

d'adoption simple, les empêchements à l'égard de la famille adoptive sont régis par la loi de la résidence habituelle de l'enfant lors de l'adoption<sup>453</sup>.

**711.** Même si les effets de l'adoption sont une étape certainement postérieure à l'adoption elle-même, l'on ne peut pas ignorer l'influence des effets potentiels de l'adoption comme condition pour la concession de l'adoption dans cette phase. L'examen préalable des effets potentiels de l'adoption se fait à titre préventif lors de l'établissement de l'adoption. Dans plusieurs législations, il est prévu une projection hypothétique des probables effets de l'adoption<sup>454</sup>, souvent sous la loi personnelle de l'adoptant, parce que l'on considère que la plupart des effets de l'adoption dépendraient de cette loi, dans la mesure où l'adopté rejoindra le foyer familial de l'adoptant, comme conséquence de l'adoption (principe de l'efficacité). Parfois il est prévu la nécessité de conditionner l'adoption à la garantie des droits héréditaires de l'adopté<sup>455</sup> et sa condition comme enfant pleinement reconnue dans cette juridiction, pour le perfectionnement de l'adoption. Cette projection se fait à la lumière de la loi personnelle de l'adoptant. En outre, il faut considérer que la concession de l'adoption aux conséquences de soumettre l'enfant à une loi dont les effets lui seraient préjudiciables heurterait l'ordre public et résulterait dans le refus de l'adoption.

453 Voir l'article 10, 1ère partie de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

454 Dans ce sens, voir la loi brésilienne, l'article 51 qui détermine que le juge doit vérifier le bénéfice de l'adoption pour l'enfant à être adopté, selon la loi de l'adoptant. Exemples : 1) quando se tratar de pedido de adoção, que consista em adoção, na modalidade de adoção simples, para os países que adotam o sistema de adoção que distingue a adoção simples – mais próxima do nosso instituto da guarda – e a adoção plena – que corresponde efetivamente à nossa adoção; 2) quando cuidar pedido de adoção para país muçulmano, que corresponda ao instituto da kafalla, que seria uma adoção com direitos bem mais restritos, aproximando-se também do instituto da guarda do direito brasileiro; 3) ou ainda, quando for um pedido específico de adoção de adotanda(s) para adotante(s) domiciliado(s) em Estado que adote normas mais tradicionais de direito muçulmano, em que a filha mulher herda forçosamente a metade do que o filho varão herda. Em todas estas hipóteses, pensamos que o juiz brasileiro deve verificar, preventivamente, o direito estrangeiro aplicável, e, negar a adoção, para atender o melhor interesse do menor; em se buscar uma família brasileira, pela adoção interna, ou, outra família domiciliada no estrangeiro, mas que poderia lhe proporcionar plenos direitos como filho(a).

455 « Nous avons vu précédemment que l'émancipation et l'adoption produisaient pour l'homme un changement de culte. La première le détachait du culte paternel, la seconde l'initiait à la religion d'une autre famille. Ici encore le droit ancien se conformait aux règles religieuses. Le fils qui avait été exclu du culte paternel par l'émancipation était écarté aussi de l'héritage. Au contraire, l'étranger qui avait été associé au culte d'une famille par l'adoption y devenait un fils, y continuait le culte et héritait des biens. Dans l'un et l'autre cas, l'ancien droit tenait plus de compte du lien religieux que du lien de naissance.

Comme il était contraire à la religion qu'un même homme eût deux cultes domestiques, il ne pouvait pas non plus hériter de deux familles. Aussi le fil adoptif, qui héritait de la famille adoptante, n'héritait-il pas de sa famille naturelle. Le droit athénien était très explicite sur cet objet. Les plaidoyers des orateurs attiques nous montrent souvent des hommes qui ont été adoptés dans une famille et qui veulent hériter de celle où ils sont nés. Mais la loi s'y oppose. L'homme adopté ne peut hériter de sa propre famille qu'en y rentrant ; il n'y peut rentrer qu'en renonçant à la famille d'adoption ; et il ne peut sortir de celle-ci qu'à deux conditions : l'une, qu'il abandonne le patrimoine de cette famille ; l'autre, que le culte domestique, pour la continuation duquel il a été adopté, ne cesse pas par son abandon ; et pour cela il doit laisser dans cette famille un fils qui le remplace. Ce fils prend le soin du culte et la possession des biens ; le père alors peut retourner à sa famille de naissance et hériter d'elle. Mais ce père et ce fils ne peuvent plus hériter l'un de l'autre ; ils ne sont pas de la même famille, ils ne sont pas parents. On voit bien quelle était la pensée du vieux législateur quand il établissait ces règles si minutieuses. Il ne jugeait pas possible que deux héritages fussent réunis sur une même tête, parce que deux cultes domestiques ne pouvaient pas être servis par la même main. ». COULANGES, Fustel de. *La cité antique : étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 12ed. Paris, Hachette, 1888. p. 86-87.

**712.** Au bout de faciliter la vérification des effets potentiels de l'adoption pour conditionner sa concession, la Convention de La Haye du 1993 prévoit la participation des autorités centrales pour faciliter l'échange de renseignements sur le contenu du droit domestique de l'État de l'adoptant, à travers une requête de consultation du juge de l'adoption. L'objectif est de vérifier le contenu de la loi étrangère, de façon à vérifier si elle serait bénéfique à l'enfant adopté et à quel niveau d'adoption elle correspondrait. Comme la Convention exclut de son objet d'application l'adoption simple, puisque plus limitée, toute adoption qui n'importe pas un rapport de filiation, motiverait le refus sur la base du respect à la clause échappatoire de l'ordre public<sup>456</sup>. La Convention interaméricaine reconnaît l'importance des effets successoraux entre l'adoptant et l'adopté, et à l'égard de la famille adoptive, en les soumettant à la *lex successionis*<sup>457</sup>. Dans l'hypothèse d'adoption plénière, elle détermine que la loi successorale doit garantir les mêmes droits successoraux que ceux reconnus à la famille légitime<sup>458</sup>. Ce qui conduit sinon à un examen préalable des effets potentiels de l'adoption, au moins à un motif pour la refuser, basé sur la clause de l'ordre public. Il est intéressant d'observer que la Convention interaméricaine du 1984 prévoit, sur déclaration de l'Etat-contractant, l'extension de l'application de la Convention aux adoptions établies sous l'égide du droit domestique de ce même Etat-contractant, en cas de probable conflit mobile au sein d'Etats-cotactants de la Convention. Si l'adopté et l'(les)adoptant(s) avaient la même résidence habituelle de l'Etat-contractant où l'adoption ait été prononcé, mais ont la claire intention de changement de domicile pour un autre Etat-contractant, l'adoption serait considéré comme semblable à une adoption internationale sous l'égide de la Convention<sup>459</sup>.

*β) La loi applicable aux effets de l'adoption à l'égard de la famille d'origine de l'adopté*

**713.** L'adoption marque la rupture de l'enfant adopté avec sa famille d'origine, en raison d'un remplacement du rapport de filiation. Raison pour laquelle il y aurait de l'inexistence d'effets généraux de l'adoption à l'égard de la famille d'origine de l'adopté, non plus d'effets considérés autonomes tels que les aliments ou les droits successoraux. Et cependant, exceptionnellement, certains effets persistent, en raison du lien biologique qui est ineffaçable, même avec la substitution de la filiation par un acte juridique. En essence, deux rapports perdurent : les empêchements matrimoniaux basés sur les liaisons biologiques/médicaux (et conséquemment moraux) et le droit à

---

456 Voir l'article 2 ?

457 Voir l'article 11, 1ère partie de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

458 Voir l'article 11, 2ème partie de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

459 Voir l'article 20 de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

la vérité biologique de l'enfant. En partant des conclusions sur la loi applicable aux empêchements matrimoniaux, en tant que loi applicable à la validité du mariage en matière de fond, la loi applicable serait la loi personnelle de l'enfant, en tant que conjoint, si l'on considère de manière autonome ; ou subsidiairement, la loi des effets de l'adoption, qui correspond à la loi personnelle de l'adoptant ou l'adopté (ou des deux, en cas de coïncidence de domicile ou résidence habituelle, au nouveau foyer, ou de nationalité commune), comme loi applicable au statut personnel. L'adoption bouleverse la structure familiale de l'enfant, en remplaçant sa famille d'origine par la famille adoptive et, dans le cas de l'adoption internationale, l'élément de connexion qui régit son statut personnel est l'objet d'un conflit mobile : son domicile, sa résidence habituelle et sa nationalité sont souvent changés par influence de la nouvelle famille adoptive. Dans le cas des empêchements matrimoniaux de l'enfant adopté à l'égard de sa famille d'origine, il ne serait pas logique de les soumettre à la loi personnelle de l'enfant adopté lors du mariage, parce que cette loi n'aurait aucun rapport avec l'objet sous analyse. Ainsi, il faut interpréter la loi personnelle de l'enfant adopté, en tant que partie concerné comme conjoint, pour faire remonter la loi applicable aux empêchements matrimoniaux à l'égard de la famille d'origine par la loi personnelle de l'enfant à l'époque de son lien avec la famille d'origine. Ce qui correspond à la loi personnelle de l'enfant lors de l'adoption, et qui régissait alors les rapports familiaux entre l'enfant adopté et sa famille d'origine. Dans ce sens, la Convention Interaméricaine distingue l'adoption pleine de l'adoption simple, en matière d'effets. La Convention est omise sur l'adoption pleine et n'indique pas de loi applicable pour cela, mais fait recours à une règle matérielle qui détermine que les empêchements à l'égard de la famille d'origine doivent persister<sup>460</sup>. En revanche, au cas d'adoption simple, les empêchements à l'égard de la famille d'origine sont précisément régis par la loi de la résidence habituelle de l'enfant lors de l'adoption<sup>461</sup>.

**714.** Le deuxième effet inéfaçable de l'enfant à l'égard de sa famille d'origine est son identité génétique. Cela se matérialise au droit à la vérité biologique, le droit à connaître ses origines biologiques. Les dernières décennies, ce droit à la vérité biologique a gagné plus d'importance en raison des avancements scientifiques et médicaux qui permettent de préciser certaines particularités génétiques de l'individu, de permettre les remèdes et les soins aux maladies graves et de prospecter en avance des risques de certaines infirmités. Sur le droit à la vérité biologique, il est important de distinguer, d'un côté, son (in)exigibilité, insérée au fond de l'adoption, et d'autre côté, la manière comme les renseignements (intégrales ou partiales) à son propos ou tout refus

---

460 Voir l'article 9, b de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

461 Voir l'article 10, 2ème partie de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

d'information à ce sujet sont disponibles en matière d'enregistrement civil de l'enfant, qui est comprise par la forme de l'adoption. Comme matière de droits de la personnalité, rattachée au statut personnel, il faut analyser la loi applicable pour régir le droit à la vérité biologique de l'enfant adopté. Evidemment, il s'agit d'une matière du statut personnel. Encore une fois, l'on s'interroge comme la loi personnelle de l'enfant adopté serait considérée : celle du moment où la vérité biologique est recherchée ou celle qui unissait auparavant l'enfant à la famille d'origine, en remontant à l'époque de l'adoption. D'une part, la loi personnelle de l'enfant au moment de la demande de la recherche de la vérité biologique se justifierait par son actualité par rapport au moment de la demande de recherche et possiblement en raison du probable besoin de disclosure des renseignements ; d'autre part, la préférence par la loi personnelle de l'enfant lors de l'adoption, remonte au lien de reconstitution du rapport familial avec la famille d'origine. Il faut pas oublier que la meilleure solution serait un choix alternatif, en permettant l'application de la loi personnelle de l'enfant adopté, soit celle du moment de la demande de la recherche de la vérité biologique, soit celle du moment de l'adoption, en consacrant le principe de la protection, comme la loi la plus favorable à l'enfant de manière à lui garantir l'accès aux renseignements recherchés.

**715.** En droit conventionnel, la Convention de La Haye. La Convention interaméricaine n'utilise pas la méthode traditionnelle du conflit de lois pour indiquer la loi applicable à régir l'accès au droit à la vérité biologique. Possiblement en raison du souci de l'OEA de garantir cet accès, la Convention recourt aux règles matérielles qui prévoient un accès limité : le secret est garanti, mais il serait brisé, en raison médicale, à travers la transmission des renseignements médicaux des parents d'origine, sans leurs noms ou les identifier<sup>462</sup>.

*b) La loi applicable à l'altération de l'adoption*

**716.** Pour régir et surtout pour permettre la possibilité d'un changement positif, pour son perfectionnement, à travers la conversion d'une forme d'adoption plus simple en adoption plénière ; ou d'un changement négatif, pour son anéantissement, à travers la révocation de l'adoption ou son annulation, il faut analyser la loi applicable à ces possibilités.

---

462 Voir l'article 7 de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

*α) La loi applicable à la conversion de l'adoption*

**717.** Une question importante pour la conversion de l'adoption est la loi qui lui est applicable, pour déterminer même sa convertibilité. L'on revient à un débat semblable à ce que l'on analysait pour la détermination du for approprié pour la conversion de l'adoption : la préférence pour la loi personnelle au moment de la conversion ou celle du moment de l'adoption. Si la loi applicable au fond de l'adoption lors de son établissement aurait une vocation naturelle à examiner la conversion de l'acte qui ait été prononcé sous son égide ; la loi personnelle au moment de la demande de conversion jouirait de la légitimité pour évaluer la conversion de l'adoption, s'il s'agit du for où l'enfant aurait son domicile ou sa résidence habituelle par exemple.

**718.** Dans le cas de couples de personnes du même sexe, l'opération de conversion d'adoption simple en plénière peut se faire en raison des différences des régimes d'adoption disponibles à ces couples et pourrait en profiter de changements de domicile ou de résidence habituelle de la famille. La conversion pourrait se justifier, en bénéficiant d'un for et d'une loi qui offrent de la possibilité de conversion, différemment de la loi vigeant au for où le lien original a été établi, qui n'offre que l'adoption simple et unilatérale de l'enfant d'un partenaire du même sexe par l'autre partenaire, par exemple.

**719.** La Convention interaméricaine ouvre au demandeur l'option entre la loi de la résidence de l'enfant lors de l'adoption ou celle du domicile du adoptant à l'époque de la requête, mais exige le consentement de l'adopté quand, il s'agit d'un enfant de plus de 14 ans<sup>463</sup>.

*β) La loi applicable à la révocation et à l'annulation de l'adoption*

**720.** Compte tenu des conséquences probablement négatives de la révocation et de l'annulation de l'adoption pour l'enfant, il faut analyser la loi qui lui est applicable, pour déterminer ses conditions et surtout sa(son) (im)possibilité. Si la possibilité de révocation de l'adoption est en principe concevable en tant qu'acte juridique, le respect à l'intérêt de l'enfant s'y opposerait. Il faut s'interroger sur l'utilité de la rattacher soit à la loi qui régit le fond de l'adoption, en matière de conditions, au moment de l'établissement de l'adoption ; soit à la loi régissant les effets de l'adoption, comme loi personnelle contemporaine à la révocation, mais qui conduit à l'interrogation sur le choix entre la loi personnelle de l'adoptant ou l'adopté. Malgré l'existence des effets patrimoniaux dans le rapport de filiation établi, la subsistance de l'aspect personnel du rapport

---

463 Voir l'article 13 de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

établi impulsione le recours à l'ordre public pour refuser dans certains cas la révocation. Même si la possibilité de révocation de l'adoption s'érige comme la possibilité de révocation d'un acte juridique formel, il ne faut pas oublier que, au cas d'impossibilité de révocation selon la *lex fori*, la tendance serait l'application de la loi personnelle contemporaine à la demande, par prévalence de l'ordre public.

**721.** Il est important éclairer que la loi régissant la révocation de l'adoption, détermine non seulement les conditions pour la révocation de l'acte, mais aussi son admission ou pas. Certains systèmes légaux considèrent inconcevable la révocation de l'adoption et soumet même le(s) adoptant(s) qui se répent de l'adoption à des sanctions. Cette position est prise en droit conventionnel par la Convention interaméricaine du 1984, qui interdit la révocation des adoptions pleines<sup>464</sup>, mais régit la révocabilité de l'adoption simple par la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de l'adoption<sup>465</sup>.

**722.** Pareillement aux arguments présentés pour l'analyse du for approprié pour l'annulation de l'adoption, il faut évaluer le choix entre la loi de l'établissement de l'adoption ou la loi des effets de l'adoption. D'une part, la loi sous laquelle l'adoption s'est constituée aurait la vocation naturelle à régir son annulation, et il faut préciser que, en raison du dépeçage applicable au fond de l'adoption, cette loi serait la loi qui régit les conditions pour l'adoption. D'autre part, la loi qui régit les effets de l'adoption s'ajuste à l'évaluation de son annulation, comme si l'annulation serait une conséquence ou un effet de l'acte soupçonné d'invalidité. En matière d'effets de l'adoption, surtout pour l'adoption de mineurs, malgré la prédominance de la *lex personae* de l'adoptant ; le dilemme entre la loi personnelle de l'adoptant ou de l'adopté paraît s'effacer, à cause de la probable coïncidence entre elles, en raison du domicile ou résidence habituelle commun de deux parties. Comme l'annulation de l'adoption, à son tour, se base sur l'invalidité de l'acte sous un prisme légal – et *ipso facto* objectif –, à cause du manque de conditions essentielles pour la validité de l'acte juridique, pas fondé sur la volonté de l'(des) adoptant(s) ; la loi étrangère qui lui est applicable serait possiblement moins sensible à l'action de l'ordre public.

**723.** La loi applicable à l'annulation régit aussi la légitimité pour l'annulation de l'acte. Il appartient à cette loi d'indiquer qui pourrait susciter l'invalidité de l'adoption : si cela serait permis à(aux) adoptant(s), au parquet, compte tenu son rôle de fiscalisation de la loi, renforcé par le motif de protection de l'intérêt des incapables, quelconque, en raison de l'intérêt général de la société. Il

---

464 Voir l'article 12, 1ère partie de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

465 Voir l'article 12, 2ème partie de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

est important aussi d'évaluer la possibilité d'annulation requise par l'adopté. Dans le cas d'adoption de mineurs, cette possibilité serait en effet remote, parce que le représentant légal de l'adopté n'aurait pas probablement de l'intérêt et de l'impartialité suffisants pour demander l'annulation. La prérogative serait ainsi subsidiairement étendue au parquet et éventuellement à d'autres membres de la famille de l'enfant. Sur ce point, il ne faut pas oublier que non seulement des membres de la famille adoptive seraient subsidiairement légitimés à demander l'annulation, mais aussi la famille d'origine de l'adopté, y inclus ses parents, surtout si la cause de l'invalidité est rattachée à la caractérisation de l'enfant adopté comme adoptable.

**724.** La Convention interaméricaine prévoit l'application de la loi sous laquelle l'adoption ait été prononcé pour régir son annulation, mais la conditionne, en matière de forme, aux annulations prononcées seulement par décision judiciaire. La loi étrangère qui aurait établi l'adoption serait facilement évincée en faveur de la *lex fori*, au nom de la protection de l'intérêt de l'enfant, en application du principe de la protection<sup>466</sup>.

## §2. La reconnaissance de l'adoption faite à l'étranger

**725.** La reconnaissance de l'adoption faite à l'étranger ou son refus joue un rôle déterminant sur toute reconnaissance du statut familial de l'enfant adopté et des droits familiaux qui en découlent.

### A. La reconnaissance

**726.** Sur la reconnaissance de l'adoption, il est important d'examiner si cela se produit *de plano*, comme il se passe parfois comme mesure de coopération internationale, ou à travers des procédures traditionnelles pour la reconnaissance des décisions étrangères ou des prononcés qui s'avoisinent d'une décision tel quel un décret d'adoption.

---

466 Voir l'article 17 de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.



## 1. La reconnaissance *de plano* des adoptions

**727.** Compte tenu l'objet de l'adoption en tant que rapport de filiation, il n'est pas rare sa reconnaissance *de plano*, au bout de protection de l'enfant adopté. Cette reconnaissance facilitée s'appuie parfois sur le respect à certaines conditions formelles, examinées indirectement, pour l'établissement de l'adoption ; mais surtout sur des règles conventionnelles de coopération internationale.

**728.** En harmonie avec son bout de coopération internationale, la Convention de La Haye du 1993 consacre la reconnaissance *de plano* au cercle d'Etats-contractants, d'une adoption prononcée dans l'État d'origine, à condition que l'adoption ait été préalablement certifié par le autorité centrale de l'État-contractant de résidence habituelle de l'adoptant et celle de l'État-contractant de résidence habituelle de l'adopté<sup>467</sup>. Compte tenu le profil de la Convention et son succès, la délivrance de ce certificat est une pratique usuelle, qui garantit la libre circulation des décisions d'adoption, parmi le cercle des Etats-contractants. Pour les couples de personnes du même sexe, le recours à la Convention de La Haye pour obtenir l'adoption d'un enfant peut se montrer très utile. Face à la difficulté à trouver des enfants adoptables dans certains États, surtout dans les États européens qui reconnaissent les couples de personnes de même sexe et leur ouvre l'accès à l'adoption, il faut trouver l'enfant adoptable à l'étranger. Pourtant, la plupart des centres connus pour l'adoption, tels que la Russie, la Chine, la Corée, l'Inde et l'Ukraine, n'octroient pas ses enfants adoptables aux couples homosexuels, et, quelques fois, même pas aux personnes homosexuels (même qu'officieusement). Récemment, des centres considérés moyens pour la disponibilité pour l'adoption se sont notabilisés pour répondre à cette demande d'adoption des couples de personnes du même sexe, comme le Brésil, l'Afrique du Sud, la Colombie et le Mexique<sup>468</sup>. Ce sont des pays qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe et leur octroient l'accès à l'adoption d'enfants, et qui utilisent la Convention de La Haye du 1993, en facilitant ainsi l'adoption, à travers les mécanismes de coopération internationale conventionnels.

**729.** Dans un sens pareil, au niveau régional, la Convention interaméricaine du 1984 prévoit la production des effets des adoptions établies sous l'égide du droit domestique, quand l'adopté et l'(les)adoptant(s) avaient le même domicile ou la même résidence habituelle de l'État-contractant où l'adoption ait été prononcé, même si les effets de l'adoption doivent être soumis futurement à la

---

467 Voir l'article 23 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

468 Voir TORRES, Marcos Vinícius. «International adoption in Brazilian private international law ». Yearbook of private international law. Vol. 20 (2018-2019). München/Lausanne, Dr. Otto Schmidt Verlag & Swiss Institute of Comparative Law, 2019. p. 259.

*lex domicilii* d'un autre État-contractant, en raison d'un conflit mobile<sup>469</sup>. Si le droit conventionnel en matière d'adoption facilite la reconnaissance automatique des décisions et décrets d'adoption, par la présomption que ces adoptions sont fait selon les prescriptions conventionnelles, il persiste encore un obstacle à barrer cette libre circulation : l'ordre public, comme l'on démontra ci-dessous.

**730.** Une question importante sur la reconnaissance *de plano* des adoptions étrangères serait la possibilité de dispense d'une procédure formelle de reconnaissance, au cas où l'enregistrement de l'adoption est fait auprès le consulat étranger du pavillon d'origine des adoptants ou de l'un d'eux, comme mesure pour faciliter l'émission des documents de voyage (comme un passeport), l'autorisation de séjour ou même la concession de la nationalité de l'État de nationalité des adoptants ou de l'un d'eux. Dans l'hypothèse de ces démarches, la libération d'une procédure spécifique pour la pleine reconnaissance du lien et ses effets dépendrait de la loi de l'État requis, qui pourrait adopter une reconnaissance *de plano* de l'adoption ou la conditionner à une procédure formelle auprès des autorités de l'État requis.

## 2. La reconnaissance des décisions en matière d'adoption à travers des procédures traditionnelles

**731.** Parallèlement à la reconnaissance *de plano* utilisé en matière d'adoption, en raison de la coopération internationale à justifier la protection de l'intérêt de l'enfant ; la reconnaissance des décisions en matière d'adoption s'imposent de la manière traditionnelle, si l'État requis l'exige.

### *a) La reconnaissance du lien original*

**732.** Faute de règles qui libèrent les adoptions faites à l'étranger d'une procédure spécifique pour sa reconnaissance, il est nécessaire de recourir à une procédure traditionnelle pour obtenir la reconnaissance du lien de filiation établi ailleurs et la production des respectifs effets dans l'État requis. Encore une fois, les conditions exigés pour la reconnaissance orbitent autour de la compétence de l'autorité ayant prononcé l'adoption, le respect au contradictoire, les formalités telles que la traduction des documents et leur légalisation, et surtout, la licitude de l'objet et sa conformité avec l'ordre public de l'État requis. La clause échappatoire d'ordre public se mettrait en scène en cas d'illicéité de l'objet de l'adoption, du contenu de l'adoption ou d'incapacité de l'(des)

---

<sup>469</sup> Voir l'article 25 de la Convention Inter-Américaine sur le conflit de lois relatif à l'adoption de mineurs du 1984.

adoptant(s), au cas spécifique des couples de personnes du même sexe dans certains systèmes légaux. Si l'établissement de l'adoption est parfois favorisée par la reconnaissance *de plano* de l'adoption, la révocation et l'annulation de l'adoption exige souvent la reconnaissance formelle d'une décision, en raison de leur complexité. Également, la conversion de l'adoption, à son tour, peut trouver des obstacles en raison de la différence des régimes légaux entre la modalité originale et la forme convertie.

### *β) La requalification de l'adoption*

**733.** Quand l'État requis ne connaît que l'adoption simple ou figure analogue ou n'ouvre que cette modalité aux couples de personnes du même sexe, il y aurait de difficultés à surmonter cette barrière, pour reconnaître une adoption plénière prononcée à l'étranger. Comme l'ordre public serait heurtée par l'institution inconnue de l'adoption plénière, comme genre, ou spécifiquement par l'institution inconnue de l'adoption plénière pour les couples de personnes du même sexe, comme espèce. Dans un effort de tolérance, ayant recours à l'adaptation, le filtre de reconnaissance ne se pencherait pas pour le refus totale, mais s'inclinerait à une reconnaissance partielle, ayant recours à l'adaptation, à travers l'adoption simple ou figure semblable. Il est important de réaffirmer qu'il ne s'agit pas d'une conversion (défavorable) d'adoption plénière en adoption simple, parce que l'on considère la conversion, quand l'on la fait d'une forme inférieure en supérieure, mais d'un reconnaissance limité. En effet, il s'agit d'une reconnaissance partielle d'une décision étrangère. Différemment d'une reconnaissance partielle, comme pour un cas de divorce où l'on peut reconnaître certains effets et refuser un certain(s) effet(s) accessoire(s), l'on restreint le contenu de l'acte reconnu. Comme l'on ne peut pas décomposer le lien de filiation en effets principal et accessoires, sans le refuser *in totum*, l'on cherche l'adaptation pour restreindre le contenu légal d'un lien plus étendu aux contours plus limités imposés par la *lex fori*.

**734.** En sens inverse, quand l'État requis ne connaît que l'adoption plénière ou figure analogue et n'ouvre que cette modalité aux couples de personnes du même sexe, il y aurait de difficultés à reconnaître une adoption simple établie à l'étranger. Le niveau de protection à l'égard de l'enfant adopté et/ou des couples de personnes du même sexe est si élevé que l'ordre public serait heurtée par la reconnaissance d'une espèce d'adoption qui lui serait inacceptable, et donc une l'institution inconnue. La requalification de l'adoption simple en une autre institution s'imposerait. Pas de l'intolérance, mais de la superprotection, se met en scène pour accomoder l'enfant et l'adoptant(s) sous la garde, la « custody » ou une figure analogue, pour éviter de reconnaître comme adoption

une catégorie qui lui paraît indigne. En revanche, la solution offerte par l'adaptation pourrait se montrer comme un stage préparatoire pour permettre à cette famille d'accéder au niveau standard du for, en obtenant l'adoption plénière. La situation reconnue par adaptation servirait probablement de base à une configuration familiale qui recommanderait l'adoption, mais en modalité pleine. A nouveau, l'on vérifie une reconnaissance très partielle de l'adoption étrangère, mais de façon à la limiter, en raison de la rigidité de la *lex fori*.

## B. Le refus

**735.** Le refus à reconnaître l'adoption basé sur le caractère de l'adoption comme institution inconnue, soit par son régime légal, soit par ses caractéristiques comme adoption insérée dans une famille structurée par un couple de personnes du même sexe se justifie par le respect à l'ordre public. En matière d'adoption, il est important d'observer que les adoptions frauduleuses seraient susceptibles de heurter l'ordre public. Pareil pour les adoptions rattachés aux couples de personnes du même sexe, à l'égard des États réfractaires à leur reconnaissance ou quand l'État requis adopte une reconnaissance limitée aux couples, qui ne libèrent pas l'accès à la filiation ou à la modalité d'adoption sous analyse pour les couples homosexuels. La Convention de La Haye du 1993 prévoit la traditionnelle possibilité de refuser la reconnaissance d'une adoption, si elle heurte l'ordre public<sup>470</sup>. Dans le cas d'adoption par des couples de personnes du même sexe, face au silence de la Convention, une telle adoption ne serait pas reconnue si elle heurte l'ordre public d'un Etat-contractant tiers requis, même si elle se fait, sous l'égide de la Convention, si elle harmonise l'ordre public de l'État d'origine et de l'État d'accueil de l'enfant. La Convention de La Haye du 1993 prévoit le refus de reconnaissance d'une adoption prononcé sous l'égide de la Convention, si deux Etats-contractants se vinculent par des accords spécifiques sur la matière. Dans ce cas, l'accord spécifique se superspose sur les règles de la Convention. La Convention ne permet elle-même que la dérogation des règles sur la procédure de l'adoption en coopération entre des autorités centrales de deux Etats-contractants, pour la sortie de l'enfant de l'État-contractant d'origine et l'entrée et séjour de l'enfant dans l'État d'accueil, si que l'adoption conclue dans l'État d'accueil<sup>471</sup>.

---

470 Voir l'article 24 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

471 Voir l'article 39 2ème partie de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 1993.

**736.** Il est intéressant d'observer que la reconnaissance de l'adoption se fait aussi à travers son évaluation comme question préalable à une demande rattachée aux droits patrimoniaux et personnels des enfants à l'égard de sa famille adoptive. Pareillement à ce que l'on fait pour évaluer le statut de veuve d'une deuxième ou troisième épouse, dans une situation de mariage polygamique, dans un cas de succession du mari décédé la reconnaissance de l'adoption serait suscitée pour garantir des droits successoraux des enfants adoptés, par rapport aux parents vivant en couple homosexuel, par exemple. Dans le cas de la question préalable, il appartient au DIP du for de trouver la solution pour déterminer la loi applicable à la question préalable, en raison de son autonomie ou dépendance par rapport à la question principale.

## **Conclusion de la Section 2**

**737.** Il y a plusieurs conditions de fond et de forme pour la validité d'une adoption en DIP. Comme un acte essentiellement formel, les critères changent selon le type d'adoption, à savoir simple et plénière.

**738.** Comme l'adoption est déjà très répandue à l'internationale depuis plusieurs décennies, il y a de nombreuses conventions internationales sur le thème qui contribuent pour promouvoir l'adoption internationale. Ces conventions sont utilisées par plusieurs couples homosexuels pour trouver un enfant adoptable dans une juridiction qui autorise l'adoption conjointe par des couples de personnes du même sexe.

## **Conclusion du Chapitre premier**

**739.** L'adoption est une modalité de filiation souvent moins polémique pour les couples de personnes du même sexe, parce que l'on considère que cette solution priorise l'intérêt de l'enfant de trouver une famille, même si elle permet la réalisation du projet parental des parents du même sexe.

**740.** La diversité des modèles d'adoption d'un Etat à l'autre posent certains défis pour la célébration d'adoptions dans certains cas et pour la circulation du statut des enfants adoptés.

L'adoption simple est souvent bloquée dans certaines juridictions que n'autorisent que l'adoption plénière.

## **Chapitre deuxième: La filiation à travers l'aide médicale à la procréation et les couples de personnes du même sexe en Droit International privé**

741. Comme étape la plus avancée du procès de reconnaissance et équiparaison avec les familles hétérosexuels, les couples de personnes du même sexe demandent le droit à avoir des enfants à eux, avec leurs caractéristiques génétiques, ou au moins, avec celles d'un des partenaires ou conjoints. Garantie la reconnaissance légale comme couple (surtout à travers le mariage), des couples de personnes du même sexe cherchent à surmonter la famille à moitié, sans enfants, en accédant aux enfants. Suite à la possibilité de voir reconnus, comme les siens, les enfants d'autres personnes, à travers l'adoption ; ce « désir d'enfant » s'intensifie comme le droit à avoir d'enfants à soi même. Comme pour tous les droits qui découlent de la reconnaissance légale des couples de personnes du même sexe, historiquement, l'accès à la reproduction assistée pour les couples homosexuels s'est fait pas à pas, en partant des solutions légales moins complexes à celles les plus compliquées.

### **Section 1. Les catégories légales pour l'établissement de la filiation par l'aide médicale à la procréation à l'égard des couples de personnes du même sexe**

742. *A priori*, il est important d'observer que dans le cadre de la filiation des couples traditionnels, l'on a essayé de surmonter l'impossibilité de procréer, en « adaptant » la méthode

traditionnelle, alors la seule option disponible et qui confirmait la permanence d'un cercle fermé patriarcal. Dès l'Antiquité, l'on cherchait des solutions officieuses ou soutenues par le droit, pour contourner l'infertilité ou des problèmes de santé qui empêchaient la procréation<sup>472</sup>. Au cas d'infertilité du mari, l'adultère caché ou toléré pour les femmes ; au cas d'infertilité de la femme, la substitution de l'épouse infertile (à travers le divorce ou l'annulation du mariage) par une nouvelle épouse pour les hommes<sup>473</sup>. Suite au grand développement de la médecine reproductive après la IIe Guerre Mondiale<sup>474</sup>, plusieurs techniques de procréation et traitements médicaux furent perfectionnées, scientifiquement certifiées et popularisées, surtout à partir des années 90. Curieusement, cette diffusion de l'aide médicale à la procréation s'est faite à partir des années 70 et s'intensifia à partir des années 90, contemporanément au mouvement de reconnaissance des couples de personnes du même sexe<sup>475</sup>. Le développement de plusieurs techniques reproduction assistée a ouvert aux couples de personnes du même sexe la perspective de revendiquer l'accès à ces techniques, dans la mesure de la possibilité d'adaptation à leur profil. Au niveau scientifique diverses techniques se sont diffusées, telles que. Au niveau juridique la reproduction assistée, en tant que espèce, assument les contours légaux de la AMP et la GPA, qui possèdent, à leur tour, certaines spécificités.

---

472 Voir : « Ce que nous appelons aujourd'hui l'aide médicale à la procréation s'est développée sur le terrain très ancien de l'infertilité et de la stérilité qui, dans les premiers temps, étaient considérées comme une malédiction et ne concernaient que les couples officiels ou traditionnels. Pendant des siècles le recours à un autre partenaire sexuel a été la réponse classique à ce malheur.

(...)

La pratique, connue de l'Antiquité et notamment à Rome, était encore très courante au Moyen Âge, y compris dans les familles royales. Les femmes pouvaient se faire féconder par un homme de main si le seigneur était stérile, tandis que le seigneur pouvait changer d'épouse si elle était stérile. Le développement de la religion catholique et son ancrage dans la société civile en y régissant les mœurs familiales, ont rendu ces pratiques clandestines. Elles se sont néanmoins poursuivies, facilitées par des fictions juridiques telle que la présomption de paternité qui permettrait de couvrir ces fécondations clandestines ». PORTELLI, Serge. RICHARD, Clélia. *Homoparentalité*. Paris, Dalloz, 2018. pp. 26 27

473 « Le mariage n'ayant été contracté que pour perpétuer la famille, il semblait juste qu'il pût être rompu, si la femme était stérile. Le divorce dans ce cas a toujours été un droit chez les anciens ; il est même possible qu'il ait été une obligation. Dans l'Inde, la religion prescrivait que « la femme stérile fût remplacée au bout de huit ans ». Que le devoir dût le même en Grèce et à Rome, aucun texte formel ne le prouve. Pourtant Hérodote cite deux rois de Sparte qui furent contraints de répudier leurs femmes parce qu'elles étaient stériles. Pour ce qui est de Rome, on connaît assez l'histoire de Carvilius Ruga, dont le divorce est le premier que les annales romaines aient mentionné. « Carvilius Ruga, dit Aulu-Gelle, homme de grande famille, se sépara de sa femme par le divorce, parce qu'il ne pouvait pas avoir d'elle des enfants. Il l'aimait avec tendresse et n'avait qu'à se louer de sa conduite. Mais il sacrifia son amour à la religion du serment, parce qu'il avait juré (dans la formule du mariage) qu'il la prenait pour épouse afin d'avoir des enfants. »

La religion disait que la famille ne devait pas s'éteindre ; toute affection et tout droit naturel devaient céder devant cette règle absolue. Si un mariage était stérile par le fait du mari, il n'en fallait pas moins que la famille fût continuée. Alors un frère ou un parent du mari devait se substituer à lui, et la femme était tenue de se livrer à cet homme. L'enfant qui naissait de là était considéré comme fils du mari, et continuait son culte. Telles étaient les règles chez les anciens Hindous ; nous les retrouvons dans les lois d'Athènes et dans celles de Sparte. Tant cette religion avait d'empire ! tant le devoir religieux passait avant tous les autres ! ». COULANGES, Fustel de. *La cité antique : étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 12ed. Paris, Hachette, 1888. p. 52-53.

474 Développement de la médecine.

475 Voir « La famille homoparentale est apparue à la toute fin du XXe siècle et au début du XXIe. Cette date de naissance n'est pas innocente. Elle coïncide certes avec l'essor de techniques médicales révolutionnaires, mais elle correspond aussi à des évolutions profondes et une remise en cause du système familial classique et du droit qui le régit. ». PORTELLI, Serge. RICHARD, Clélia. *Homoparentalité*. Paris, Dalloz, 2018. pp 32-33

**743.** Pareillement comme il s'est passé pour les couples de personnes de sexe différent, l'on a ouvert d'abord les techniques les plus accessibles, comme l'AMP, pour inclure dans une étape postérieure l'accès à la GPA. Le thème de l'ouverture des techniques de reproduction assistée est possiblement celui le plus polémique et le plus glissant de nos jours pour les couples de personnes du même sexe. Plus que les questions de discrimination à l'égard des couples de personnes du même sexe, il s'ajoute évidemment des questions complexes de bioéthique, qui ne touchent pas avec privilège seulement les couples de personnes du même sexe, mais parfois les couples hétérosexuels et les personnes célibataires, si que toute la société en général, et qui restent encore nébuleuses dans plusieurs États<sup>476</sup>.

**744.** Pour de questions de discrimination, l'on trouve souvent un décalage entre les couples de personnes du même sexe et les couples de personnes de sexe différent, en matière d'accès aux techniques de reproduction assistée. Pareillement à ce qu'il s'est passé pour l'adoption, qui s'est d'abord présentée comme une alternative parallèle à la filiation biologique traditionnelle, avant l'accès aux techniques d'reproduction assistée ; les couples de personnes du même sexe n'ont réussi à y avoir l'accès qu'après les couples hétérosexuels. Du coup, il faut considérer qu'au moment d'ouverture du droit à la filiation pour les couples de personnes du même sexe, l'adoption et, en grande mesure, l'accès à la AMP et, parfois, à la GPA, étaient déjà également offertes aux couples hétérosexuels.

**745.** Pour cette étude d'un point de vue juridique, l'on examine le profil des deux techniques de reproduction assistée souvent utilisés par ceux qui ont recours à elles pour avoir des enfants. L'on analyse l'AMP et la GPA, en montrant leur points de divergence et de ressemblance. Puis, l'on étudie comment elles sont utilisées par les couples de personnes du même sexe, en marquant l'utilisation singularisée par les couples de femmes et celle utilisée par les couples d'hommes.

**746.** Il est important d'observer que, différemment de ce qui se passe pour les divers thème abordés dans ce travail, le domaine de la reproduction assistée est le seule pour lequel il n'y a que de droit domestique. Face au caractère récent de ce domaine et à la diversité de positions des États sur le sujet, qui posent de difficultés pour l'harmonisation des règles sur le thème, il n'existe pas encore une convention internationale qui disciplinent la GPA ni l'AMP à l'internationale. Malgré les efforts de la CHDIP dans le bout d'élaboration d'un projet de convention sur le thème, ce projet paraît loin de voir jour.

---

<sup>476</sup> Dans ce sens, il faut observer les débats acharnés sur des projets de loi sur le thème, non seulement en France, mais dans d'autres États, comme l'Argentine, l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Israël et les pays scandinaves ; si que la jurisprudence de la CEDH, qui pointent timidement une position en faveur de la reconnaissance basée sur les liens biologiques avec l'un des parents d'intention et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.



## §1. L'AMP

747. *A priori*, il faut éclairer le concept de l'AMP. La reproduction assistée est le recours à un donneur de sperme, pour la conception d'un enfant. Pour l'AMP, la femme inséminée, qui porte l'enfant pendant la grossesse et l'accouche, joue un rôle central. Le projet parental départ d'elle, à travers l'objectif de lui apporter le donneur qui permet la mise en œuvre de la fécondation pour la création d'un enfant. Le donneur de sperme, à son tour, a un rôle complémentaire, en l'aidant à aboutir un projet de parentalité, soit personnel à elle, soit commun à la femme et son époux ou épouse/partenaire.

748. Comme l'on est dans un domaine où l'on « fait un détour » du chemin de la conception traditionnelle pour aboutir à un projet de grossesse, il est important d'observer qu'il y a des arguments favorables et défavorables à l'AMP, pour des questions de bioéthique. L'AMP serait une procédure substitutive à l'insémination officieuse, ou aux tentatives aventurières d'une femme se faire « inséminée » naturellement, en trouvant un partenaire pour des rapports sexuels qui permettraient la conception. L'argument favorable à la AMP serait d'éviter l'exposition des femmes aux risques sanitaires des ISTs et des violences sexuelles, par des partenaires inconnus ou même par des partenaires consensuellement retrouvés. Comme l'on n'empêche pas les femmes désireuses de se soumettre à une procédure d'AMP de chercher les option disponibles, l'interdiction d'accès à l'égard des couples de lesbiennes ne les empêche pas de chercher l'AMP ailleurs. Conscientes des risques des « inséminations officieuses », elles se déplacent à l'étranger pour se soumettre aux procédures d'AMP en sécurité. Au moins en sécurité médicale, puisque la sécurité juridique n'est pas garantie par l'incertitude de reconnaissance de la filiation au for personnel. Cette réalité justifie un argument d'isonomie. Comme cette solution de chercher le traitement disponible dans une juridiction est souvent coûteuse, comme alternative aux femmes ou couples qui n'en ont pas d'accès chez eux, l'AMP serait inaccessible aux femmes ou couples démunies. L'ouverture de l'AMP à toutes et sous l'abri de la sécurité sociale serait une mesure de combat à la « discrimination censitaire ». L'argument défavorable, à son tour, ne jouerait pas en défaveur des couples hétérosexuels, mais à l'égard des femmes célibataires et des couples de lesbiennes : l'absence d'un père pour l'enfant, pour occuper le rôle de la figure paternelle. En plus, même moins populaire, certains experts questionnent le recours à un donneur de sperme, comme une « marchandisation », une « réification » du rôle du père, qui est annulé dans le cas d'accès de l'AMP aux femmes célibataires et aux couples de femmes.

**749.** Évidemment, par une raison logique, dans le cas des couples de personnes du même sexe, l'AMP n'est disponible qu'aux couples de femmes. Selon le régime légal de chaque État, cette procédure est ouverte aux femmes célibataires et/ou aux femmes vivant en couple, généralement sans restrictions si avec un homme, de plus en plus acceptée si avec une femme. Chaque législation établit aussi le régime d'accès au donneur de sperme et son statut à l'égard de l'enfant. Pour mieux comprendre l'AMP, il faut distinguer certaines de ses modalités, à travers une classification, qui prend en compte le rôle de la femme inséminée dans le procès.

## A. La gestation par l'une des conjointes ou partenaires

**750.** Les couples de femmes profitent de son rôle comme matrice dans le procès reproductif pour engendrer un enfant à elles. Si cela n'est pas une nouveauté, l'AMP permet un encadrement juridique reconnaissant la légitimité de la parentalité à la mère comme mère biologique. Une maternité qui elle projet d'exercer toute seule ou en la partageant soit avec un époux ou partenaire, soit avec une épouse ou partenaire. Dans certains cas, le projet d'AMP est élargi, à travers le recours à un père connu, mais en l'élargissant au conjoint ou partenaire du père biologique et à l'épouse ou partenaire de la mère biologique, à travers un projet de coparentalité.

### 1. L'AMP touchant un couple de femmes

**751.** L'AMP est certainement la modalité de reproduction assistée la plus accessible aux couples de femmes, parce qu'elle se base sur une situation de fait qui se pratiquait depuis longtemps par plusieurs couples de deux femmes qui vivaient comme couple *de facto*. L'une de femmes du couple s'inséminait à la manière « traditionnelle » pour accomplir son projet de parentalité et s'appuyait, après la naissance de l'enfant sur sa compagne pour essayer de construire une vie en famille. L'AMP essaie de corriger ce décalage et de reconnaître un statut légal à l'autre épouse ou partenaire, qui jouerait un rôle aussi fondamental à l'égard de l'enfant. Malgré les différences d'encadrement juridique de l'épouse ou partenaire à l'égard de l'enfant de son épouse ou partenaire dans système légal à l'autre, la AMP permet la reconnaissance de la deuxième mère comme telle, soit automatiquement en raison de son « intégration » dans la procédure, soit à travers l'adoption.

## 2. La coparentalité

**752.** Certains couples cherchent une alternative pragmatique, en s'appuyant sur la solidarité et le consensualisme, à travers un projet de gestation en co-parentalité. Si la co-parentalité est à la base une forme d'AMP, elle a un profil *sui generis*, parce que le père biologique est loin d'être un simple donneur connu. Il cherche à avoir son statut comme parent reconnu et en profiter à travers l'exercice de son autorité parentale. Si la co-parentalité s'approche de la filiation « traditionnelle », elle s'en éloigne par le manque de lien conjugal ou partenarial entre la mère et le père, une fois que l'un des deux ou les deux ont chacun son propre lien conjugal. Portelli et Richard essaient de la décrire : « Les co-parents ont la particularité de concevoir et d'élever des enfants ensemble alors qu'ils n'ont aucune relation d'amour conjugal. Ce sont à la base des amis, ou sinon des personnes qui se sont rencontrés sur des forums ou par petite annonce. Ils s'entendent donc à l'avance sur les modalités de reconnaissance de l'enfant, des conditions de fixation de sa résidence, du droit de visite et d'hébergement du parent qui n'en aura pas la garde et du montant de la pension alimentaire. Ils rédigent parfois une sorte de déclaration d'intention reprenant ces différentes modalités dénommée « charte de co-parentalité »<sup>477</sup>.

**753.** En s'approchant du modèle de filiation traditionnelle avec une mère biologique et un père biologique, à travers l'insémination souvent artisanale ; le rapport légal de filiation à l'égard de l'enfant se fait en principe seulement avec ces deux parents. L'extension du rapport à l'égard du partenaire ou conjoint de chaque parent biologique se fait de manière consensuelle. Le recours à une convention particulière entre la mère biologique, le père biologique et l'épouse ou partenaire de la mère et/ou l'époux ou partenaire du père suscitent de l'insécurité juridique. Même si cette convention particulière est homologuée par une autorité judiciaire ou notariale, ses effets risquent de ne pas être reconnus à l'égard des tiers ou dans une juridiction étrangère. En outre, même les rapports *inter partes* sont boiteux, dans le cas de conflits, parce que les droits d'un troisième parent, et encore moins d'un quatrième parent, ne sont pas garantis, en raison des lacunes ou d'interdictions légales<sup>478</sup>. La reconnaissance légale officielle si que la participation du troisième ou quatrième

---

477 PORTELLI, Serge. RICHARD, Clélia. *Homoparentalité*. Paris, Dalloz, 2018. p. 248.

478 L'on vérifie l'état d'insécurité juridique face à la coparentalité, à travers le récit d'un projet de co-parentalité entre un couple de gays et un couple de lesbiennes, comme l'on vérifie dans un reportage actuel :

Avant de se lancer dans un projet de coparentalité, c'est tout un cheminement par lequel sont passés nos témoins. La GPA ? « On ne l'a jamais envisagée, cela ne nous correspondait pas », confie Massimo. L'adoption ? « Je ne me sentais pas du tout capable de gérer une relation avec un enfant qui avait déjà un passé et sa quête potentielle », admet Bertrand. Pour Caroline et Leila, c'est différent. Si la première était à l'aise avec l'idée de se tourner vers la AMP, leur choix s'est finalement tourné vers une coparentalité : « C'était important pour nous, non seulement que l'enfant puisse avoir une figure paternelle, mais aussi qu'il puisse avoir une relation avec lui, explique Leila. Nous nous sommes tournées vers la coparentalité, et non vers la AMP, également pour permettre à un couple d'hommes d'avoir des

parent serait conditionné à une renonciation, au moins partielle, de l'un des parents biologiques en faveur du conjoint ou partenaire de l'un des parents biologiques, pour permettre une adoption plénière ou simple. Subsidiairement, des alternatives comme une délégation ou autorisation d'autorité parentale, le transfert ou partage de garde, ou la concession du droit de visite, peuvent être octroyés comme des solutions palliatives, en absence d'un encadrement légal. Possiblement très attachée au modèle traditionnelle binaire de famille, tant à l'égard d'une structure de couple (mari/femme) comme de parents (père/mère), le droit a de la résistance à enregistrer un mariage ou partenariat unissant trois personnes ou à établir la filiation d'un enfant à l'égard de trois parents.

**754.** Situation pas très différent des couples hétéros qui se divorcent et se remarient avec des tiers. La nouvelle épouse du père et le nouveau mari de la mère n'ont pas le statut de parents. Ils peuvent essayer d'établir un lien de filiation avec les enfants de son conjoint, mais cela reste l'adoption simple et qui entamerait des conséquences pour l'autre parent. Même si les coparents ont tous participé du rapport de paternité dès le début, dès la conception, il n'y pas de garantie de reconnaissance de leurs droits, en raison de la limitation à reconnaître trois ou quatre parents au même enfant.

## B. La « cogestation »

**755.** En essayant de rapprocher le projet de parentalité le plus possible du modèle de filiation traditionnelle, certains couples de femmes réfléchissent à partager la gestation du même enfant, à travers la cogestation. En effet, la grossesse s'établirait à l'égard de l'une des épouses ou partenaires, qui serait la mère biologique inséminée et qui engendrait la grossesse jusqu'à une

*enfants. Ça a compté dans notre décision* ». PEYRE, Philippe, "Deux papas, deux mamans : une famille" In *Têtu*, n. 214, mai/juin, 2017, p. 34.

Aujourd'hui, près de trois ans après leur rencontre, ils sont tous les quatre parents du petit Corentin, conçu grâce à une pipette après trois essais. C'est le sperme de Massimo qui a été appelé pour féconder l'ovule de Leila. (...) elle (Leila) et Massimo en sont les seuls parents légaux quand Caroline et Bertrand, eux, ne sont reconnus qu'à titre de tiers. Peu élégant pour un parent qui a tant désiré cet enfant. « *J'ai coupé le cordon ombilical*, lance Bertrand tout sourire et pas peu fier d'un tel souvenir. *On construit du symbolique à la place du juridique* ». Caroline, elle, confesse davantage son sentiment d'insécurité par rapport à cette situation : « *Le lien se fait de manière quotidienne avec Corentin mais le fait que je n'aie pas les mêmes droits que Leila ou Massimo sur lui reste très présent, je ne vais pas vous mentir.* (...) »

Les possibilités qui s'offrent à eux pour être tous reconnus au même titre sont inexistantes. « *On ne peut pas avoir quatre liens de filiation, c'est actuellement impossible* » (...). Reste alors l'adoption simple, mais elle ne permet d'établir que jusqu'à trois liens de filiation. « *Cela implique beaucoup de choix cornéliens qui font que les gens y renoncent ; par exemple, l'adoption simple par l'épouse de la mère ferait perdre au père son autorité parentale* » (...). Ou comment déshabiller Massimo pour habiller Caroline. Il y a aussi l'option « *délégation de l'autorité parentale* » qui, cette fois, ne prive pas les parents biologiques de leur autorité qu'ils partagent avec « un tiers » mais elle ne va pas venir se substituer à un lien de filiation. « *Il n'y a pas d'héritage et on n'a pas le statut de parent* », s'agace l'avocat parisien. PEYRE, Philippe, "Deux papas, deux mamans : une famille" In *Têtu*, n. 214, mai/juin, 2017, p. 35.

certaine période initiale. Dans ce moment, le fœtus serait transposée de cette femme déjà enceinte à son épouse/partenaire, qui poursuivait la gestation jusqu'au bout et accoucherait l'enfant. D'une part, la cogestation permettrait une expérience de communion totale entre les deux épouses/partenaires, qui partageraient l'enfant dans leurs ventres, en l'engendrant. L'une donnerait son apport génétique à l'enfant et abriterait la création de l'enfant dans son ventre ; l'autre lui donnerait la complémentation de la formation et le cadeau de la naissance, en le donnant le jour. D'autre part, l'état actuel de la médecine déconseille cette procédure, considérée de haut risque pour l'enfant et les « mères ». Possiblement dans le futur, comme l'on a déjà fait pour certaines procédures médicales, la procédure de cogestation se fera sans difficultés, mais c'est pas le cas pour le moment. Le cas connu de cogestation a eu lieu en Afrique du Sud<sup>479</sup>.

**756.** Pour l'instant, la cogestation entre femmes pose de défis médicales, mais aussi des questions éthiques et légales. D'abord, l'on s'interroge sur la licitude de la procédure, depuis un point de vue bioéthique. Pas n'importe quel système légal permettrait la réalisation d'une procédure tellement complexe et risquée pour la santé des deux mères « biologiques » et de l'enfant. En cas de succès de la procédure, il y aurait le souci juridique de la détermination de la mère de l'enfant. Un souci qui ne paraît pas banale, même chez les systèmes légaux qui ouvrent l'accès à l'AMP aux couples de femmes, parce qu'ils identifient souvent une mère biologique de l'enfant et une « deuxième mère », qui a accès à sa reconnaissance comme mère directement à travers une autorisation ou par la voie indirecte d'adoption unilatérale. Il s'imposerait la question de l'identification de la mère biologique de l'enfant. Certains systèmes légaux priorisent le critère génétique où la mère biologique serait celle qui a donné le gamète. D'autres systèmes légaux considèrent que la mère est celle qui a donné le jour à l'enfant. Il faut dire que ce critère-ci est une permanence du critère ancien – *mater semper certa est* –, qui réunissait à la fois les critères génétiques et de l'accouchement, parce qu'il était auparavant pas possible de les dissocier. Pourtant, les dernières décennies, cette rupture a été permise, avec la possibilité de donation, fertilisation et implantation d'œufs d'une femme tiers, pour qu'une femme accomplisse son projet de maternité, en l'éprouvant à cent pourcent, à travers la gestation et l'accouchement. En matière de DIP, il faut observer que la loi applicable à la procédure de cogestation et surtout à la mise en place de la transférence du fœtus d'une femme à l'autre serait la loi du lieu de la réalisation de la procédure. Si autrefois, la détermination de la mère biologique prenait en compte le lieu de naissance de l'enfant, actuellement cela pourrait prioriser ledit critère génétique. Dans ce sens, le DIP jouerait un rôle essentiel à travers les critères de rattachement pour

---

479 Note cas AfS.

indiquer la loi applicable à la filiation de l'enfant né de la procédure, qui contiendrait ainsi le critère – génétique ou natalice –, selon lequel serait identifiée la mère génétique.

## §2. La GPA

**757.** *A priori*, il faut éclairer le concept de la GPA. La Gestation pour autrui se caractérise par le recours à une mère porteuse qui porte l'embryon pour une personne ou un couple, aux bouts de permettre la réalisation d'un projet de parentalité. Selon le régime légal de chaque État, cette procédure est ouverte aux personnes célibataires et aux personnes vivant en couple, parfois aux couples hétérosexuels, encore rarement aux couples homosexuels. Cette procédure établit obligatoirement l'idée de parent(s) d'intention et d'une mère porteuse, sans laquelle la procédure serait impensable. Chaque législation établit aussi le régime d'accès à la mère porteuse, en encadrant le rapport entre la mère porteuse et le(s) parent(s) d'intention, et son statut à l'égard de l'enfant. Également, le statut de parent(s) d'intention est aussi évalué, en faisant attention au cas de couples, au parent qui a le lien biologique avec l'enfant et le parent sans le lien biologique, mais qui compterait sur le lien sociologique, et possiblement juridique avec l'enfant. Dans le cas des couples de personnes du même sexe, il est certain que la GPA est la seule option de reproduction assistée disponible aux couples d'hommes, en priorisant la parentalité aux deux conjoints/partenaires, sans la partager avec une(deux) femme(s), comme dans un projet de coparentalité.

**758.** Il est important d'observer qu'il y a des arguments favorables et défavorables à la GPA. Contrairement à l'AMP, qui s'appuie, en tant qu'une technique de reproduction assistée, pour régulariser une situation de fait, la GPA restreint la mère porteuse à un rôle reproductif, secondaire, et priorise l'intérêt du(des) parent(s) d'intention par rapport à la mère porteuse. L'argument défavorable est la marchandisation du corps de la femme, une fois que les mères porteuses seraient présomément exploitées par leur utilisation, surtout si c'est le cas d'une GPA onéreuse. A cette critique sur la marchandisation du rôle de la mère porteuse, s'ajoute l'argument que les mères porteuses seraient dépourvues d'un côté maternel, pour le fait de porter l'enfant pour quelqu'un. Cette critique s'avoisine à l'interdiction d'indisponibilité de l'état des personnes et d'abandon d'incapables, souvent criminalisé dans plusieurs juridictions. Et cependant l'action de contribuer pour le projet de parentalité de quelqu'un pourrait représenter le contraire : l'exercice d'un côté généreux maternel, surtout quand elle participe de la GPA sans le caractère onéreux, par altruisme.

Ce qui démythifie l'image de folles (parce qu'elles dénie l'amour maternel) ou des prostituées (quand elles font un usage tarifé du corps, même sans vendre de sexe). Il y a aussi la critique défavorable, basée sur le « désir d'enfant », selon laquelle la GPA servirait surtout aux intérêts des parents d'intention, pour la réalisation d'un projet égoïste de parentalité. L'on revient sur l'argument qui oppose les bénéfices de l'adoption et des techniques de reproduction assistée. Certains affirment que l'adoption priorise l'enfant déjà existant dans la quête d'une famille, et que, à son tour, la reproduction assistée priorise les parents d'intention qui engendraient l'enfant pour la réalisation d'un projet égoïste et personnel. Cette critique sur la réification de l'enfant serait contestable par l'idée qu'un enfant, même que conçu de manière expresse avec l'aide médicale pour la réalisation d'un projet de parentalité, ne serait pas moins aimé ou soigné qu'un enfant adopté. Il est difficile de croire que l'amour parental des personnes qui se seraient certainement battus pour un tel projet de parentalité serait banal.

**759.** Le principal argument favorable est que la GPA serait une procédure qui permettrait à ceux qui ne réussissent pas à avoir d'enfants à les avoir, surtout si c'est le cas d'une GPA altruiste. En plus, certaines femmes revendiquent l'autonomie sur leurs corps, en argumentant qu'elles ont le droit de les utiliser selon leur gré, pour le droit à l'avortement, le droit à exploiter leurs corps à travers le sexe tarifé. De même, elles revendiquent le droit à servir comme mère porteuse dans une procédure de GPA, en solidarité avec ceux qui ont besoin d'une mère porteuse pour concrétiser leur projet de parentalité, soit de manière altruiste, soit onéreusement, avec l'avantage d'améliorer leur condition personnelle.

**760.** Pour mieux comprendre certains aspects légaux de la GPA, il faut analyser sa classification, selon deux critères essentiels pour son admission ou interdiction. D'abord, l'on considère la possibilité de sa mercantilisation ou pas. Ensuite, l'on analyse, selon l'objet de cette thèse, l'accès des couples de personnes du même sexe comme parents d'intention.

## A. La classification selon le caractère de la GPA par rapport à l'accès à la mère porteuse

**761.** Comme la Gestation pour autrui part du recours indispensable à une mère porteuse qui porte l'embryon, l'aspect probablement le plus polémique est la forme comme cet accès se fait. Il est évident que le procès d'implantation et de gestation d'un enfant pendant environ neuf mois, suivi

d'un accouchement et de la conséquente convalescence de la mère qui ait donné le jour à l'enfant, est un procès complexe qui a des énormes repercussions médicales sur le corps et la santé de la mère porteuse. Pour cette raison, il y a un riche débat sur l'utilisation des femmes, surtout sur la potentielle marchandisation des corps de femmes. Les aspects principaux de la GPA qui conduisent à sa classification prennent en compte la figure la plus sensible du rapport, celle de la mère porteuse. Une bonne partie de règles sur l'encadrement de la GPA ou son interdiction prennent en compte l'utilisation du corps de la mère porteuse.

## 1. La GPA onéreuse

**762.** La classification de la GPA comme onéreuse se base sur l'utilisation tarifée du corps de la mère porteuse. Semblablement à un service rendu à la personne ou au couple pour qui elle porte l'embryon et accouche l'enfant, la mère porteuse est payée pour ce service. Compte tenu toutes les conséquences de la grossesse, de l'accouchement de l'enfant et de la convalescence de la mère en raison de cette « labeur », une compensation, qui est souvent assez généreuse et dépasse un simple caractère indemnitaire, serait payée en échange des services rendus. Des critères médicaux et possiblement « eugéniques », dans certains cas, intensifient la recherche de la mère porteuse/biologique idéale, ce qui intensifie le caractère onéreux de la GPA. Comme le cercle d'États qui autorisent la GPA est encore limité, et le groupe de ceux qui permettent la GPA onéreuse est encore plus restreint, cela favorise le surgissement d'un marché hautement lucratif, d'une part, et des conditions d'exploitation sauvage des mères porteuses payées, d'autre part.



## 2. La GPA altruiste

**763.** La classification de la GPA comme altruiste se base sur la participation non-tarifée de la mère porteuse. Différemment de ce qu'il se passe pour la GPA onéreuse, sa contribution n'est pas considéré comme un service, mais comme un acte « héroïque », un sacrifice, une contribution pour permettre à la personne ou au couple pour qui elle porte l'embryon et accouche l'enfant, d'accéder à leur projet de parentalité. Compte tenu toutes les connues conséquences de la grossesse, de l'accouchement de l'enfant et de la convalescence de la mère ; même en œuvrant gratuitement, la mère porteuse a droit à une compensation au titre d'indemnités pour toutes ces dépenses médicales.

**764.** En plus, il y a de l'encadrement en raison du lien de parentalité de la mère porteuse et la personne ou l'une de personnes du couple, ce qui évite des fraudes.

### B. La classification selon les acteurs de la GPA chez les couples de personnes du même sexe

**765.** Par l'impossibilité totale, chez les couples d'hommes, et l'impossibilité souvent partielle, chez les couples de femmes, les couples de personnes de même sexe cherchent une mère porteuse pour accomplir leur projet de parentalité.

#### 1. La GPA pour les couples d'hommes

**766.** La GPA est la technique d'reproduction assistée la plus utilisée par les couples d'hommes, parce qu'elle est leur chemin naturelle pour aboutir un projet de parentalité, sauf l'hypothèse de coparentalité.

##### *a) La GPA touchant l'un des conjoints ou partenaires comme père biologique*

**767.** En s'appuyant sur le modèle de filiation classique, la GPA est la technique d~e reproduction assistée la plus utilisée par les couples d'hommes, parce qu'elle est leur chemin naturelle pour

aboutir un projet de parentalité, sauf l'hypothèse de coparentalité. Cette modalité de GPA priorise le rôle du père biologique, duquel dépend le lien rattachant l'enfant et le conjoint ou partenaire du père biologique, en tant que deuxième père.

***b) La GPA touchant à la fois les deux conjoints ou partenaires comme pères biologiques***

**768.** Comme la cogestation, la GPA ayant deux hommes comme pères biologiques se montrent comme une alternative pour reaffirmer la communion entre les deux conjoints/partenaires. Certainement, compte tenu des limitations médicales, il ne s'agit pas de deux pères biologiques au même enfant, mais de deux pères biologiques différents pour la même procédure de GPA aux jumeaux/jumelles ou triplés. Évidemment, chaque enfant a un père biologique spécifique et la diversité de pères biologiques résulte de l'insémination avec des embryons fécondés par des pères différents dans la même mère porteuse. Il est essentiel d'éclairer que l'indétermination de l'identité du père biologique se maintient seulement par la volonté de deux époux ou partenaires – et au futur par celle des enfants –, qui préfèrent ne pas découvrir la paternité exacte de l'enfant.

**769.** Comme la cogestation entre femmes, la GPA ayant deux différents pères biologiques pose des défis médicaux, mais aussi légaux. D'abord, l'on s'interroge sur la licéité de la procédure, depuis un point de vue bioéthique. Pas n'importe quel système légal permettrait la réalisation d'une procédure tellement complexe et difficile. En cas de succès de la procédure, comme pour l'AMP, il y aurait le souci juridique de la détermination du père de l'enfant, qui pourrait certainement être éclairé par un examen d'ADN, mais qui relève des soucis sur sa mise en place, comme la légitimité pour le requérir. Un souci qui ne paraît pas banal, même chez les systèmes légaux qui ouvrent l'accès à la GPA aux couples d'hommes, parce qu'ils identifient souvent un père biologique de l'enfant et un « deuxième père », qui a accès à sa reconnaissance comme père directement à travers une autorisation ou par la voie indirecte d'adoption unilatérale. Il s'imposerait la question sur l'identification du père biologique de l'enfant.

**770.** En matière de DIP, il faut observer que la loi applicable à la procédure de GPA aux différents pères serait celle du lieu de la procédure et que la loi de la détermination du père ou pères biologiques serait celle du lieu de naissance ou celle du lieu de la reconnaissance de la filiation, selon le for où l'établissement de la filiation se fait.

## 2. La GPA pour les couples de femmes

771. Si les couples de femmes en profitent d'une avantage naturel pour fait porter par une des conjointes ou partenaires l'enfant du couple, ayant recours à la AMP, l'utilisation de la GPA n'est pas rare par les couples de femmes. La GPA par un couple de deux femmes se justifie par l'impossibilité de deux conjointes ou partenaires de porter l'enfant elles-mêmes. Une impossibilité qui pourrait résulter d'infertilité, des conditions de santé qui poserait des risques (parfois fatales) à la santé de la gestante ou à celle de l'enfant, ou même un manque de prédisposition à mener à bout une gestation pendant neuf mois, suivie d'un accouchement. Même si cela paraît ilégale ou égoïste, d'un point de vue légal ou morale, il y a des systèmes légaux qui permettent à une femme (et aussi à un couple hétérosexuel ou lesbien) à avoir recours à une mère porteuse, pour des raisons médicales ou seulement par un argument d'autonomie privé, par un manque de prédisposition à porter un enfant et à l'accoucher<sup>480</sup>. Pour les juridictions qui l'admettent, la GPA pour les couples de femmes suit le régime légal de GPA et pose les traditionnel défis pour sa reconnaissance comme si elle se faisait pour un couple hétérosexuel ou pour un couple d'hommes.

### **Conclusion de la Section 1**

772. L'AMP et la GPA répondent aux instincts de couples de même sexe d'avoir des enfants à eux, avec au moins le matériel génétique de l'un des conjoints ou partenaires. Face au grande bouleversement du modèle de filiation traditionnel, ces alternatives sont très polémiques et souvent critiques, notamment la GPA par la croyance en la exploitation de corps des femmes, les mères porteuses.

773. Face aux récents développement de la médecine, l'AMP et la GPA sont des modalités assez jeunes dans le monde juridique. Et surtout pour les couples de personnes du même sexe, auxquels l'accès à ces procédures est souvent refusé dans plusieurs États.

---

480 Plusieurs cas d'utilisation de la GPA par une femme qui ne pouvait ou ne voudrait pas subir les vicissitudes d'une grossesse suivi d'un accouchement d'un enfant furent des cas des célébrités telles que les actrices hollywoodiennes Lucy Liu, Sarah Jessica Parker, Ellen Pompeo et Nicole Kidman. Dans certains cas, la justificative était l'incompatibilité de la gestation avec les activités professionnelles et les « dommages » qu'une grossesse suivi d'un accouchement pourrait causer à l'image physique, si importante pour la carrière artistique. Si cette possibilité, admise dans une juridiction libérale comme la Californie, serait reconnue ou considérée illicite – ou encore futile – dans une juridiction comme la France est une question qui démontre la complexité du DIP.

## **Section 2. Le régime légal de la filiation par reproduction assistée pour les couples de personnes du même sexe en Droit International privé et sa reconnaissance à l'étranger**

774. Pour examiner le régime légal de la filiation établie par des méthodes de reproduction assistée pour les couples de personnes du même sexe en DIP, il est nécessaire de distinguer l'AMP, utile pour les couples de femmes, et la GPA, alternatif primordial pour les couples d'hommes, mais aussi sollicitée par les couples de femmes, dans certaines circonstances. Il faut étudier l'accès et les restrictions relatives à chacune de ces deux modalités, si que ses conséquences à l'internationale.

### **§1. Le régime légal de filiation par AMP pour les couples de femmes en Droit International privé**

775. Pour examiner l'AMP en DIP, il est nécessaire d'étudier son encadrement et ses conséquences à l'internationale, en ciblant le statut des parties prenantes dans la procédure : l'enfant, la mère biologique, la conjointe ou partenaire de la mère biologique et le père-donneur.

#### **A. L'accès à l'AMP et sa reconnaissance à l'étranger**

776. Au bout de comprendre le phénomène de l'AMP, il faut analyser les aspects légaux de la procédure et ses conséquences à l'étranger, à travers l'examen de conditions d'accès et de la loi qui lui est applicable, si que ses effets à l'étranger. Différemment d'une adoption, qui est complètement dépendante d'une procédure légale, une AMP est une procédure à la base médicale aux effets juridiques.

## 1. Le régime légal de la procédure d'AMP

777. Le régime légal de la procédure d'AMP pose des défis. La considérable nouveauté du thème favorise la diversité de règles et l'incertitude de ses effets dans certaines juridictions. Les aspects médicaux prennent de l'importance capitale, relèvent de la bioéthique et se revêtent des restrictions légales pour essayer d'encadrer ce phénomène.

a) Les restrictions imposées aux patientes candidates à l'AMP

778. L'accès à un traitement médical d'AMP n'est pas offert à n'importe quelle femme. Certaines conditions médicales et légales sont exigées par la juridiction où la procédure se fait. Il appartient à la loi locale, la *lex fori*, d'établir les conditions exigées des patientes qui veulent se soumettre à une procédure d'AMP dans un établissement médical situé au for.

### *a) Critères de restriction rattachés au statut personnel*

779. Des conditions d'âge ou de santé sont exigées pour les femmes désireuses de se soumettre à une procédure de PMA, telles comme un limite d'âge considéré comme adéquat pour la procréation saine, des conditions d'infertilité. En outre, chaque juridiction détermine les critères pour la mise en œuvre de ce genre de procédure sur son territoire, à travers un élément de rattachement tel que le domicile, la résidence habituelle ou la nationalité des patientes. Ces critères opèrent une sélection semblable aux critères de compétence utilisés pour la célébration d'un mariage ou l'enregistrement d'un partenariat, ou même une demande d'adoption au for. La loi du lieu où se trouve l'établissement médical qui administre la procédure médicale d'AMP régit les conditions d'accès au traitement : les conditions subjectives comme l'âge et la santé de la patiente, si que un possible critère objectif de rattachement à la juridiction où se fait la procédure, comme la nationalité, le domicile, la résidence habituelle ou toute absence de lien avec la juridiction de l'établissement médical.

780. Il est important d'observer que, même si l'on n'est pas dans le domaine du conflit de lois, ce sont des critères avoisinés du statut personnel pour déterminer la compétence pour l'accès au traitement. Il est important d'observer que c'est la loi locale qui régit ces conditions exigées pour le traitement, parce que l'on est sur un terrain médical, qui s'avoisine du domaine administratif, pour la réglementation d'une activité spécifique qui relève des questions éthiques, insérées dans un contexte de régulation. Même si l'on envisage des conditions personnels des patientes pour

l'admission au traitement, l'aspect administratif et éthique de la matière prévalait sur toute vocation à régir des conditions comme la condition personnelle ou des restrictions d'âge par la loi personnelle de la patiente. En DIP, il est important de dire que c'est la loi locale qui détermine l'accès au traitement des patientes vivant à l'étranger, avec ou sans aucun rapport avec la juridiction où se fait le traitement.

*β) Conditions concernant les couples de femmes*

**781.** Surmontées les exigences générales d'accès au traitement médical dans une juridiction étrangère, il faut se pencher sur des possibles restrictions d'accès au traitement à l'égard de couples de femmes. *A priori*, toute juridiction hostile à la reconnaissance des couples de personnes du même sexe serait contraire à l'AMP, une fois que la filiation – surtout par reproduction assistée – est l'un des effets les plus avancés pour la reconnaissance de ces couples. Un couple de femmes ne peut y accéder si le for de réalisation de la procédure médicale ne l'autorise qu'aux couples hétérosexuels. Dans l'hypothèse de restriction aux couples de femmes, mais avec l'ouverture aux femmes célibataires, une patiente vivant en couple avec une autre femme serait tenté essayer de cacher sa vie en couple, dans certaines situations comme le concubinage ou le partenariat informel, qui ne changent pas l'état civil sur les documents qui seraient utilisées pour identifier la patiente lors de la procédure médicale. Pourtant, cette situation risquerait la caractérisation comme fraude à la loi en DIP, avec des conséquences négatives pour la reconnaissance de la procédure et/ou les effets du rapport de filiation.

**782.** Dans le cas d'accès aux couples de femmes, il faut analyser les exigences pour la participation de la conjointe ou partenaire de la mère gestante dans la procédure, comme l'exigence d'une autorisation écrite pour la procédure. En tout cas, encore une fois la loi locale régit les restrictions pour le traitement, comme l'exigence d'autorisation de la conjointe ou partenaire, dans l'hypothèse d'ouverture aux couples de femmes. Il est important d'observer que certains couples de femmes peuvent se trouver exclus d'accès au traitement, parce qu'il n'est ouvert aux conjoints, d'une manière neutre.

## **b) La loi applicable à la procédure d'AMP**

**783.** Comme le point classique du DIP est la loi applicable, il faut analyser la loi applicable à la procédure, y inclus celle régissant la convention de AMP, et ses possibles effets en matière de filiation.

### *a) Loi régissant la procédure et la convention d'AMP*

**784.** Compte tenu la complexité d'une procédure d'AMP, il est de usage l'élaboration d'une convention d'AMP pour encadrer les restrictions concernant les patientes, les techniques utilisées pour la procédure médicale, la couverture des coûts de la procédure (la gratuité, l'onérosité, la couverture par l'assurance médicale), les règles sur la responsabilité des professionnels et de l'établissement responsables pour la procédure, le consentement éclairé de la patiente à propos des éventuels risques de la procédure, l'autorisation de la conjointe ou partenaire, l'anonymat ou pas à l'égard du donneur de sperme – même si cela soit discipliné par des services de banques de sperme. Comme une pratique adopté par les établissements responsables par ces procédures, une convention privé est établie entre la patiente désireuse de se soumettre à la procédure, pour préciser ces questions. Dans ce cas, la loi du lieu de réalisation de la procédure de AMP régit son contenu, le fond, mais aussi la forme, soit sous acte sous sein-privé, soit sous acte authentique, s'il est exigé de la faire passer devant un notaire. Malgré l'aspect contractuel de cette convention d'AMP, il faut souligner que son contenu se soumet à la loi du lieu de réalisation de la procédure, en raison des restrictions administratives/éthiques relatives à la procédure. Une question importante est la possibilité d'une clause d'autonomie de la volonté pour régler les éventuels différends relatifs à la procédure. Face au caractère administratif/bioéthique de plusieurs dispositions existantes dans la convention et à la restriction de certains systèmes légaux à ouvrir l'autonomie de la volonté pour les questions d'état de personnes ; il paraît peu probable que certaines juridictions l'admettraient ou reconnaîtraient des effets rattachés à ce genre de clause. Évidemment, les formalités exigées pour cette convention obéissent la *locus regit actum*.

### *β) Application de la loi pénale*

**785.** Compte tenu les restrictions de certains systèmes légaux à l'égard de l'AMP, certaines juridictions sanctionnent à travers le droit pénal certaines pratiques relatives à la reproduction assistée. Certaines lois criminalisent la pratique non autorisée de la procédure, en prévoyant des

infractions légères ou graves pour ceux qui se bénéficient, pratiquent ou entremettent l'AMP aux femmes voulant se soumettre à une telle procédure. Telle était la situation en France, avant la nouvelle loi bioéthique, une fois que la loi antérieure du 1994 prévoyait des sanctions à ce propos, même si elles n'étaient pas applicables en pratique, pour la situation des femmes qui se déplaçaient de la France aux pays frontalières pour faire une procédure d'AMP, parfois sous le conseil des professionnels français<sup>481</sup>. Il s'agit d'une question en DIP d'application extraterritoriale de la loi pénale, une fois que le droit criminel priorise l'application de sanctions pénales aux infractions commises sur le territoire de l'État de la législation pénale. **Dans le Code Pénal, il y a.**

## 2. La reconnaissance et les effets de l'AMP à l'étranger

**786.** Il est intéressant d'observer que, malgré le rapport de cause et conséquence entre l'AMP et la filiation qui résulte du succès de la procédure, pas forcément la reconnaissance du lien de filiation implique la reconnaissance de la convention d'AMP.

### a) *La reconnaissance de la convention d'AMP*

**787.** L'analyse de la reconnaissance de la convention d'AMP est importante parce qu'elle permet de vérifier l'extension des effets de la procédure, comme d'autres effets accessoires, distincts de ceux du rapport de filiation lui-même, qui serait l'effet principal.

---

481 A ce propos, Richard expliquait la situation à la veille de l'adoption de la nouvelle loi bioéthique :

« Un très apparent assouplissement de l'interdiction de l'reproduction assistée à l'étranger a été constaté en 2016. Le 13 janvier 2013, un simple courrier du ministère de la Santé adressé aux agences régionales de la Santé, avait rappelé simplement les peines encourues par les médecins indiquant que « un praticien français risquait cinq ans d'emprisonnement et 75000 euros d'amende s'il transmettait à ses patients une information sur des cliniques ou des organismes étrangers dont les pratiques en matière de don de gamètes ne sont pas conformes à la législation nationale. » Cette correspondance officielle visait les gynécologues fournissant les informations nécessaires aux femmes désireuses de faire pratiquer à l'étranger une assistance médicale à la procréation. Elle avait soulevé l'émoi des praticiens qui ne comprenait pas qu'on puisse leur rapprocher de simplement fournir une adresse.

En juillet 2016, suite à un engagement du président de la République, ce courrier a été rapporté, sans qu'il soit question d'une quelconque abrogation puisque le texte de loi, l'incrimination et sa sanction sont toujours en vigueur et peuvent être interprétés s'il y a lieu à l'encontre des médecins. Mme Marisol Touraine, ministre de la Santé, expliquait : « toutes les femmes enceintes, quel que soit le mode de conception auquel elles ont eu recours, ont dans notre pays le même droit : celui de bénéficier d'un suivi médical de qualité, partout sur notre territoire. » PP. 180-181.



### *a) Reconnaissance*

**788.** La reconnaissance, même qu'indirectement, de l'effet principal de l'AMP, qui est le lien de filiation. Dans les cas où il y a une reconnaissance limitée à la mère biologique. La reconnaissance des effets rattachés à la responsabilité des professionnels ou de l'établissement responsables pour la procédure, le statut du donneur de sperme.

### *β) Refus*

**789.** Le refus à reconnaître la convention ou certaines de ces clauses, comme une reconnaissance automatique et égalitaire comme mères pour la conjointe ou partenaire gestante et sa conjointe ou partenaire, n'entame pas forcément le refus à reconnaître la filiation.

**790.** Il est possible d'avoir la reconnaissance au for de réalisation de la procédure d'AMP, même si ce n'est pas le for de la naissance de l'enfant ; et le refus dans l'État requis, où la reconnaissance de la deuxième mère n'est pas admise ou l'est par voie d'adoption.

### **b) *La reconnaissance de la filiation***

**791.** Comme l'AMP comporte une dimension biologique avec l'une des conjointes ou partenaires, il est opportune d'analyser l'utilisation des critères appliqués autrefois pour la « filiation légitime » en DIP, qui était à la base des règles de filiation. Une doctrine qualifiée comprenait le rattachement de la filiation légitime à la loi applicable aux effets personnels du mariage. Dans ce sens, J. Foyer dit que « la filiation légitime est un des effets du mariage et la fin même du mariage dans sa conception classique : la cellule familiale restreinte, composée par les deux parents et leurs enfants légitimes, doit être régie par une même loi »<sup>482</sup>. Dans ce sens, Monsieur Devers dit comprendre que « les relations personnelles entre les parents étaient analysées comme constituant le centre de gravité de la famille légitime. ». Dans ce sens, Battifol et Lagarde valorisait l'avantage de soumettre l'ensemble des relations personnelles au sein de la famille légitime à une seule et même loi<sup>483</sup>. Monsieur Devers valorise que « l'application de la loi des effets du mariage réalisait donc l'unité de la famille légitime autour d'une loi unique lorsque les époux et les enfants avaient des nationalités différentes »<sup>484</sup>.

---

482 J. FOYER : Rép. Internat. Dalloz, 1<sup>re</sup> ed., 1969, v° Filiation, N. 9.

483 H. BATIFFOL et P. LAGARDE, tome 2, n° 458.

484 Voir Devers, n. 647, P. 387.

**792.** En revanche, la loi personnelle de l'enfant comme loi applicable à la filiation paraît une solution plus neutre, parce que la naissance hors mariage ne présomme pas la naissance dans le cadre d'un rapport de partenariat ou concubinage, même si cela est plus répandu. En revanche, pour le considérable nombre d'enfants nés dans un rapport de partenariat les encadrer comme nés hors une structure familial serait absurde, compte tenu l'état de reconnaissance des couples homosexuels. Surtout pour les couples de personnes du même, où la naissance d'un enfant rattaché à l'un des conjoints ou partenaires ne se fait pas de la manière traditionnelle, comme dans la filiation naturelle d'un enfant né d'un couple hétérosexuel, où la mère est usuellement connue et le père, souvent, connu ou déterminable, sous certaines conditions. En ce sens, Monsieur le Professeur Jacques FOYER précise que « tout se passe comme si le droit n'appréhendait que la dimension verticale de la filiation sans tenir compte de la dimension horizontale des relations entre parents. C'est la logique du principe de la divisibilité de la filiation qui relie l'enfant à son père et sa mère séparément sans considérer le lien qui peut exister entre eux »<sup>485</sup>.

*α) Reconnaissance*

**793.** La reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une procédure d'AMP ne pose pas de défis, parce qu'il s'agit d'une filiation biologique, rattaché à la mère biologique. Dans le cas d'un projet d'AMP chez un couple de femmes, ce qui pose des défis est la reconnaissance de la filiation telle comme prétendue à travers la procédure d'AMP. Si le lien de filiation serait reconnue à l'égard de la mère biologique, le même ne serait pas vrai par rapport à la deuxième mère.

*β) Refus*

**794.** La reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une procédure d'AMP entre l'enfant et la mère biologique ne pose pas de défis, en raison du lien biologique. Dans le cas d'un projet d'AMP chez un couple de femmes, ce qui pose des défis est la reconnaissance de la filiation telle comme prétendue à travers la procédure d'AMP. Si le lien de filiation serait reconnue à l'égard de la mère biologique, le même ne serait pas vrai par rapport à la deuxième mère.

---

485J. FOYER, Les enfants des concubins. Aspects de Droit International privé, in Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p. 523 et s., spéc. p. 525.

## B. La loi applicable au statut des parents

**795.** Il est important d'examiner le statut de parents, c'est à dire, de tous les personnages qui participent de la procédure, à travers la loi applicable à déterminer leur rôle à l'égard de l'enfant.

### 1. Le statut du couple

**796.** Malgré le lien unissant le couple et l'aspect biologique et traditionnel de la filiation par AMP, parce que l'épouse ou partenaire gestante est certainement la mère biologique de l'enfant ; le lien de filiation n'est pas forcément reconnu de la même manière à l'égard des deux épouses ou partenaires. La filiation ne s'établit pas forcément en raison des rapports sexuels, 1) AMP et GPA ; 2) le fait que le mari est père à cause du mariage, pas parce qu'il y a eu des rapports sexuels avec la mère.

#### *a) Le statut de la conjointe ou partenaire gestante*

**797.** La reconnaissance du statut maternel de la conjointe ou partenaire gestante découle du plus traditionnel élément de reconnaissance de la filiation : la présomption *mater semper certa est*, qui rattache la maternité à la femme qui porte et accouche l'enfant. Même s'il y aurait des difficultés à reconnaître la convention d'AMP, la maternité à l'égard de la mère biologique serait reconnue en raison du lien biologique.

#### *b) Le statut de l'autre conjointe ou partenaire*

**798.** Malgré la considérable tolérance de plusieurs systèmes légaux à l'égard de l'AMP, la deuxième mère n'est pas toujours reconnue ni facilement reconnue, dans des juridictions qui permettent sa reconnaissance en tant que mère. Quand cette reconnaissance se fait, elle dépend directement de la perméabilité de droit local aux droits verticaux des couples de deux femmes, au-delà du modèle d'adoption, qui ne définit pas le cadre traditionnel de la filiation biologique. Et le principe que la mère est celle qui accouche a toujours eu d'exceptions ; comme pour l'accouchement sous X. Ce qui pourrait poser des débats pour la GPA et la AMP.

*a) La reconnaissance découlant de la présomption de parentalité en raison du lien du couple*

**799.** La reconnaissance automatique de la filiation à l'égard de la deuxième mère sans le lien biologique avec l'enfant se fait sur la base de la présomption de parentalité en raison du lien unissant le couple. Il s'opère une présomption de maternité à l'image de la présomption de paternité du mariage hétérosexuel, parce que son épouse « accouche » l'enfant du couple. C'est une présomption qui découle du lien de mariage, mais aussi octroyée pour les partenaires dans certains systèmes légaux. Cette présomption démontre l'approximation entre les formes de reconnaissance des couples du même sexe et le mariage traditionnel. Quand elle ne s'applique pas dans l'hypothèse d'ouverture du mariage aux couples homosexuels dans certaines juridictions, c'est une confirmation que le mariage de personnes du même sexe n'est pas toujours équivalent avec le mariage hétérosexuel, en confirmant l'idée du mariage pour tous comme un « mariage bis ». Cette présomption de paternité sert à maintenir la légitimité du mariage, même si l'enfant n'est pas biologique du père.

**800.** Différemment de l'application de la présomption de paternité pour les couples hétérosexuels, la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la deuxième mère sans lien biologique avec l'enfant dans le cas d'une AMP exige souvent de la bureaucratie. Le conjoint ou partenaire sans le lien biologique manifeste son autorisation par une déclaration passée devant le notaire, par une requête judiciaire ou par sa participation comme partie prenante dans la convention d'AMP. Une question intéressante serait l'autorisation donnée dans une juridiction comme celle de la résidence habituelle du couple et la réalisation et même l'accouchement de l'enfant dans une autre juridiction.

*β) La reconnaissance ayant recours à l'adaptation à travers l'adoption*

**801.** Dans certains systèmes légaux plus fermés, la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du deuxième parent sans lien biologique avec l'enfant dans le cas d'une AMP n'est pas faite automatiquement, ni comme le modèle d'une filiation biologique ou sur la base d'une présomption de parentalité. En revanche, elle se fait par l'adoption. Le recours à l'adoption unilatérale, comme si cette reconnaissance partait d'une reconnaissance à l'égard de l'enfant déjà existant de l'autre conjoint ou partenaire, parce que c'est en effet un enfant ayant le traditionnel lien biologique avec le parent qui a le lien déjà reconnu. Cette manière de reconnaître le lien à l'égard du parent sans le lien biologique par l'adoption répond politiquement à une stratégie de réserver la filiation inspirée du modèle biologique aux couples traditionnels, dans une interprétation comme si la reconnaissance à

l'égard du parent avec le lien biologique serait inévitable en raison du lien lui-même, mais pas à l'égard du deuxième parent sans lien biologique avec l'enfant, à qui ne resterait que le recours à l'adoption, comme forme de filiation civile, par fiction juridique.

**802.** Malgré l'égalité entre enfants, surtout après l'établissement de la filiation ; l'utilisation de l'adoption pour établir la filiation à l'égard de la deuxième mère suggère l'adoption comme une forme de filiation inférieure à la filiation biologique, parce qu'elle est utilisée subsidiairement à la reconnaissance automatique.

**803.** La forme comme la reconnaissance se fait est déterminée par la *lex fori*, du lieu de la reconnaissance. Même si elle est facilitée dans certains cas, en raison du contexte de l'AMP et du lien du couple, elle assume le caractère d'une adoption, aux effets d'une filiation adoptive, si elle pose des restrictions.

**804.** Un problème se poserait si l'autorisation donné par le deuxième parent sans le lien biologique, au lieu de réalisation de la procédure de GPA, entame une reconnaissance automatique, et la loi du for de la résidence habituelle du couple ne permet que la reconnaissance par l'adoption. Dans ce cas, la deuxième mère devrait se soumettre à la procédure pour l'adoption. Il serait comme une double requisition, pour éviter des situations boiteuses à l'égard de la filiation de l'enfant.

## 2. Le statut du donneur

**805.** Figure indispensable pour une procédure d'AMP, le donneur joue un rôle intéressant dans le débat sur la reconnaissance de la filiation à l'égard de l'enfant résultant de l'AMP. Pour la discussion sur son statut à l'égard de l'enfant, il est essentiel d'analyser le régime sur lequel la donation de sperme se réalise : sans ou avec l'anonymat. Curieusement, le débat ne se centre pas sur la reconnaissance de sa paternité, mais souvent sur l'accès de l'enfant à l'identité de son père biologique. En effet, il s'agit de l'accès de l'enfant à une partie de sa vérité biologique.

**806.** Un point intéressant est une possible réflexion sur la marchandisation du donneur. Si dans la GPA, il y a un grand débat sur l'utilisation du corps de la femme ; l'on voit rarement une discussion pareille sur l'utilisation du donneur comme un simple agent reproducteur. Sous un angle comparative, certainement l'effort de la mère porteuse est beaucoup plus quantifiable, en considérant toute la période de grossesse avec des possibles troubles et l'accouchement, que la

contribution du donneur, dans un moment précis et sans des conséquences qui s'étende pendant longtemps. De toute façon, les deux personnages sont dans une même situation : ils sont utilisés comme des agents reproducteurs aux intérêts de tiers, sans la perspective de voir reconnu un lien de parentalité à l'égard de l'enfant.

**a) *Le donneur anonyme***

**807.** L'anonymat du donneur fut le système initialement adopté pour des procédures de AMP, surtout parce qu'ils remplaçaient les pères d'intention, dans les cas de AMP pour les couples hétérosexuels. Il était utile qu'ils restaient effaçable pour ne pas rompre l'harmonie de la présomption de paternité à l'égard du mari infertile. Dans le cas de la AMP pour les couples de femmes, il est aussi important de garder le même anonymat du donneur, pour garantir la possibilité de reconnaissance de la deuxième mère sans le lien biologique avec l'enfant. La garantie d'anonymat stimule la donation, en rassurant le donneur qu'il ne sera pas reconnu comme père de l'enfant, parce que le père est inconnu.

**808.** Un cas intéressant fut la détermination du levé de l'anonymat du donneur en bénéfice de l'intérêt de l'enfant, pour déterminer que le donneur reconnu comme père payait des aliments à son fils. Alors, anonymat pas garanti. Il est important d'observer comment les systèmes légaux autorisent ce levé de l'anonymat, de façon complète ou partielle. Analyser les conditions pour le levé de l'anonymat.

**b) *Le donneur connu***

**809.** La garantie de l'anonymat du donneur est brisée au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un rapport où l'enfant est la partie la plus fragile, l'anonymat du donneur cède pour garantir le droit de l'enfant à connaître sa vérité biologique. La question de lever ou pas l'anonymat pose des défis. Les partisans de l'anonymat disent que le levé de l'anonymat exposerait des donneurs que ne l'accepteraient en raison de l'anonymat. Par conséquent, cela pourrait desstimuler les donations, en provoquant une baisse des doneurs disponibles. En revanche, les arguments favorables à le lever disent que connaître un donneur c'est pas pour reconnaître l'enfant, une autre chose. D'ailleurs, des testes sur internet permettent de retrouver les pères (ADN?), raison pour lever l'anonymat qui serait de toute façon éliminé.

### *a) Le donneur identifié*

**810.** Les systèmes qui prévoient l'accès à l'identité du donneur priorisent le droit de l'enfant à connaître sa vérité biologique. Si le droit à accéder à la AMP ou à la GPA correspondent à une réponse au désir d'enfant ; le droit de l'enfant à connaître l'identité de son père correspond au rêve d'enfant de connaître son père. Il est important de analyser que la possibilité de connaître l'identité du père ne conduit pas à sa reconnaissance légale comme père, comme la solution du droit allemand, par exemple<sup>486</sup>.

### *β) Le donneur à profil étendu*

**811.** L'hypothèse du donneur à profil étendu répond au besoin d'équilibrer l'intérêt des donneurs qui acceptent de contribuer avec la donation, sans vouloir se reconnaître comme père de l'enfant et la quête de l'enfant pour connaître l'identité de son père. Ainsi, dans le système de donneur étendu, un profil détaillé du donneur est élaboré de manière à permettre à l'enfant de connaître le profil de son père, sans l'exposer. Un dossier avec des renseignements physiques, psychologiques et même de la personnalité est sauvegardé pour donner une idée à l'enfant qui est son père. Cette solution harmonieuse permet aux enfants de s'acrier partiellement la quête d'identité de son père biologique, en satisfaisant d'une certaine manière la quête d'identité de soi-même.

## §2. Le régime légal de filiation par GPA pour le couples de personnes du même sexe en Droit International privé

**812.** Le régime légal de la procédure de GPA pose des défis encore plus complexes que ceux prés

### A. La procédure de GPA et sa reconnaissance à l'étranger

---

<sup>486</sup> FURKEL, Françoise. « Le non-anonymat des donneurs de sperme en droit Allemand. Qu'en penser ? ». BRUNETTI-PONS, Clotilde (dir.). *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ? Assistance médicale à la procréation, gestation pour le compte d'autrui*. Paris, Mare & Martin, 2018. p. 193 s.

**813.** Face à son caractère polémique, le régime légal de la procédure de GPA pose des défis encore plus complexes que ceux relatifs à l'AMP, pour son autorisation et sa reconnaissance à l'étranger.

## 1. Le régime légal de la procédure de GPA

**814.** Le régime légal de la procédure de GPA pose des défis encore plus complexes que ceux présentés pour l'AMP. Le recours obligatoire à une mère porteuse impose un débat polémique sur la licitude et la moralité de la procédure, à cause des aspects médicaux qui relèvent de la bioéthique. Le statut des parties prenants dans la procédure est autre question cruciale.

### *a) Les restrictions légales aux candidates à la GPA*

**815.** L'accès à un traitement médical de GPA n'est pas toujours autorisé dans certaines juridictions. Dans l'hypothèse d'admission dans certains systèmes légaux, il n'est pas ouvert aux couples de personnes de même sexe, par les traditionnelles restrictions à l'égard de ces couples. Les conditions médicales et légales qui encadrent l'accès à la GPA sont très strictes dans certaines juridictions. Il appartient à la loi locale, la *lex fori*, d'établir les conditions exigées des parents d'intention qui veulent accéder une procédure de GPA dans un établissement médical situé au for.

#### *a) Critères de restriction rattachés au statut personnel*

**816.** Non seulement des conditions subjectives d'âge ou de santé, mais surtout des critères objectifs qui opèrent une sélection semblable aux critères de compétence utilisés pour le mariage ou l'enregistrement d'un partenariat, ou même une demande d'adoption au for. La loi du lieu où se trouve l'établissement médical qui administre la procédure médicale de GPA établie les conditions comme la nationalité, le domicile, la résidence habituelle ou l'absence de lien avec la juridiction de l'établissement pour que la patiente se soumette au traitement. Il est important d'observer que, même si l'on n'est pas dans le domaine du conflit de lois, ce sont des critères basés sur le statut personnel pour déterminer la compétence pour l'accès au traitement



*β) Conditions concernant les couples de personnes du même sexe*

**817.** Surmontées les difficultés de rattachement au traitement médicale dans une juridiction étrangère, il faut analyser la condition d'accès en raison de la condition en tant que couple homosexuel. Un couple homosexuel ne peut y accéder si le for de réalisation de la procédure médicale ne l'autorise qu'aux couples hétérosexuels. Comme il se passe pour l'AMP, dans l'hypothèse d'accès, il faut analyser les conditions d'accès, comme le caractère altruiste ou onéreux de la convention de GPA ou du contrat de GPA ; si que les exigences pour la concurrence du conjoint ou partenaire du père biologique ou de la conjointe ou partenaire de la mère biologique, comme l'exigence d'une autorisation écrite pour la procédure.

**b) *La loi applicable à la procédure de GPA***

**818.** Pour la GPA en DIP, il faut analyser la loi applicable à la procédure, y inclus celle régissant la convention de GPA et les possibles effets de la procédure.

*a) Loi régissant la procédure et la convention de GPA*

**819.** La procédure de GPA impose des restrictions, non seulement sur qui peut se soumettre à la procédure, mais des conditions relatives aux techniques utilisés pour la procédure médicale, la couverture des coûts de la procédure (la gratuité, l'onérosité et même la couverture par l'assurance médicale), les règles sur la responsabilité des professionnels et de l'établissement responsables pour la procédure et les exigences spécifiques, telles que certaines conditions médicales des patients ou l'agrément du conjoint ou partenaire du père biologique, dans le cas d'accès ouvert aux couples d'hommes. Ces conditions sont régis par la loi du lieu de réalisation de la procédure médicale de GPA. De même, cette loi locale régit aussi le principal aspect de la GPA en droit comparé, son régime économique, si gratuite, en tant que GPA altruiste, ou onéreuse, considéré comme un rapport commercial ou un service rémunéré. Comme une pratique adopté par les établissements responsables par ces procédures, une convention privé est établie entre les parties prenantes – la mère porteuse et le parent biologique – et éventuellement le parent sans lien biologique –, les clauses de consentement informé sur les risques et conséquences de la procédure médicale, l'agrément du conjoint ou partenaire, en cas de accès aux couples homosexuel, le statut de la mère porteuse et d'autres conditions spécifiques de la procédure, selon la loi locale et la politique de

l'établissement. Surtout le régime économique, avec la prévision de compensation à la mère porteuse pour toutes les dépenses encourues pendant la grossesse et pour l'accouchement et la période post-accouchement pour son rétablissement. Dans ce cas, la loi du lieu de réalisation de la procédure de GPA régit son contenu, le fond, mais aussi la forme, soit sous acte sous sein-privé, soit sous acte authentique, s'il est exigé de la faire passer devant un notaire.

### *β) Application de la loi pénale*

**820.** Compte tenu des restrictions de certains systèmes légaux à l'égard de la GPA, certaines juridictions sanctionnent à travers le droit pénal certaines pratiques relatives à la procédure. Certaines lois criminalisent la pratique non autorisée de la procédure, en prévoyant des infractions légères ou graves pour ceux qui se bénéficient, pratiquent ou entremettent la AMP aux femmes voulant se soumettre à une telle procédure. Telle était la situation en France, avant la nouvelle loi bioéthique, une fois que la loi antérieure de 1994 prévoyait des sanctions à ce propos, même si elles n'étaient pas applicables en pratique, pour la situation des femmes qui se déplaçaient de la France aux pays frontaliers pour faire une procédure de AMP, parfois sous le conseil des professionnels français<sup>487</sup>. Surtout l'aspect économique de la GPA, la supposée exploitation de la mère porteuse, sur le fondement de la marchandisation du corps de la femme.

## 2. La reconnaissance de la GPA à l'étranger

**821.** Compte tenu des aspects polémiques de la GPA, sa reconnaissance pose de problèmes dans certaines juridictions. Comme certains systèmes légaux restreignent plus sévèrement la GPA que l'AMP, en raison du supposé argument de l'utilisation du corps de la femme ; ils s'y opposent

---

<sup>487</sup> A ce propos, Richard expliquait la situation à la veille de l'adoption de la nouvelle loi bioéthique :

« Un très apparent assouplissement de l'interdiction de la reproduction assistée à l'étranger a été constaté en 2016. Le 13 janvier 2013, un simple courrier du ministère de la Santé adressé aux agences régionales de la Santé, avait rappelé simplement les peines encourues par les médecins indiquant que « un praticien français risquait cinq ans d'emprisonnement et 75000 euros d'amende s'il transmettait à ses patients une information sur des cliniques ou des organismes étrangers dont les pratiques en matière de don de gamètes ne sont pas conformes à la législation nationale. » Cette correspondance officielle visait les gynécologues fournissant les informations nécessaires aux femmes désireuses de faire pratiquer à l'étranger une assistance médicale à la procréation. Elle avait soulevé l'émoi des praticiens qui ne comprenaient pas qu'on puisse leur rapprocher de simplement fournir une adresse.

En juillet 2016, suite à un engagement du président de la République, ce courrier a été rapporté, sans qu'il soit question d'une quelconque abrogation puisque le texte de loi, l'incrimination et sa sanction sont toujours en vigueur et peuvent être interprétés s'il y a lieu à l'encontre des médecins. Mme Marisol Touraine, ministre de la Santé, expliquait : « toutes les femmes enceintes, quel que soit le mode de conception auquel elles ont eu recours, ont dans notre pays le même droit : celui de bénéficier d'un suivi médical de qualité, partout sur notre territoire. » PP. 180-181.

fortement. L'ordre public joue un rôle fondamental pour limiter ses effets et s'ajuster au respect à la protection de l'enfant.

**a) *La reconnaissance de la convention de GPA***

**822.** Comme pour l'AMP, la reconnaissance ou le refus de la convention de GPA n'est pas directement rattachée à la reconnaissance de la filiation de l'enfant né de la GPA. Effet principal. Effets accessoires.

*α) Reconnaissance*

**823.** La reconnaissance de la convention de GPA ne se fait pas facilement, face à la prédominance d'États que l'interdisent, surtout pour les couples de personnes du même sexe.

*β) Refus*

**824.** Le refus à reconnaître la validité des conventions étrangères de GPA se base sur les arguments contraires à la GPA. L'ordre public et la fraude à la loi sont évoqués en DIP pour barrer sa circulation. Fraude à la loi plus forte, parce que les éléments sont présents, intentionnel, déplacement qui caractérise l'action pour se soumettre à une autre loi régissant la matière, parce que les lois régissant ce genre de procédure médicale sont territoriales.

**825.** En France, une solide interdiction de la GPA est érigée, dans le sens de ne pas autoriser la GPA sur le territoire national ni valider les effets des conventions faites à l'étranger dans l'Héxagone. La Cour de Cassation a fourni la base, même en sens général, pour ce refus, en prohibant toute convention contraire à l'ordre public et portant atteinte à l'état de personnes<sup>488</sup>. Dans l'esprit du débat sur la GPA qui gradissait aux années 90, le législateur a inscrit la nullité de « toute convention portant sur la procréation ou gestation pour le compte d'autrui » dans le code civil, sur l'article 16-7 et 16-9, à travers la première loi bioéthique (n° 94-653 du 29 juillet 1994).

**b) *La reconnaissance des enfants nés de GPA à l'étranger***

**826.** Le régime légal de la procédure de GPA pose des défis encore plus complexes que ceux prés

---

488 Cass. ass. plén. 31 mai 1991, Bull. ass. Plén. 1991, n° 4 ; JCP 1991, II, 21752, concl. Dontenwille, note F. Terré ; D. 1991, p. 417, rapp. Y. Charrier, note D. Thouvenin ; RTD civ. 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller.

### *a) Reconnaissance*

**827.** L'un des points les plus intéressants sur la reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger est la reconnaissance de la filiation, indépendamment de la reconnaissance de la validité de la convention de GPA ni de la licéité de la procédure à l'origine de cette modalité de filiation. Au niveau européen, telle fut la position de la CEDH à travers une jurisprudence encore en train de construction, mais où s'aperçoit déjà une position dans le sens de reconnaître le lien de filiation, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, et à condition d'un lien biologique à l'égard de l'un des parents d'intention. Pour mieux comprendre le développement de cette jurisprudence européenne, il faut analyser le parcours juridique de la question en France, une fois que l'État français a joué un rôle central pour le développement de cette jurisprudence, parce que l'État français fut traduit plus d'une fois devant la CEDH pour des supposées violations à la CoEDH.

**828.** La France maintient une position ferme de non-législation de la GPA en droit interne, pour éviter la marchandisation des femmes, censées être exploitées comme mères porteuses, et aussi en raison de l'indisponibilité de l'état de personnes en ce qui concerne l'enfant. Pourtant cela n'a pas empêché certains ressortissants français de avoir recours à la GPA dans d'autres juridictions étrangères qui l'autorisent et l'encadrent, posant ainsi un défi pour l'État français sur le statut des enfants nés d'un parent d'intention, mais aussi biologique, français à l'étranger ayant recours à la GPA. Parallèlement et contemporanément à la jurisprudence de la CEDH, la jurisprudence française sur le thème se construit, à travers un procès dialéctique, à mesure que les décisions et un avis de la CEDH sont dirigés à l'État gaulois, pour guider son adaptation au thème au niveau interne. Face à la résistance des autorités françaises de ne pas faire la retranscription des certificats de ces enfants sur l'enregistrement civil français, certaines familles ont cherché une solution auprès le Judiciaire français et successivement devant la CEDH.

**829.** Le débat sur le thème n'est pas nouveau en France. A partir des années 2000, en accompagnant une expansion de l'offre de la GPA dans certains États, des ressortissants français cherchent dans des juridictions étrangères les services des mères porteuses, disponibles à rendre possible leur projet de parentalité à la façon « biologique ». Comme ces ressortissants français ont eu des difficultés à faire retranscrire le certificat de naissance issu au lieu de naissance de l'enfant auprès les autorités françaises ou à faire la retranscription du certificat étranger sur l'enregistrement français, ils ont demandé l'intervention du Judiciaire. Leur objectif était l'enregistrement auprès les autorités consulaires françaises à l'étranger au bout de délivrer un passeport français pour l'enfant et l'enregistrement en France, pour la délivrance des documents d'identification de l'enfant, découlant

de la nationalité française, basée sur la reconnaissance de la filiation. Comme ces tentatives furent frustrées ou limitées à la seule reconnaissance de la filiation à l'égard du parent avec le lien biologique, des cas furent traduits devant la CEDH. En outre, la GPA fut aussi un point si polémique pendant les débats pour la loi du mariage pour tous et pour la réforme de la loi bioéthique, que sa légalisation fut ostensiblement écartée de ceux deux importantes lois. Les gouvernements français récents ont renoncé à mettre la GPA dans l'agenda législative, puisque le Président Hollande éclairait que la GPA ne ferait pas partie de « son quinquennat » et le Gouvernement Macron suit le même chemin, en excluant la GPA de la loi bioéthique.

**830.** Malgré la proscription de la GPA en droit interne, l'on aperçoit une attitude complaisante à l'égard de la GPA en France les dernières années. Le premier signe fut la Circulaire Taubira<sup>489</sup>, à la veille de l'adoption de la loi du mariage pour tous, déterminant la retranscription des certificats de naissance des enfants nés des parents d'intention à travers une GPA à l'étranger sur l'enregistrement civil français. La Circulaire du 2013. Des mesures plus strictes résultèrent des condamnations de la France devant la CEDH pour des supposées violations de la CoEDH dans des cas de GPA. En 2014, la France a été condamnée dans les affaires *Menneson et Labassée c/France*, pour le refus de reconnaître les certificats de naissance sur l'enregistrement civil français, la concession de la nationalité française et la reconnaissance des droits successoraux aux enfants « français » nés de GAP aux États-Unis<sup>490</sup>. Dans ces deux affaires similaires, la CEDH s'est basée sur la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et considéré la vérité biologique pour la reconnaissance, puisque le père d'intention français était le père biologique. Lors de l'exécution de la décision, l'État français a étendu les effets de la décision, en reconnaissant la mère d'intention – en tant qu'épouse du père biologique – sur l'enregistrement français.

**831.** Entre l'historique affaire *Menneson et Labassée c/ France* et des nouvelles affaires sur le sujet touchant la France devant la CEDH, il y a eu un important revirement de jurisprudence de la Cour de Cassation sur le thème. Dans son arrêt du 3 juillet 2015, la Cour de Cassation a accordé la transcription dans l'état civil français des enfants nés de GPA à l'étranger. Pourtant, cette transcription restait partielle, puisque le parent d'intention sans lien biologique restait encore invisible, inexistant sur l'enregistrement.

**832.** Si la première condamnation de la France sur la GPA dans la CEDH versait un cas de GPA pour des parents d'intention qui forment un couple de personnes de sexe différent, une nouvelle condamnation de la CEDH à l'égard de la France relevait un père biologique qui était pacsé à un

---

489 Circ. N° NOR JUSC1301528C, 25 janv. 2013.

490 Note CDF

autre homme. Dans l'affaire Foulon et Bouvet c/France<sup>491</sup>, il s'agissait des demandes de transcription en France des certificats de naissance d'enfants nés suite à une procédure de GPA, en Inde, ayant à la fois comme père d'intention et père biologique un ressortissant français. Le cas Bouvet, Inde. Le cas Foulon, jugé simultanément touche la vente d'enfants. Dans une nouvelle affaire, la CEDH a confirmé sa position à propos de la reconnaissance de la filiation basée sur le lien biologique. En espèce, un couple hétérosexuel s'est allé chercher en Ukraine une mère porteuse. Comme la reconnaissance en France a été obstaculisé par sa non-conformité avec l'article 47 du Code civil, en tant qu'acte dressé à l'étranger, et l'offense aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil, les parents d'intention traduisent le cas devant la CEDH. Dans l'affaire Laborie c/ France<sup>492</sup>, la CEDH a confirmé la filiation à l'égard du père biologique, mais laissa à la discrétion de l'État français les alternatives pour la reconnaissance de la filiation à l'égard de la mère d'intention.

**833.** Au bout d'harmoniser sa jurisprudence avec celle de la CEDH et de former une position dans un terrain si glissant, la Cour de Cassation française a adressé une demande d'avis consultatif à la CEDH sur le thème de la GPA. Cette haute juridiction française a profité l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018 du Protocole n° 16 à la CoEDH, portant sur la fonction consultative de la CEDH sur demande d'un État<sup>493</sup>. La consultation ciblaient sur trois questions spécifiques : 1) si le refus de transcrire un acte étranger, en ce qu'il reconnaît la mère d'intention comme la mère légale, serait une violation au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la CoEDH ; 2) le cas échéant, si la reconnaissance de la mère d'intention comme mère légale par recours à l'adoption serait adéquat pour répondre aux exigences du même article 8 de la CoEDH ; 3) s'il serait possible de distinguer une mère d'intention avec lien biologique d'une mère d'intention sans lien biologique. La réponse rendue par la CEDH le 10 avril 2019 suit, avec la traditionnelle prudence des décisions de la CEDH, la tendance des décisions précédentes de la CEDH de prioriser la protection des enfants nés de GPA et de recommander la reconnaissance de la filiation<sup>494</sup>. Sous le fondement du respect à

---

491 CEDH 21 juillet 2016, Foulon et Bouvet c/ France. requêtes n. 9063/14 et 10410/14

492 CEDH 19 janvier 2017, Laborie c/ France. requête n. 44024/13

493 Le Protocole n° 16 à la CoEDH permet aux plus hautes juridictions des États d'adresser des demandes d'avis consultatifs sur une question relative à une affaire pendante devant les tribunaux nationaux, au bout de renforcer l'interaction entre la CEDH et les cours nationales, si que consolider la mise en œuvre de la CoEDH, au nom du principe de la subsidiarité.

494 « Pour le cas d'un enfant né à l'étranger par gestation pour autrui (GPA) et issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse et alors que le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne,

1. le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale ».

2. le droit au respect de la vie privée de l'enfant ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle l'adoption de l'enfant par la mère d'intention.»

l'article 8 de la CoEDH, la CEDH a recommandé que 1) les États doivent reconnaître le rapport de filiation, des enfants nés de GPA à l'étranger, à cause de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit de l'enfant à son identité ; 2) la reconnaissance de la filiation du père ou mère d'intention doit se faire, selon les moyens disponibles par l'État, pas forcément par la retranscription du certificat étranger, mais aussi par voie d'adoption, à condition que les moyens disponibles en droit interne « garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre ». D'une part, la réponse de la Grande Chambre de la CEDH à l'avis requis par la France favorise la reconnaissance des enfants nés de GPA, même pour les couples de personnes du même sexe. Pour la première fois, la CEDH s'est prononcé sur le statut du parent d'intention sans lien biologique avec l'enfant, en espèce, une mère d'intention sans lien biologique avec l'enfant. D'autre part, l'ouverture de la CEDH envers la discrétionarité des États pour établir le moyen convenable pour la reconnaissance de la filiation à l'égard du deuxième parent d'intention laisse des doutes sur « l'effectivité et la célérité » pour le faire.

**834.** En décembre 2019, la Cour de Cassation a fini par prendre une position très ferme dans le sens de la reconnaissance du parent sans lien biologique dans le cadre de la GPA et de l'AMP. La Cour a affirmé le droit du parent sans lien biologique de se voir reconnaître aussi comme parent de l'enfant, sans distinction par rapport au parent avec le lien biologique<sup>495</sup>.

**835.** De manière générale, le développement de la jurisprudence au niveau national et dans la CEDH démontre une évolution vers la reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA à l'égard des parents d'intention. Même si le débat sur le thème n'a pas les couples de personnes du même sexe comme protagonistes, la position prise par la CEDH permet d'identifier une tendance à reconnaître la filiation par GPA à l'égard des couples de personnes du même sexe. Le déplacement du centre de la question vers l'enfant est une bonne et juste stratégie pour garantir la filiation, en raison de sa vulnérabilité, qui justifie le recours au principe de la protection (impregné dans le principe du meilleur intérêt de l'enfant, dans l'article 3.1 de la Convention des droits de l'enfant du 1989). Le recours à la discrétionarité des États, pour leur permettre d'utiliser les moyens disponibles dans son droit domestique pour la reconnaissance de la filiation à l'égard du parent d'intention sans lien biologique pourrait exposer des couples homosexuels aux pièges, qui leur priveraient de cette reconnaissance. Certains systèmes légaux pourraient offrir des moyens pour cette reconnaissance seulement aux conjoints, en excluant tous les couples non mariés. En outre, la vénération de reconnaissance des couples de personnes du même sexe pourrait poser un obstacle dans certains États, surtout si ce refus s'appuie sur le respect à l'ordre public.

---

495Cass. 18 décembre 2019.

**836.** Il est vrai que la retranscription de l'enregistrement des enfants nés de GPA à l'étranger ne suit pas exactement le contenu du certificat ou de la décision faite à l'étranger, au lieu de naissance de ces enfants nés de GPA, et qui correspond aussi au lieu de la procédure médicale à l'origine de la filiation. Pas forcément la retranscription consacre les parents d'intention tels comme ils apparaissent au document issu à l'étranger, ni la qualification de la mère qui accouche l'enfant comme « mère porteuse ».

**837.** déduction d'un critère fondé sur la vérité biologique pour la reconnaissance de la filiation à côté du principe qui guide la position des tribunaux au niveau international et domestique sur la matière : le principe de la protection.

### *β) Refus*

**838.** La GPA pose certainement plus de difficultés à sa reconnaissance par rapport à la AMP, parce que celle-ci reprend l'un des principes les plus traditionnels en matière de filiation : *mater semper certa est*. La AMP part de la filiation basé sur la mère biologique pour la consacrer exclusivement ou l'éteindre à partir d'elle. La GPA, à son tour, part d'un projet de filiation centré sur le(s) parent(s) d'intention, qui passe par une mère porteuse, comme instrument nécessaire pour la réussite d'un projet de filiation, duquel elle ne fait pas partie. Le refus à reconnaître la filiation découlant d'une GPA serait fondé sur le respect à l'ordre public, par les raisons déjà présentées qui sont souvent utilisées par certains États pour refuser toute reconnaissance à la GPA. Comme la GPA exige souvent une mobilisation des parents d'intention pour la procédure, le recours à la GPA par des couples désireux d'échapper les restrictions de leur juridiction pourrait être caractérisé comme la fraude à la loi. Le déplacement à une juridiction qui disponibilise cette alternative contient les éléments classiques pour la fraude à la loi en DIP : l'intention des agents (parents d'intention) de se soumettre à un autre statut juridique qui leur soit plus favorable, en permettant d'échapper les restrictions de leur juridiction d'origine.

**839.** Malgré l'avis de la CEDH du 10 avril 2019, certains États – surtout dans un univers hors européen – pourrait survaloriser encore le lien biologique pour l'attribution de la filiation découlant de la GPA, de façon à refuser la reconnaissance à l'égard du parent sans lien biologique. Le refus à reconnaître la filiation découlant de la GPA pourrait se fortifier de toute absence de lien de filiation avec l'enfant né de la GPA, comme l'absence de lien biologique. Le manque d'un lien spécifique avec au moins un des parents d'intention pourrait justifier le refus, comme dans l'affaire Paradiso et



Campanelli c/ Italie<sup>496</sup>. Dans cette hypothèse, il ne se configurait pas une gestation pour le compte d'autrui, parce que l'embryon ne dérivait d'aucun membre du couple. En espèce, il configurait un « achat d'un enfant ». Dans une hypothèse pareille pour un couple de personnes du même sexe, le résultat serait probablement identique, avec le refus à reconnaître le lien de filiation.

## B. Le statut de la mère porteuse et des parents d'intention

**840.** Il faut analyser le statut des parties prenantes dans la procédure de GPA. La particularité est que la mère est transposé d'une place primordiale à un rang secondaire, par rapport à l'AMP. Il faut aussi examiner le statut des parents d'intention comme parties principales dans la quête de reconnaissance de filiation de l'enfant.

### 1. Le statut de la mère porteuse

**841.** L'encadrement juridique du statut de la mère porteuse à l'égard de l'enfant qu'elle accouche pose un grand défi, à mesure que la GPA propose de bouleverser la traditionnelle présomption de maternité rattachée à l'accouchement. La GPA propose la transition de la présomption *mater semper certa est* à un effacement de la figure de la mère porteuse. La GPA préconise une rupture avec la présomption de maternité basée sur la naissance, l'accouchement, et renforce même la dispensabilité de la figure maternelle. L'on propose justifier la maternité, dans le cas où il y a une mère dans le pôle des parents d'intention, en raison de l'œuf donné ou de la volonté, le désir de maternité, manifestée par l'intérêt de participer au projet. La figure de la mère biologique est simplement remplacé par un deuxième père, dans les cas de GPA par les couples d'hommes, et par une deuxième mère, qualifié comme mère d'intention, qui serait une mère sociale, dans les cas de couples de femmes.

**842.** Comme certains États ont assez de difficulté à se libérer de l'exigence d'identification d'une mère sur l'enregistrement de l'enfant ou à rattacher la filiation à la mère biologique, souvent comprise comme celle qui accouche, il faut analyser à quel titre la mère porteuse identifiée figurerait sur le certificat de naissance de l'enfant. Il s'agit d'une question intéressante l'attribution de

---

496 CEDH 25 janvier 2015, Paradiso et Campanelli c/ Italie. requête n. 25358/12

filiation à l'égard de la mère biologique, contre sa volonté ; puisqu'elle n'apparaît comme mère sur le certificat issu au for de la procédure et naissance de l'enfant, en raison de son statut comme mère porteuse. Un argument favorable à l'omission de la figure de la mère porteuse, en tant que supposée mère biologique, dans le certificat serait la similitude avec l'hypothèse de l'accouchement sous x, populaire en France, comme stratégie pour éviter l'abandon d'enfants. La maternité de la mère porteuse pourrait être facilement effacé du certificat de l'enfant, par sa volonté ou son autorisation. Autre question importante serait la possibilité d'effacer automatiquement l'identité de la mère porteuse, lors de la transcription du certificat dans l'État requis, si elle apparaît au certificat original, même reconnue comme mère porteuse.

## 2. Le statut des parents d'intention

**843.** Pour examiner le statut des parents d'intention, il faut considérer comment le lien biologique, et d'une certaine manière le modèle de filiation traditionnelle, joue un rôle décisif pour établir ou pas la filiation à l'égard des parents d'intention. Dans le cas des couples de personnes du même sexe, ces deux parents, chacun dans une situation distincte, sans ou avec lien biologique avec l'enfant, fonde son droit à voir la filiation reconnue sur des bases distinctes.

### *a) Le statut du parent avec un lien biologique avec l'enfant*

**844.** Le statut du parent biologique est probablement celui le moins compliqué dans le phénomène de la GPA. Il bénéficie de l'analogie à la filiation traditionnelle, car il se base aussi sur un lien biologique. La seule différence est que l'on a recours à un chemin alternatif, auparavant impensable, d'utiliser une personne étrange au rapport envisagé de filiation pour porter l'enfant et l'accoucher. Le parent avec le lien biologique est le père qui donne le sperme ou la mère qui donne l'œuf, dans les rares cas de recours à la GPA pour les couples de femmes. Comme le lien biologique serait facilement éprouvé, le rapport entre l'enfant et le parent biologique serait facilement éprouvé, et ainsi reconnu. Chaque juridiction établit les conditions pour une demande de reconnaissance de paternité ou de maternité, mais il serait possible de le demander à travers une requête d'investigation de paternité ou de maternité. Cette constatation se vérifie par la pratique des tribunaux et par des législations qui détermine la reconnaissance du lien dans l'enregistrement civil

à l'égard du parent biologique. Même quand cette reconnaissance n'est pas automatique, mais sur requête judiciaire, elle est rarement refusée.

**b) *Le statut du parent sans lien biologique avec l'enfant***

**845.** Moins facile est la reconnaissance de la filiation à l'égard du deuxième parent, qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant. Cette reconnaissance dépend directement de la tolérance du système légal à l'égard des couples de personnes du même sexe et du niveau de reconnaissance octroyé à ces couples.

*a) La reconnaissance découlant de la présomption de parentalité en raison du lien du couple*

**846.** La reconnaissance automatique de la filiation à l'égard du deuxième parent sans le lien biologique avec l'enfant se fait sur la base de la présomption de parentalité en raison du lien unissant le couple. C'est une présomption qui découle du lien de mariage, mais aussi octroyée pour les partenaires dans certains systèmes légaux. Cette présomption démontre l'approximation entre les formes de reconnaissance des couples du même sexe et le mariage traditionnel. Quand elle ne s'applique pas dans l'hypothèse d'ouverture du mariage aux couples homosexuels dans certaines juridictions, c'est une confirmation que le mariage de personnes du même sexe n'est pas toujours équivalent avec le mariage hétérosexuel, en confirmant l'idée du mariage pour tous comme un « mariage bis ».

**847.** Différemment de l'application de la présomption de paternité pour les couples hétérosexuels, la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du deuxième parent sans lien biologique avec l'enfant dans le cas d'une GPA exige souvent de la bureaucratie. Le conjoint ou partenaire sans le lien biologique manifeste son autorisation par une déclaration passée devant le notaire, par une requête judiciaire ou par sa participation comme partie prenante dans la convention de GPA.

**848.** Une question intéressante serait l'autorisation donnée dans une juridiction comme celle de la résidence habituelle du couple et la réalisation et même l'accouchement de l'enfant dans une autre juridiction. Autre question complexe serait la révocation de l'autorisation donnée par le deuxième parent sans le lien biologique avant la naissance de l'enfant, en raison de la dissolution du couple, par exemple. Il faut analyser quels seraient les possibles effets sur la filiation de l'enfant né de la GPA. Il faut analyser si l'autorisation serait irrévocable ou si elle produirait des effets de façon à

libérer ce deuxième parent de la filiation. Sous l'angle du DIP, il est important de déterminer la loi applicable à régir cette révocation de l'autorisation.

*β) La reconnaissance ayant recours à l'adaptation*

**849.** Dans certains systèmes légaux plus fermés, la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du deuxième parent sans lien biologique avec l'enfant dans le cas d'une GPA n'est pas faite automatiquement. Comme le recours au modèle de filiation basée sur une présomption de parentalité, telle comme l'on fait pour le mariage traditionnel, est écartée, il faut considérer des options subsidiaires. En effet, les options seraient l'adoption et la possession d'état d'enfant. Le recours à l'adoption unilatérale, comme si cette reconnaissance partait d'une reconnaissance à l'égard de l'enfant déjà existant de l'autre conjoint ou partenaire, est la solution la plus usuelle, dans l'absence de reconnaissance automatique. Cette manière de reconnaître le lien à l'égard du parent sans le lien biologique par l'adoption répond politiquement à une stratégie de réserver la filiation inspirée du modèle biologique aux couples traditionnels, dans une interprétation comme si la reconnaissance à l'égard du parent avec le lien biologique serait inévitable en raison du lien lui-même, mais pas à l'égard du deuxième parent sans lien biologique avec l'enfant, à qui ne resterait que le recours à l'adoption, comme forme de filiation civile, par fiction juridique.

**850.** Certaines questions se posent à propos du recours à l'adoption comme forme subsidiaire pour la reconnaissance de la filiation à l'égard du deuxième parent d'intention. Il faut évaluer si la reconnaissance du deuxième parent sans lien biologique par adoption constituerait une mesure de discrimination à l'égard des couples homosexuels. En principe, toute exigence d'utilisation de l'adoption pour la reconnaissance du deuxième parent en cas de GPA serait mesure discriminatoire si la loi qui régit la reconnaissance prévoit la présomption de paternité aux couples hétérosexuels et dénie la reconnaissance automatique en cas de filiation par reproduction assisté aux couples de personnes du même sexe. Une question importante est évaluer si cette restriction se ferait seulement à l'égard des couples vivant en partenaire, mais avec l'application de la présomption de parentalité appliquée aux couples mariés.

**851.** Autre point important serait l'éventuelle exigence d'autorisation de la mère porteuse pour l'adoption, au cas où la retranscription du certificat étranger la mentionne comme mère biologique. Il existerait un problème en raison du manque de liaison de la mère porteuse avec l'enfant. Il n'existerait ni de légitimité, ni de facilité pour cette manifestation. En outre, même si l'autorité

parentale ou figure semblable soit reconnue comme destitué, en raison du manque de contact avec l'enfant, il paraît pénible que cette exigence soit faite.

**852.** Malgré la critique de l'adoption comme une solution discriminatoire par rapport à la reconnaissance automatique du parent sans le lien biologique dans le cas d'une GPA, il faut admettre que cette solution est souvent conseillé dans l'État d'origine, d'où vient le certificat de naissance issu en raison de la naissance de l'enfant issu de la GPA. Dans ce cas, certains parents d'intention profitent déjà pour faire l'adoption suite à la naissance dans l'État de naissance de l'enfant, comme en Floride, pour demander dans l'État requis la reconnaissance de l'adoption unilatérale par le deuxième parent.

**853.** La forme comme la reconnaissance se fait est déterminée par la *lex fori*, du lieu de la reconnaissance. Même si elle est facilitée dans certains cas, en raison du contexte de la GPA et du lien du couple, elle assume le caractère d'une adoption, aux effets d'une filiation adoptive, si elle pose des restrictions.

**854.** Un problème se poserait si l'autorisation donné par le deuxième parent sans le lien biologique, au lieu de réalisation de la procédure de GPA, entame une reconnaissance automatique, et la loi du for de la résidence habituelle du couple ne permet que la reconnaissance par adoption. Dans ce cas, le deuxième parent devrait se soumettre à la procédure pour l'adoption. Il serait comme une double requisition, pour éviter des situations boiteuses à l'égard de la filiation de l'enfant.

## **Conclusion de la Section 2**

**855.** La GPA, si comme l'AMP, pose des défis sur le statut de tous les personnages qui participent de la procédure. Sous la méthode conflictuelle du DIP, il appartient à la loi applicable au statut de chacun des personnes qui participen à la procédure de déterminer leur rapport à l'égard de l'enfant, ou toute absence de rapport.

**856.** L'un des arguments les plus forts contre la GPA est l'exploitation du corps de la femme, à travers leur marchandisation. Comme la mère porteuse est dans une situation d'apparente vulnérabilité et sans aucun rapport légal avec l'enfant, l'on considère encore plus frappant

que cela se fasse à travers une rémunération, ce qui est contrargumenté par le recours à la GPA solidaire.

## **Conclusion du Chapitre deuxième**

**857.** A travers les comparaisons entre la GPA et l'AMP, celle-ci semble moins reffusé par l'opinion publique, parce que la mère est directement touchée par la procédure et a un statut parental avec l'enfant, qui est en effet son enfant biologique. Elle y participe, contrairement à ce qui se passe dans une GPA.

**858.** Malgré toute l'opposition de plusieurs États à reconnaître la GPA et l'AMP, et reconnaître un statut parental au parent sans lien biologique, la situation n'est pas si différente de la bigamie comme tolérée dans plusieurs juridictions occidentales qui l'interdisent. L'on peut n'admettre au niveau de la législation du for, mais cela n'empêche pas la production d'effets au for de la procédure faite à l'étranger, à travers la tolérance et le respect aux droits acquis.

## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

**859.** A travers les comparaisons entre la GPA et l'AMP, celle-ci semble moins reffusé par l'opinion publique, parce que la mère est directement touchée par la procédure et a un statut parental avec l'enfant, qui est en effet son enfant biologique. Elle y participe, contrairement à ce qui se passe dans une GPA.

**860.** Malgré toute l'opposition de plusieurs États à reconnaître la GPA et l'AMP, et reconnaître un statut parental au parent sans lien biologique, la situation n'est pas si différente de la bigamie comme tolérée dans plusieurs juridictions occidentales qui l'interdisent. L'on peut n'admettre au niveau de la législation du for, mais cela n'empêche pas la production d'effets au for de la procédure faite à l'étranger, à travers la tolérance et le respect aux droits acquis.

## **TITRE DEUXIÈME:**

### **Les effets des rapports de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants en Droit International privé**

**861.** Dans le deuxième titre de la deuxième partie, l'on examine les différents effets qui découlent des rapports de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants, une fois reconnue le lien légal de filiation, soit à travers l'adoption, soit à travers la AMP et la GPA. L'on poursuit la traditionnelle sous-division entre effets patrimoniaux et personnels. Pour ce titre, l'on met le focus sur les enfants du couple et vérifie de quelle manière la spécificité du régime légal régissant la vie en couple de leurs parents conditionnent les droits reconnus aux enfants ne matière des droits rattachés au lien de filiation. Ainsi, l'on propose de sous diviser ce titre en deux parties que se dédient à étudier **1) les effets patrimoniaux** ; et **2) les effets personnels**.

**862.** Dans le deuxième titre de la deuxième partie, l'on examine les différents effets qui découlent des rapports de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants, u



## **Chapitre premier: Les effets patrimoniaux**

**863.** Semblablement à ce qu'il se passe entre les conjoints ou partenaires, il y a des effets patrimoniaux entre les parents et leurs enfants, en raison du rapport de filiation. Ces effets qui ne prennent pas en considération la catégorie de rapport qui unit le couple de parents, se concentrent sur les aspects de devoirs ou droits à l'égard des enfants.

### **Section 1. Les devoirs pécuniaires**

**864.** En raison de leur responsabilité à l'égard de leurs enfants, les parents ont divers devoirs pécuniaires envers leurs enfants, pour rassurer leur subsistance et leur protection.

#### **§1. Les obligations alimentaires**

**865.** Si les obligations alimentaires ne seraient pas très recourantes entre les (ex-)conjoints ou (ex-)partenaires du même sexe, elles sont probablement indispensables pour leurs enfants mineurs ou incapables, en cas de rupture du lien du couple, sous peine de surcharger le parent qui aura probablement l'autorité parentale de l'enfant à sa charge. La vulnérabilité de l'enfant joue un rôle important pour la mise en œuvre des obligations alimentaires relatives à l'enfant, de façon qu'un pensionnement temporaire ou permanent par un (ex-)conjoint ou (ex-)partenaire soit nécessaire, pas en bénéfice de l'autre (ex-)conjoint ou (ex-)partenaire, mais en faveur de l'enfant, même si celui-là doit gérer le montant de la prestation alimentaire.

## A. L'établissement des obligations alimentaires à l'égard des enfants du couple

**866.** Comme pour les (ex-)conjointes ou (ex-)partenaires, l'analyse de l'établissement des obligations alimentaires à l'égard des enfants du couple en DIP se fait par la méthode classique, par le conflit de juridictions et le conflit de lois. Même si les règles applicables sur la matière ne sont pas très différentes de celles applicables aux obligations alimentaires entre les (ex-)conjointes ou (ex-)partenaires ; il faut souligner certaines particularités applicables aux obligations alimentaires en faveur des enfants, par leur statut protectif.

### 1. Le for compétent

**867.** Les critères en matière de compétence judiciaire applicables aux cas d'obligations alimentaires à l'égard des enfants du couple ne sont pas différents de ceux applicables aux cas d'obligations alimentaires entre (ex-)conjointes ou (ex-)partenaires. Et cependant, il y a une tendance au recours plus fréquente aux fors de nécessité pour la protection des intérêts de l'enfant, si que le choix pour le for de domicile ou de résidence habituelle de l'enfant. En ce qui concerne le droit conventionnel sur le thème, les critères des divers conventions internationales sur la matière des obligations alimentaires, déjà exposés dans la première partie de cette thèse sont aussi applicables aux demandes d'aliments pour les enfants du couple. Pourtant, il faut observer que, pour la sauvegarde des intérêts de l'enfant du couple, le Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires interdit le choix du for, si le créancier de l'obligation alimentaire est un enfant mineur de dix-huit ans ou un majeur incapable<sup>497</sup>.

**868.** Autre point important sur le DIP interne et le droit conventionnel en matière d'obligations alimentaires est que ces critères juridictionnels, sauf en ce qui concerne spécifiquement les enfants mineurs et dans la mesure du droit applicable, sont aussi applicables pour l'établissement des obligations alimentaires des parents, des grands-parents ou d'autres personnes de la famille, dont les débiteurs sont les enfants du couple. L'on ne peut pas oublier que les rapports de famille sont dynamiques et projetés à long terme. Une fois que les enfants du couple grandissent, d'autres panoramas s'ouvrent, où ils ne sont pas le centre du rapport protectif.

---

<sup>497</sup> Voir l'article 4.3 du Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

## 2. La loi applicable

**869.** Comme il y a une tendance dans plusieurs États à prioriser le domicile ou la résidence habituelle du créancier des aliments, pour la loi applicable à l'établissement ou à la révision des obligations alimentaires, cette tendance est renforcée pour les obligations alimentaires à l'égard des enfants, par leur vulnérabilité. Comme pour le for compétent, les commentaires déjà faits dans la première partie de cette thèse à propos des obligations alimentaires entre (ex-)conjoints ou (ex-)partenaires sont aussi applicables aux demandes d'aliments pour les enfants du couple. Pourtant, certaines conditions sont spécifiquement imposées, en raison du statut vulnérable applicable aux enfants mineurs et aux majeurs protégés. Dans l'espèce, l'on indique le Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires qui interdit le choix de loi applicable, s'il s'agit d'une obligation alimentaire pour un enfant de moins de dix-huit ans ou majeur incapable<sup>498</sup>.

**870.** Comme pour le conflit de juridictions, il est important de considérer que les mêmes critères de rattachement en droit interne et en droit conventionnel en matière d'obligations alimentaires sont applicables pour l'établissement des obligations alimentaires en bénéfice des parents, des grands-parents ou d'autres personnes de la famille. Comme les rapports familiaux fleurissent à long terme, les enfants du couple peuvent passer de créanciers à débiteurs. L'on ne peut pas oublier que les rapports de famille sont dynamiques et projetés à long terme.

### B. Le recouvrement des aliments en faveur des enfants du couple

**871.** Compte tenu l'incidence d'insolvabilité des obligations alimentaires, et surtout la vulnérabilité des enfants-créanciers, il est souvent nécessaire à procéder à la reconnaissance et à l'exécution de la décision au for où le paiement de l'obligation serait possible : soit le for de la résidence ou domicile du débiteur, soit le for où il existe du patrimoine suffisant du débiteur pour supporter l'exécution de l'obligation, ou dans un autre for où le recouvrement se montre possible. Comme les règles pour la reconnaissance et l'exécution des obligations alimentaires relatives aux enfants du couple suivent sont les mêmes applicables pour les obligations alimentaires entre

---

<sup>498</sup> Voir l'article 8 du Règlement (CE) n. 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

(ex-)conjointes ou (ex-)partenaires, même en droit conventionnel ; l'on renvoie aux commentaires faits à ce propos dans la première partie de ce travail.

## §2. La responsabilité civile des parents par faute de ses enfants mineurs ou incapables

**872.** Compte tenu l'objet de cette étude, l'on se concentre sur l'examen des questions de la responsabilité civile des parents par faute des enfants mineurs ou incapables, qui obéit à un régime spécifique en raison de la minorité et de la conséquente vulnérabilité des enfants réfléchi sur le régime de capacité qui leur concerne. Il faut éclairer que la responsabilité civile sous examen ici corresponde à la responsabilité civile délictuelle, puisque les effets des rapports contractuels qui touchent les membres d'une famille basée sur un couple homosexuel suivent les conséquences des obligations spécifiques auxquelles elles correspondent. Même si le statut protectif des enfants réclame un régime de responsabilité civile pour ses fautes qui prennent en compte le régime spécial de capacité qui leur est applicable ; il faut trouver un point d'équilibre pour que les dommages subis par les tiers soient réparés sous peine d'enrichissement illicite. La solution à cette impasse est l'attribution de la responsabilité aux parents, comme une espèce de conséquence de l'exercice de l'autorité parentale, mal exercée, comme une sorte de sanction.

### A. Le régime légal

**873.** Pour analyser la question de la responsabilité civile des parents par faute de ses enfants mineurs, il faut analyser son régime légal, qui comprend, en effet, un régime de responsabilité civile délictuelle aux contours traditionnels en DIP, mais avec de la projection des conséquences sur les parents.

## 1. Le for compétent

**874.** Le point de départ pour la question de la responsabilité civile est la détermination du for approprié pour les plaintes indemnitaires par les fautes de l'enfant. D'habitude, le for du lieu ou le délit est survenu est le for compétent pour les demandes. Certains systèmes légaux préfèrent ou prévoient, subsidiairement, le for du lieu de la production du(es) dommage(s), quand ils se produisent hors la juridiction d'occurrence du délit. Si le for du lieu de survenance du délit favorise l'obtention de preuves pour une procédure contentieuse, surtout pour les cas classiques de dommages matériels (accidents, destruction de patrimoine, etc.), le for du lieu du dommage peut mieux répondre aux cas de dommages immatériels, parce que plus favorables aux victimes. Actuellement, il ne sont pas rares des cas de responsabilité civile délictuelle par des dommages causés à travers l'utilisation des média sociales, dans le cyberspace. En plus des divergences entre le for du lieu du délit ou celui des dommages pour lesdits cas, la dissociation des espaces géographiques traditionnels imposent une réflexion sur la détermination des lieux de production du délit et des dommages, si que sa précision dans l'espace réel.

**875.** Le droit conventionnel en matière de responsabilité civile délictuelle ne s'est pas beaucoup penché sur la question de la responsabilité civile délictuelle des parents par les fautes des enfants mineurs. Même pour les juridictions réfractaires aux couples de personnes du même sexe, il serait peu probable que une demande d'indemnités par les fautes commises par l'enfant serait refusée, si ce for corresponde au *forum delicti commissi*, au *forum damni* ou au *forum voluntatis*. La gravité des faits et la protection des tiers de bonne foi joueraient un rôle déterminant pour la quête de l'élucidation de l'affaire.

## 2. La loi applicable

**876.** Dès les Écoles statutaires aux origines du DIP, il y a un débat entre la préférence entre la loi du lieu du délit et la loi du lieu des dommages. Si la *lex loci delicti commissi*. s'adapte confortablement aux cas classiques de dommages matériels, la *lex damni*, répond bien comme loi applicable aux dommages immatériels. Le droit conventionnel en ce domaine est très limité et peu spécialisé pour les cas de responsabilité des parents pour les dommages causés par ses enfants. La Convention de La Haye relative à la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière

du 1971 priorise la règle traditionnelle de la compétence de la loi du lieu du délit, mais prévoit des exceptions importantes. À son tour, la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits du 1973 adopte une méthode particulier de désignation de la loi applicable, qui consacre le principe de la proximité, à travers le groupement de plusieurs points de contact. La contribution vraiment significatif de la CHDIP pour la fut à travers la Convention de La Haye 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 du 1996, qui reconnaît la validité des actes établis entre un tiers et la personne ayant la capacité de représentant de l'enfant, si la loi du lieu de l'acte est respectée, une fois que la responsabilité du tiers ne serait engagée ni la capacité dudit représentant contestée<sup>499</sup>.

**877.** Pour les cas actuellement recourants de responsabilité civile délictuelle par des dommages causés à travers l'utilisation des réseaux sociaux, malgré le débat entre la loi du lieu du délit et la loi du lieu des dommages, il faut préciser la détermination de ces lieux, face à la complexité des rapports développés dans le cyberspace, mais avec des résultats sur le monde réel. Le Règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Règlement Rome II) qui s'applique aux obligations délictuelles – mais exclut les obligations délictuelles découlant des atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité –, reprend la règle traditionnelle de la *lex loci delicti commissi*, mais permet sa dérogation en faveur de la loi de la résidence habituelle de la personne lésée et de la personne responsable pour le dommage, si elle est la même au moment de production de l'incident, et en faveur du principe de la proximité, si le cas garde des liens plus étroits avec une autre loi<sup>500</sup>.

**878.** Si une demande d'indemnités par responsabilité civile délictuelle des parents par responsabilité des fautes de ses enfants présume la reconnaissance du lien de filiation, qui permet d'exiger aux parents la compensation équivalente aux dommages ; l'on s'interroge sur les possibles conséquences du refus à reconnaître le lien du couple et celui d'homoparentalité à l'égard d'un enfant qui a causé les dommages. Face à la protection des tiers de bonne foi, il est peu probable que l'on laisserait de reconnaître la responsabilité civile découlant des faits qui ont causé les dommages, par refus de reconnaître le lien de filiation entre l'enfant qui a causé des dommages et ses parents. Une question importante est si l'on attribuerait la responsabilité civile aux parents, non comme parents, parce que non reconnus, mais en tant qu'adultes responsables pour l'enfant.

---

499 Voir l'article 19 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

500 Voir l'article 4 du Règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

## B. La reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité civile des parents par faute des enfants du couple

**879.** Le recouvrement des indemnités découlant de la responsabilité civile des parents par faute des enfants du couple dans une juridiction étrangère dépend de la reconnaissance de la décision dans l'État requis, au but de promouvoir l'exécution du *decisum*, au cas où il n'est pas volontairement accompli. Face au droit conventionnel presque inexistant sur la matière, la tendance est faire la reconnaissance et l'exécution des décisions, à travers les règles standards, possiblement celles du DIP interne de l'État requis. Il est cependant important de considérer que la reconnaissance et l'exécution de la décision vise possiblement une juridiction où les parents possèdent du patrimoine apte à supporter l'exécution des indemnités dus au lésé et que l'exécution cible les biens des parents, pas forcément ceux de l'enfant, puisque ils seraient même sauvegardés par des mesures de protection dans plusieurs juridictions.

### **Conclusion de la Section 1**

**880.** Les devoirs pécuniaires des parents à l'égard de leurs enfants ont un caractère assistenciel et punitif. Les obligations alimentaires visent la subsistance de l'enfant et son intégrité. Les indemnités chargés des parents par faute de leurs enfants, cependant, ont un caractère sanctionnatoire, mais ne s'imposent pas sur l'enfant, en raison de leur vulnérabilité.

**881.** Au domaine des devoirs pécuniaires découlant de la filiation, les obligations alimentaires occupent une place privilégié, en raison de leur complexité et leur importance. Face à ces facteurs, les obligations alimentaires jouissent d'un statut privilégié en DIP, avec de l'autonomie, même si elles correspondent à une sous-catégorie des droits de la famille et sont rattachées au statut personnel.

## **Section 2. Les droits successoraux**

**882.** Compte tenu l'objet de cette thèse, il est important de considérer que l'on examine les droits successoraux des enfants à l'égard de la succession ouverte par la mort de l'un de leurs parents ou des deux au cas de leur mort simultanée, quand le couple d'ascendants forment un couple homosexuel. L'on ne considère la succession des enfants eux-mêmes que pour les questions qui méritent des observations spécifiques, en raison de la réciprocité de droits successoraux entre parents et enfants. En tout cas, il est important d'observer que toute succession considère des règles applicables selon l'état civil et les rapports familiaux du défunt. D'ailleurs, comme une analyse détaillée des droits successoraux a été déjà faite pour la dissolution du couple à cause de mort dans la première partie de ce travail, l'on concentrera l'analyse aux questions spécifiques des droits successoraux des enfants à l'égard de la succession de leurs parents, en partant de certaines conclusions faites pour la succession entre conjoints ou partenaires. Encore en raison de l'objet de cette étude, l'on cible la place de l'enfant dans la succession d'un parent dont le rapport de filiation s'est établi chez le sein d'un couple de personnes du même sexe. La simple succession d'un enfant à l'égard d'un parent homosexuel, comme le cas d'une AMP d'une femme lesbienne célibataire ou l'adoption faite par un homme homosexuel célibataire ne rentre pas dans ce sujet d'étude.

**883.** Pour une question méthodologique, comme déjà fait pour l'étude de la dissolution du couple à cause de la mort de l'un des conjoints ou partenaires ; l'on sous-divisera l'analyse des droits successoraux de l'enfant à l'égard de la succession de ses parents entre la succession légale et la succession contractuelle.

### **§1. La succession légale**

**884.** Comme la succession légale est le régime successoral de base qui fournit des éléments importants pour le régime applicable à la succession contractuelle, l'on commence l'étude des droits successoraux de l'enfant d'un couple de personnes du même sexe à l'égard de la succession de l'un de ses parents ou des deux d'eux par la succession légale.



## A. La place de l'enfant du couple comme héritier

**885.** Pour analyser la succession à cause de mort d'un conjoint ou partenaire chez un couple de personnes du même, le point le plus important du débat est l'analyse de la place de son enfant dans la succession. Il faut passer implicitement ou de manière formelle par la question préalable de l'examen du rapport de filiation, et possiblement aussi sur la question préalable de la(l'in)validité du mariage ou partenariat qui unissait le couple, en cas de concurrence avec le conjoint ou partenaire survivant ; pour aboutir à la dévolution de la succession à travers l'ordre de vocation héréditaire applicable. L'on vérifie le possible statut de l'enfant comme héritier dans la succession de son parent et parallèlement celui du conjoint ou partenaire survivant dans la succession du défunt. L'on traverse ainsi la perméabilité du *for* successoral ou du droit y applicable à la filiation pour les couples de personnes du même sexe et à la reconnaissance du mariage ou du partenariat entre personnes du même sexe. La profusion des positions des États sur le thème emmène à des différentes solutions, soit pour la reconnaissance des droits successoraux à l'égard de l'enfant du couple, soit pour les refuser. Compte tenu les considérations *supra* sur les différentes formes disponibles pour la filiation homoparentale ; il pourrait avoir des différents résultats. Si les droits successoraux d'un enfant dont la filiation découle d'une adoption aurait tendance à suivre les règles traditionnelles d'une succession pareille à ce qu'il se passe pour l'adoption faite par un couple traditionnel ; en revanche, les obstacles pourraient surgir pour les filiations découlant d'une AMP ou d'une GPA. S'il s'agit de la succession du parent ayant le lien biologique avec l'enfant, les droits successoraux seraient certainement reconnus. Au contraire, pour la succession du parent sans lien biologique, les droits successoraux de l'enfant dépendraient directement de la reconnaissance du lien de filiation et, même en cas de reconnaissance, de la manière comme la reconnaissance se fait. En plus, même si l'enfant a son statut successoral reconnu au « *for principal* » de la succession, il peut avoir un statut boiteux dans une juridiction étrangère, où il doit exercer certaines charges ou demander certaines prérogatives en raison de sa position en tant qu'héritier.

**886.** Pour analyser la place de l'enfant dans la succession de l'un de ses parents ou de deux, en cas de comort, il faut examiner la reconnaissance de son statut comme héritier du défunt. Pour cette analyse, il faut considérer les différents chemins possibles pour la reconnaissance de ses droits successoraux, selon il s'agit d'une succession légale ou contractuelle. Des chemins traversés par la possible concurrence avec d'autres enfants du *de cuius*, mais aussi avec le conjoint ou partenaire survivant du défunt, si que sa condition comme héritier réservataire ou pas, dans le cas d'une succession testamentaire.

## 1. L'enfant du couple et l'ordre de vocation héréditaire

**887.** Compte tenu les observations déjà faites sur l'ordre de vocation héréditaire pour la succession d'un conjoint ou partenaire du même sexe à l'égard du conjoint ou partenaire survivant, il faut considérer les possibles changements dans l'ordre de vocation héréditaire dans la succession d'un conjoint ou partenaire du même sexe, quand il y a la possible concurrence entre le conjoint ou partenaire survivant et un enfant du défunt ou du couple. Si le conjoint ou partenaire survivant n'est pas toujours reconnu comme héritier du *de cuius*, son enfant est rarement exclu de l'ordre de vocation héréditaire dans laquelle il occupe souvent une place privilégiée – à condition que le rapport de filiation soit reconnu – en raison d'un supposé « rôle continueur » de l'enfant en tant que successeur du défunt, comme descendant. Selon le type de lien unissant le couple<sup>501</sup> et le régime matrimonial ou patrimonial qui lui concerne, le conjoint ou partenaire survivant peut figurer ou pas comme héritier dans l'ordre de vocation héréditaire du défunt, et, dans certains cas, en concurrence avec l'enfant du couple. Au cas où le régime matrimonial ou patrimonial impose la communicabilité des biens, il faut la considérer de manière à établir d'abord le partage du patrimoine entre le couple, de façon à dénuder le patrimoine du défunt, sur lequel s'opère la succession.

### a) *La question préalable*

**889.** *A priori*, il est intéressant d'enregistrer que la théorie sur la question préalable au DIP provient de la créativité de la jurisprudence française en matière de succession, à travers l'affaire Ponnoucannamalle c/ Nadimoutoupoulle, où l'on examinait la validité du lien de filiation établi à l'égard de l'enfant pré-mort du défunt, pour vérifier la condition comme héritier du supposé petit-fils du *de cuius* et qui était né de l'enfant décédé. S'il est vrai que tout héritier passe théoriquement par une question préalable de l'examen du lien qui l'unit au *de cuius*, la question ne gagne de l'importance que pour les cas où le lien est « controversé ». Contrairement à ce qui se passerait pour la succession d'un enfant dans le cadre de la filiation hétéroparentale, un enfant issu d'un projet de filiation homoparentale risquerait de voir sa filiation et par conséquent sa condition comme héritier contestée à titre de question préalable, si l'affaire présente une possible connexion avec un système légal réfractaire à la reconnaissance des couples de personnes du même sexe.

---

501 Pour mémoire, selon l'article 515-6, alinéa 2, du Code Civil, le PACS français refuse de droits héréditaires au partenaire survivant, sauf par testament. Certaines lois, comme la brésilienne, n'autorisent que le conjoint marié à travers le régime « de séparation de biens » hérite qu'en absence de descendants ou ascendants du défunt.

L'enfant d'un couple de personnes du même sexe n'aurait sa condition comme tel et comme héritier reconnue que si le for et la loi applicable soient tolérants à l'égard des couples homosexuels.

**890.** Le débat autour de la question préalable tourne sur la loi qui lui est applicable : si elle se résoudrait par dépendance au critère de rattachement applicable à la question principale, dans ce cas la succession, ou si elle aurait de l'autonomie pour revendiquer un critère de rattachement propre, selon la matière dont s'agit la question préalable, dans le cas échéant la filiation. Comme la filiation s'insère au domaine du statut personnel, elle serait régie par la *lex personae*, qui peut varier entre la *lex patriae*, la *lex residentiae* ou la *lex domicilii*, selon le critère de rattachement préféré par le DIP du for. Et l'on ne peut pas oublier que la filiation ne s'établit pas de la même manière aux deux conjoints ou partenaires chez un couple de personnes du même sexe dans des cas d'AMP ou de GPA, avec des différentes conséquences selon le membre du couple dont la succession s'agit. Si la *lex successionis* n'a pas de restriction à reconnaître un enfant issu d'un couple de personnes du même sexe, mais la loi applicable au rapport de filiation va en sens contraire, l'enfant serait exclu de la succession, si l'on se courbe à l'application de critères de rattachement distincts à chaque question. Dans un for favorable à la reconnaissance de ces couples, il serait opportun de mettre en place la clause d'ordre public pour barrer l'intervention de la loi discriminatoire applicable à la filiation pour la remplacer par la *lex fori*, plus favorable, possiblement à travers une intervention basée sur la protection des droits de l'Homme.

**891.** La question préalable est certainement un thème très important pour la reconnaissance des droits successoraux de l'enfant du couple. Comme elle remet en cause l'analyse du lien de filiation, qui légitime l'enfant à hériter du défunt ; l'on s'interroge sur les conséquences de la non reconnaissance du rapport de filiation entre l'enfant et le *de cuius*. Pour les couples de personnes du même sexe, si la voie de l'adoption est plus facilement ouverte comme alternative à projet parental, le recours aux techniques médicales au domaine de l'homoparentalité pose plus défis. Certains systèmes légaux contraires à l'AMP ou la GPA pour les couples homosexuels se sont courbés à la reconnaissance du lien de filiation, au nom de la protection de l'enfant, pour le parent avec lien biologique, mais pas pour le parent sans lien biologique. Le refus ou les restrictions, comme le recours à l'adoption simple, pour la reconnaissance de la filiation à l'égard de ce deuxième parent bloque la reconnaissance des droits successoraux pour l'enfant du couple. Il s'agit d'une application défavorable à l'enfant, correspondant techniquement à la non inclusion de l'enfant dans l'ordre de vocation héréditaire de la succession du parent sans lien biologique, parce qu'il n'y a pas de lien de filiation reconnu à son égard.

## **b) *La théorie du droit de représentation***

**892.** Si l'on considère un projet familial à long terme, il est probable que le couple de personnes du même sexe aura non seulement des enfants, mais aussi des petits-enfants, puisque leurs enfants auront possiblement des enfants (soit par un projet de famille monoparentale, soit dans le cadre d'une famille homoparentale ou hétéroparentale). Il peut que l'enfant du couple soit déjà mort, lors de l'ouverture de la succession de l'un des conjoints ou partenaires qui formaient le couple d'ascendants à l'origine du lien familial. Dans cette hypothèse, si cet enfant pré-mort avait un enfant à lui, il faut analyser la possibilité que celui-ci hérite dans ladite succession, à la place de son père ou mère déjà mort(e). Dans le cas échéant, le petit-enfant serait appelé à hériter à travers le droit de représentation, comme s'il était monté en ascendance métaphoriquement dans la chaîne successorale à la place immédiatement supérieure, correspondante à son parent pré-mort, qui se lie directement en ligne d'ascendance au défunt, en raison du lien familial. Évidemment, l'on se trouve du nouveau face à l'examen de la question préalable, puisque l'exercice du droit successoral par le droit de représentation dépend directement de la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant décédé du couple et le défunt. Il s'agit d'un exemple pareil à la connue affaire Ponnoucannamalle c/ Nadimoutoupouille, à l'origine de la théorie sur la question préalable au DIP, dans la jurisprudence française ; mais en espèce il faut vérifier la validité du lien de filiation homoparental. Si la loi applicable à la question préalable ne permet pas la reconnaissance du lien de filiation homoparental, la conséquence serait le refus d'application du droit de représentation, en résultant dans l'exclusion du petit-enfant comme héritier du défunt. Au contraire, si la loi applicable à la question préalable accepte la reconnaissance du lien de filiation, le droit de représentation du petit-enfant serait rassuré, si que sa condition comme héritier du défunt.

**893.** Malgré l'objet restrictive d'étude dans cette thèse, il faut reconnaître que le même raisonnement de réciprocité des droits successoraux entre ascendants et descendants s'opère pour garantir les droits successoraux des grands-parents qui formaient le couple de personnes du même sexe, dans le cas de la succession de leur enfant ou de leur petit-enfant, à travers le droit de représentation, si celui-ci est pré-mort à l'enfant du couple qui est son parent. Pareillement, pour l'application du droit de représentation en sens inverse, à l'égard des grands-parents, qui remplaceraient leur enfant, dans la chaîne successorale, lors de l'ouverture de la succession de leur petit-enfant ; l'on passe par la validité du rapport de filiation existant entre l'enfant du couple – pré-mort au petit-enfant – et le couple.

## 2. La participation de l'enfant du couple dans les parts successorales

**894.** En considérant les commentaires déjà faites, dans la première partie de ce travail, la systématique restrictive de l'ordre de vocation héréditaire impose l'exclusion des héritiers des catégories suivantes, quand il y a des héritiers aptes à hériter dans une catégorie précédant, dans laquelle ces héritiers aptes concurrent entre eux. Une fois établie l'ordre de vocation héréditaire, l'on passe à la détermination du part de la masse successorale qui touche à chaque héritier. Des héritiers de la même catégorie héritent souvent dans la même proportion, sous peine de discrimination. Pourtant, certains systèmes légaux restreignent un montant plus avantageux ou plus réduit de l'héritage à un certain héritier : soit le conjoint ou le partenaire, en raison du type de lien du couple et/ou en fonction du régime patrimonial régissant le couple ; soit un enfant en raison de son genre ou du type de rapport de filiation à l'égard du défunt. Il est fortement improbable que les systèmes ayant une approche discriminatoire qui font des distinctions de traitement entre enfants soient favorables à la reconnaissance de couples de personnes du même sexe et de l'homoparentalité. Raison pour laquelle l'on s'exempte d'approfondir une telle hypothèse pour la succession des enfants des couples de personnes du même sexe, en considérant l'état actuel du droit comparé sur la matière.

**895.** Il appartient à la loi régissant la succession de gérer les possibles conflits entre différentes parties intéressés dans la succession du *de cuius*, spécialement ceux qui intègrent la cellule familiale de base, *id est*, le conjoint ou partenaire survivant et les enfants du défunt – soient des enfants du couple, soient des enfants du *de cuius*. L'enjeu des critères de rattachement en DIP s'opère pour la détermination de la loi applicable à la succession, qui peut être la loi étrangère ou la loi du for, possiblement prévalente parce que la loi étrangère est évincée parce qu'elle heurte l'ordre public. En plus, même au cercle de systèmes légaux qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe, les distinctions s'établissent à l'égard des héritiers en raison du droit de prélèvement, qui établit un traitement plus favorable en raison de la nationalité du potentiel bénéficiaire de la succession. Dans ce sens, il faut évaluer la concurrence de l'enfant du couple homosexuel avec d'autres héritiers, comme le conjoint ou partenaire survivant et d'autres enfants du couple ou du *de cuius*, si que l'éventuelle application favorable ou défavorable du droit de prélèvement à l'égard de certains héritiers.

**a) *La concurrence successorale entre enfants du de cujus***

**896.** Il peut avoir de la concurrence successorale entre enfants du même défunt, mais qui jouissent théoriquement des statuts différents. Si un enfant est issu du rapport homoparentale du défunt et l'autre enfant du défunt provient d'un rapport de filiation traditionnel (préalable ou postérieur à la vie en couple avec un conjoint ou partenaire du même sexe), leurs filiations ne seraient pas reconnues de la même manière par certaines juridictions, qui pourraient avoir un lien avec la succession du défunt. En outre, ces enfants pourraient avoir des différentes nationalités, avec la conséquence de l'application du droit de prélèvement en faveur de l'un des enfants du défunt dans une certaine juridiction. Même les enfants qui proviennent tous du même couple de parents du même sexe ne possèdent pas forcément la même nationalité, possiblement en raison des procédures distinctes pour l'établissement de la filiation. Cela serait le cas, par exemple, de recours à l'adoption internationale dans de juridictions différentes pour chaque enfant, une fois que pas forcément l'enfant adopté acquiert (automatiquement) la nationalité des parents adoptives – qui n'est pas forcément la même pour les deux parents. Dans le cas échéant, l'enfant conserve la nationalité d'origine jusqu'à l'éventuelle acquisition de la nationalité des(de l'un des) parent(s), qui peut être projetée comme condition pour la concession de l'adoption internationale, par certaines juridictions où l'enfant se trouve. En outre, le procédures d'AMP et de GPA pourraient emmener à des obstacles ou limitations, comme le recours à l'adoption simple, pour la reconnaissance de la filiation à l'égard du parent sans lien biologique. Ce qui pourrait poser non seulement des difficultés pour la jouissance des droits héréditaires à l'égard de ce parent, mais aussi des restrictions à l'acquisition de la nationalité de ce même parent, exposant l'enfant à un possible traitement juridique moins favorable, face à l'exercice du droit de prélèvement par d'autres héritiers.

*a) L'application favorable du droit de prélèvement à l'égard de l'enfant du couple*

**897.** L'application favorable du droit de prélèvement se fait quand le for prévoit le droit de prélèvement et l'enfant du couple est national de l'État du for. Pour le cas de concurrence entre l'enfant du couple et un enfant du défunt, qui n'a pourtant pas de lien de filiation avec le conjoint ou partenaire survivant, l'application favorable du droit de prélèvement à l'égard du premier se passe s'il possède la nationalité du for, en raison de l'acquisition de cette nationalité ou par la naissance dans cet État, à travers le *ius soli*, tandis que l'autre enfant ne la possède pas. Cette situation ne serait pas rare dans le cas d'établissement du défunt de son vivant dans un for favorable aux couples de personnes du même sexe, pour son projet d'une famille homoparentale. Si le critère de

rattachement de ce for indique la *lex patriae* en matière successorale et l'enfant sans lien de filiation avec le conjoint ou partenaire survivant possède cette nationalité, dont le droit domestique est hostile à l'homoparentalité ; la *lex fori* remplacerait la loi étrangère moins favorable, en bénéfice du fils héritier national<sup>502</sup>. Cette application serait très favorable, quand cette mise en place sert à écarter une loi étrangère discriminatoire comme la loi de la nationalité du *de cuius*, qui ne reconnaît pas les couples de personnes du même sexe et/ou ses enfants.

*β) L'application défavorable du droit de prélèvement à l'égard de l'enfant du couple*

**898.** L'application défavorable du droit de prélèvement se met en place quand le for prévoit le droit de prélèvement en faveur d'un enfant qui n'est pas issu du couple à l'origine du rapport de filiation homoparentale, mais seulement rattaché au défunt, possiblement en raison d'un rapport de filiation traditionnel. Cette opération peut résulter dans l'application d'une loi discriminatoire à l'égard de l'enfant du couple avec son exclusion de la succession ou d'une loi qui ne le discrimine pas, ni l'exclue de la succession, mais l'attribue un part plus réduit en tant qu'héritier étranger en concurrence avec un héritier national. Dans ce cas, la *lex fori* remplacerait la loi étrangère possiblement moins favorable à l'enfant du couple, mais plus favorable à l'autre enfant rattaché seulement au *de cuius*, parce que celui-là est ressortissant de l'État du for<sup>503</sup>. Cette hypothèse ne serait pas rare au for de la nationalité d'origine du défunt, où il possède du patrimoine, et qui revendique une compétence exclusive en matière successorale ou s'impose comme for subsidiaire au for successorale principal, sous l'application du Règlement succession.

***b) La concurrence successorale entre l'enfant du couple et le conjoint ou partenaire survivant***

**899.** Certains systèmes légaux reconnaissent le conjoint ou partenaire survivant comme héritier du défunt, même en concurrence avec les ascendants ou les descendants du défunt. Certains systèmes sauvegardent un pourcentage déterminé du patrimoine du défunt au conjoint ou partenaire survivant, et même une variation pour le montant qui lui touche en fonction du nombre d'enfants du *de cuius*. La loi successorale détermine le quota destiné à chaque héritier. Dans certains cas, un quota obligatoire à certains héritiers doit être respecté, même quand le défunt dispose sur sa succession par testament. Encore une fois, l'enjeu des critères de rattachement se met en place pour

---

502 Voir l'article 5°, XXXI de la Constitution Fédérale Brésilienne.

503 Voir l'article 5°, XXXI de la Constitution Fédérale Brésilienne.

déterminer la *lex successionis*, qui gouverne les conflits entre les potentiels intéressés dans la succession du défunt. La loi successorale étrangère est parfois évincée au nom de la protection de l'ordre public, mais aussi à titre de mesure de protection aux intérêts nationaux – et donc par politique –, en fonction du droit de prélèvement, pour faire prévaloir les dispositions de la loi nationale sur la loi étrangère potentiellement applicable. Même si la concurrence entre l'enfant du couple et le conjoint ou partenaire survivant relève des héritiers ayant des types de rapports différents avec le défunt, respectivement, aux niveaux vertical et horizontal, le critère de prévalence se penche parfois par un critère à motivation politique, comme le droit de prélèvement.

*α) L'application favorable du droit de prélèvement à l'égard de l'enfant du couple*

**900.** Il est difficile de concevoir la reconnaissance de l'enfant du couple sans reconnaître le couple lui-même. Pourtant, cela se produirait dans le cas de non reconnaissance du lien de filiation à l'égard du parent sans lien biologique, dans le cas d'une AMP ou d'une GPA. Cas où l'enfant aurait un lien de filiation à l'égard du parent biologique de qui il hériterait, mais pas avec le parent sans lien biologique. Cette même juridiction hostile à l'homoparentalité pourrait avoir une position réfractaire aussi envers la reconnaissance des couples de personnes du même sexe. Dans cette hypothèse, l'enfant serait reconnu comme héritier du parent biologique, mais pas comme enfant du couple, et le conjoint ou partenaire survivant serait exclu. Cette hypothèse ne serait pas rare dans une juridiction successorale parallèle comme la juridiction de nationalité d'origine du défunt, qui fonde sa juridiction par une approche monopoliste comme compétence exclusive en matière successorale ou comme for subsidiaire sous l'abri du Règlement succession.

**901.** Même quand le conjoint ou partenaire survivant est reconnu comme héritier dans la succession, il peut avoir lieu une application favorable du droit de prélèvement à l'enfant. C'est le cas quand le for prévoit la prévalence de la *lex fori*, par force du droit de prélèvement, parce que l'enfant est national de l'État du for et le conjoint ou partenaire survivant est étranger. Hypothèse où la *lex fori* remplace la loi étrangère moins favorable, en bénéfice du fils héritier national<sup>504</sup>. Pas forcément cette opération de mise en place du droit de prélèvement exclue le conjoint ou partenaire survivant. La loi du for peut reconnaître le couple et le conjoint ou partenaire survivant comme héritier, mais sauvegarder un part successoral plus avantageux à l'enfant du couple, comme mesure politique législative de protection des nationaux.

---

504 Voir l'article 5°, XXXI de la Constitution Fédérale Brésilienne.



*β) L'application défavorable du droit de prélèvement à l'égard de l'enfant du couple*

**902.** Pour les couples de personnes du même sexe, il est important d'observer que l'exercice du droit de prélèvement pourrait être utile pour la protection du conjoint ou partenaire survivant. Par exemple, si la règle de conflit du for successoral prévoit l'application de la *lex patriae* du défunt à la succession et celle-ci ignore le lien matrimonial ou partenarial qui unissait le couple, la tendance serait d'exclure le conjoint ou partenaire survivant comme héritier. Le droit de prélèvement serait mis en place de manière à écarter la loi étrangère discriminatoire, en la remplaçant par la loi du for, à condition que celle-ci reconnaisse des droits successoraux au conjoint ou partenaire survivant. Celui-ci bénéficie du droit au prélèvement en tant que ressortissant de l'État du for, qui reconnaît le lien du couple homosexuel. Cette opération permet de corriger l'application discriminatoire de la loi étrangère, de façon à ne pas exclure le conjoint ou partenaire du même sexe survivant. Dans cette hypothèse, l'application de la *lex fori* serait probablement aussi favorable à l'enfant du couple, puisqu'il serait contemplé par la loi du for. Il est peut probable que la *lex fori* soit à la fois favorable à la reconnaissance du couple et contraire à la reconnaissance de ses enfants. La loi du for qui bénéficie à la fois l'enfant du couple et le conjoint ou partenaire survivant serait préférable à la loi étrangère qui bénéficierait largement le premier en excluant le deuxième de la succession, raison pour laquelle le droit de prélèvement se justifierait.

**903.** Dans certaines juridictions qui reconnaissent tant le conjoint ou partenaire survivant comme l'enfant du couple en tant que héritiers du défunt, il peut que la loi du for prévoit un part plus avantageux au premier, parce qu'il est ressortissant du for. Même si la loi étrangère reconnaît aussi les deux comme héritiers, mais sans prioriser un traitement spécial au premier, le droit de prélèvement se justifie. Dans ce cas, cette opération résulte d'une politique du for de protection aux couples, possiblement par une croyance que le part plus avantageux garanti au conjoint ou partenaire survivant serait postérieurement renversé à l'enfant du couple, lors de la succession de celui-là. Pas forcément visant l'exclusion de l'enfant de la succession, l'application défavorable à l'enfant du droit de prélèvement se met en place pour favoriser le conjoint ou partenaire survivant. Compte tenu l'équilibre dans le rapport successoral, il serait irréal que le for ne reconnaisse pas le rapport de filiation du couple pour des effets successoraux et reconnaisse le lien du couple sans restrictions.

## B. Le Régime légal

**904.** Comme pour l'analyse des droits successoraux du conjoint ou partenaire survivant dans la succession de l'un des conjoints ou partenaires d'un couple de personnes du même sexe ; les droits successoraux de l'enfant dans cette même succession comportent un régime légal en DIP, où se détachent le for compétent et la loi applicable à la succession. Comme pour l'analyse des droits successoraux du conjoint ou partenaire survivant, l'on utilise l'approche scissionniste ou unitaire pour l'organisation de la succession, avec des conséquences de ces choix sur le régime légal de la succession.

### 1. Le for

**905.** Les règles déjà exposées pour la succession qui dissout le couple en raison de la mort de l'un des conjoints ou partenaires sont également applicables, quand il y a des enfants du défunt dans la succession. Pourtant, cette participation peut justifier la coexistence exceptionnelle du for successoral, comme for principal, et d'un (des) for(s) subsidiaire(s) pour certains biens – surtout immeubles –, comme un for pour des mesures de protection à l'égard de certains biens de la succession, comme des biens destinés à l'enfant en tant qu'héritier. Il est important d'observer que la participation d'un enfant mineur en tant qu'héritier dans la succession de l'un des conjoints ou partenaires du couple homosexuel impose la réflexion sur deux situations spécifiques.

**906.** D'abord, au cas où l'enfant n'a pas encore le lien de filiation reconnu à l'égard du supposé parent décédé, lors de l'ouverture de la succession, il est possible dans certaines juridictions de faire une demande de réquisition d'héritage au but de sauvegarder le part du potentiel héritier dans la succession. C'est une pratique usuelle pour les potentiels héritiers dont la demande de reconnaissance de paternité ou maternité est en cours, lors de l'ouverture de la succession. En ce qui concerne les couples de personnes du même sexe, cette hypothèse ne serait pas rare. Pour la filiation par adoption conjointe par des couples, il y a des systèmes légaux qui autorisent l'adoption posthume à l'égard du conjoint ou partenaire décédé avant la conclusion de la procédure d'adoption, si l'adoptant décédé avait clairement manifesté son agrément à l'adoption pendant la procédure. Pour la filiation établie par une procédure d'AMP ou de GPA par un couple homosexuel, l'un des conjoints ou partenaires peut décéder avant la naissance de l'enfant. Pour les systèmes qui

prévoient la reconnaissance automatique des deux parents, à travers une convention d'AMP ou de GPA, dans laquelle les deux parents se mettent d'accord sur la procédure ; la reconnaissance du parent décédé pourrait se baser dans une présomption de parentalité, semblable à la présomption de paternité établie à l'égard du mari dans le mariage traditionnel. En plus, il y a des systèmes où l'AMP ou la GPA posthume est autorisée, et l'on pourrait avoir recours aux échantillons de gamètes préalablement recueillis du parent décédé. Dans ces cas, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'une action de réquisition d'héritage pour protéger le potentiel héritier, qui pourrait être un potentiel nasciture au moment de la proposition de la demande. D'ailleurs, la demande de réquisition d'héritage pourrait avoir lieu même après la naissance de l'enfant, à l'égard de la succession du parent sans lien biologique, si sa succession s'ouvre avant la conclusion d'une procédure pour la reconnaissance de la filiation, comme une demande d'adoption unilatérale. En DIP, il faut analyser quel serait le for approprié à cette demande. Comme l'objectif est sauvegarder l'intérêt patrimonial de l'enfant dans la succession, le for ou les fors successoraux exerceraient une *vis attractiva* sur la demande de réquisition d'héritage, comme une demande connexe. Face à la possibilité de différents fors successoraux, la demande relèverait l'intérêt de l'enfant sur le patrimoine objet de la succession dans chaque for. La saisine pour une demande de réquisition d'héritage dans un for favorable à l'enfant, mais qui n'est pas le for de la succession, comme au for du lieu de naissance de l'enfant ou du lieu de réalisation de la procédure médical, où le lieu de l'adoption, au cas d'adoption internationale, ne serait pas forcément un for adéquat pour l'objectif de la demande. Il faudrait probablement que la décision de la demande de réquisition d'héritage soit reconnue au for successoral où l'on veut obtenir les effets de la décision ; et cette reconnaissance pourrait être refusée si le for successoral réserve un monopole de compétence exclusive en matière successorale.

**907.** La deuxième question serait l'hypothèque des biens destinés à l'héritage de l'enfant, comme une mesure obligatoire de protection au patrimoine de l'enfant. Cette mesure impose certainement des droits réels et est souvent accompagnée d'un régime de tutelle ou d'une mesure semblable de protection à l'égard de la personne de l'enfant. Compte tenu le contenu de droits réels de cette modalité de sûreté, qui vise délimiter la responsabilité patrimoniale de la personne en charge de l'administration du patrimoine de l'héritage de l'enfant, le *forum rei sitae* revendique une compétence, normalement considéré comme exclusive, pour cette modalité de procédure d'hypothèque, usuellement fait à travers un type de juridiction non-contentieuse.

## 2. La loi applicable

**908.** Les mêmes critères de rattachement déjà exposés pour les droits héréditaires du conjoint ou partenaire survivant dans la succession de l'autre conjoint ou partenaire du même sexe s'appliquent pour l'examen des droits successoraux des enfants du défunt. En effet, il s'agit de la même succession d'un conjoint ou partenaire vivant en couple homosexuel, mais la présence des enfants du *de cuius* comme héritiers interfèrent dans la solution de ladite succession. L'existence d'enfants du défunt comme héritiers redimensionne la division de l'héritage, mais peut interférer aussi dans la loi applicable à la succession, en raison de la mise en place du droit de prélèvement, comme exposé ci-dessus.

**909.** Comme déjà analysé pour les droits héréditaires du conjoint ou partenaire survivant, le couple – d'un commun accord – ou le défunt peut faire certaines manœuvres pour soumettre la succession à une loi qui ne serait pas normalement applicable au cas en dépit de la loi originalement applicable à la succession. Il faut analyser comment cette manœuvre intentionnelle caractérise ou pas la fraude à la loi en DIP. En effet, il faut évaluer comment un changement intentionnel d'élément de rattachement, comme le domicile, la résidence habituelle ou la nationalité serait considéré comme valable à point de changer la loi applicable. Compte tenu le rôle des enfants comme héritiers naturels du défunt, dès le droit ancien ; un point important du débat serait la pratique de la fraude à la loi en DIP, avec l'objectif de soumettre la succession à une autre loi ; soit pour favoriser les enfants du défunt ou l'un d'eux en dépit d'autres héritiers, soit pour réduire le part successoral que leur touchent comme héritiers ou pour leur exhériter ou l'un d'eux, dans le cas d'une succession contractuelle. La distinction entre l'occurrence d'un conflit mobile et la pratique de la fraude à la loi est parfois subtile en DIP, puisque l'évaluation de la fraude à la loi comporte un certain degré de subjectivité. Le secret pour évaluer la fraude à la loi serait l'intensité de la liaison du défunt (du couple, dans certains cas) avec le nouveau élément de rattachement. L'acquisition d'une nouvelle nationalité sans liens effectifs ou le changement pour un nouveau domicile ou une nouvelle résidence habituelle, qui sont faiblement établis, avec des séjours occasionnels ou temporaires, pourraient caractériser la fraude à la loi en DIP. L'autorité compétent à évaluer l'occurrence ou pas de la fraude à la loi est le juge du for successoral, qui, une fois constatée la fraude, remplacerait la loi étrangère par la loi du for. Pour les couples de personnes du même sexe, le changement de l'élément de rattachement pourrait correspondre aux besoins du couple et du défunt de s'échapper à un for et à une loi applicable hostiles à leur choix de vie. Cas où confirmée la solidité de la liaison avec le nouveau élément de rattachement, la fraude ne serait pas reconnue.

**910.** L'enfant du défunt n'aurait un rôle actif dans l'administration de la succession, avec certaines charges, la gestion de toute la masse successorale ou de certains biens, ou la représentation processuelle de la masse successorale, que s'il est majeur. Même majeur et apte à exercer ces fonctions, la préférence serait possiblement donnée au conjoint ou partenaire survivant du défunt. Si celui-ci est le parent survivant de l'enfant, il serait possiblement chargé aussi de veiller pour les intérêts de l'enfant dans la succession. Il appartient à la loi applicable à la succession déterminer qui sera chargé des dites fonctions dans la succession et de les détailler. À travers la sophistication obtenue par la coopération internationale, le recours au certificat successoral européen serait utile pour faire preuve et garantir les droits successoraux des enfants du défunt dans un État-contractant, mais pour lui permettre d'y exercer le rôle d'administrateur de la succession. Comme pour toute les aspects d'une succession d'un conjoint ou partenaire survivant à l'égard d'une famille qui inclut un projet d'homoparentalité, l'ordre public joue un rôle primordial pour toute reconnaissance de droits héréditaires à l'enfant du de cujus et pour barrer la circulation du dite certificat successoral européen.

**911.** Pour les deux situations spécifiques d'une réquisition d'héritage et d'une hypothèque légale à l'égard de l'héritage de l'enfant, il faut analyser la loi applicable. Comme la réquisition d'héritage de l'enfant du défunt vise sauvegarder son part dans la succession, avec un caractère provisoire à être confirmée par le partage du patrimoine de la masse successorale, la loi applicable à la réquisition d'héritage est la *lex successionis*, déterminée selon le critère de rattachement et les règles de DIP du for successoral. Si la réquisition d'héritage se fait dans un for qui n'est pas le for successoral, comme le for du lieu de naissance de l'enfant ou du lieu de réalisation de la procédure médicale, dans les cas d'AMP ou de GPA, où le lieu de l'adoption, au cas d'adoption internationale, difficilement la décision serait reconnu au for successoral si la loi applicable n'est pas la loi applicable à la succession. Pour l'hypothèque des biens destinés à l'héritage de l'enfant, comme il s'agit des droits réels, la *lex rei sitae* serait appliquée, mais cumulativement avec la loi applicable à la succession, de laquelle l'héritage de l'enfant dérive, à travers un critère cumulative.

## §2. La succession contractuelle

**912.** Comme pour la protection des intérêts du conjoint ou partenaire survivant, l'exercice de la *professio iuris* en matière successorale se montre très rassurant pour que le *de cuius* sauvegarde les intérêts de l'enfant dans un projet d'homoparentalité.

### A. Les testaments

**913.** Comme déjà éclairé dans la première partie de ce travail, le testament est le plus traditionnel instrument utilisé pour la succession contractuelle, et possiblement le plus rassurant en raison du régime légal très précis qui lui est applicable. Sur le contenu des clauses testamentaires, l'existence des enfants du défunt impose une analyse attentive de la réserve héréditaire, une fois que les enfants sont souvent des héritiers réservataires du *de cuius*, comme ses successeurs naturels.

#### 1. Régime légal

**914.** Comme pour la succession légale en DIP, le régime légal du testament comporte le conflit de juridictions et le conflit de lois.

##### a) *Le for compétent*

**915.** Les critères pour établir le for compétent pour la succession testamentaire sont les mêmes utilisés pour la succession légale. Compte tenu le caractère patrimonial d'une succession, il serait peu probable que la compétence du for successoral soit dérogée en faveur du for du lieu de la célébration du testament ou de son enregistrement. En effet, sa validité serait évaluée au(x) for(s) successoral(ux), comme condition pour la production d'effets des dispositions testamentaires.

**916.** Une question importante dans le contexte d'une succession testamentaire serait la possibilité de demande de réquisition d'héritage d'un enfant du défunt, une fois que les parts attribués aux enfants ou leur exhérédation apparaît déjà en principe dans le testament. Il faut

considéré que peut-être un certain enfant du défunt n'est pas encore reconnu, lors de l'ouverture de la succession ou que le testament du *de cuius* ne fut pas mis au jour, pour inclure un enfant reconnu peu avant la mort du défunt, qui peut se passer soudainement. Dans ce cas, évidemment une demande de réquisition d'héritage se montrerait pertinente et elle suivrait les mêmes consignes pour la succession légale. L'idéal serait la saisine au(x) for(s) successoral(ux) et sa proposition dans un autre for serait désconseillée parce qu'une éventuelle décision dans ce for serait difficilement reconnue dans le(s) for(s) successoral(ux), qui aurait de l'efficacité pour l'exécution du *decisum*. Comme la réquisition d'héritage de l'enfant du défunt vise sauvegarder son part dans la succession, avec un caractère provisoire à être confirmée par le partage du patrimoine de la masse successorale, la loi applicable à la réquisition d'héritage est la *lex successionis*, déterminée selon le critère de rattachement et les règles de DIP du for successoral. Si la réquisition d'héritage se fait dans un for qui n'est pas le for successoral, comme le for du lieu de naissance de l'enfant ou du lieu de réalisation de la procédure médicale, dans les cas d'AMP ou de GPA, où le lieu de l'adoption, au cas d'adoption internationale, difficilement la décision serait reconnue au for successoral si la loi applicable n'est pas la loi applicable à la succession, selon le DIP en vigueur au(x) for(s) successoral(ux).

## **b) La loi applicable**

917. Comme acte solennel par excellence, l'analyse de la loi applicable au testament relève des conditions de fond et de forme. La loi applicable à la forme du testament obéit la maxime *locus regit actum*, dans la plupart des systèmes légaux. Subsidiairement, certains systèmes et textes internationaux valident la forme du testament s'il est fait, selon la loi personnelle du défunt ou la *lex rei sitae*, en ce qui concerne certains biens. L'existence des enfants du défunt dans la succession peut intervenir sur la loi applicable au fond du testament – qui est la loi successorale elle-même –, avec la possibilité de la mise en place du droit de prélèvement, et l'équilibre entre les possibles conflits entre les enfants du défunt et le conjoint ou partenaire survivant, parfois considéré comme héritier réservataire dans certains systèmes légaux. Le point sensible du testament est son contenu, à cause de la reconnaissance des enfants du défunt comme héritiers réservataires ou pas. Il appartient à la loi successorale, qui régit le fond du testament, de disposer sur l'obligatorité ou pas de la réserve héréditaire, qui confirme par conséquent la participation des enfants du défunt comme

héritiers réservataires ou la possibilité de leur exhérédation<sup>505</sup>, et même la validité des libéralités préalablement faites par le testateur.

**918.** Compte tenu le rôle des enfants comme héritiers naturels du défunt, dès le droit ancien ; un point important du débat serait la pratique de la fraude à la loi en DIP, avec l'objectif de soumettre la succession à une loi que permet l'exhérédation d'enfants ou l'application d'une loi moins favorable à l'enfant du défunt – comme par exemple, une loi qui lui prévoit un part successoral plus réduit à titre de réserve héréditaire. Sur l'exhérédation d'héritiers supposés réservataires comme conséquence de la loi étrangère applicable, si le for successoral ne connaît pas l'exhérédation volontaire des héritiers réservataires; trois résultats seraient possibles. Au cas où l'application de la loi étrangère ne résulte pas d'une fraude à la loi, mais des critères de rattachement indiqués par le DIP du for successoral, qui démontre de la tolérance à l'égard de la loi étrangère, même en méconnaissant l'exhérédation d'héritiers réservataires ; la loi étrangère pourrait être appliquée, si le niveau de tolérance du for à l'institution inconnue est élevée. En revanche, si l'exhérédation, même résultant de l'application de la loi étrangère, sans consister en une fraude à la loi, heurte l'ordre public, cette loi étrangère serait évincée par l'application de la *lex fori*. Au cas où l'application de la loi étrangère permettant l'exhérédation résulte de la fraude à la loi, le résultat serait également le remplacement de la loi étrangère par la loi du for, mais en raison de la fraude à la loi considérée plus grave que l'offense à l'ordre public, puisque résultant de l'*animus* frauduleux de l'agent. Pareillement, si l'application de la loi étrangère résulte dans une application moins favorable à l'enfant du défunt, cette application serait probablement évincée, si elle résulte de la fraude à la loi, ou, même sans consister dans une fraude à la loi, heurte l'ordre public ou se montre incompatible avec la mise en place du droit de prélèvement au for successoral, en bénéfice de l'héritier ressortissant du for, dont la loi sauvegarde ses droits héréditaires à titre d'héritier réservataire.

**919.** Comme le testament est un instrument pour moduler le contenu de la succession, selon la volonté du testateur, de manière à surmonter ou réduire les impositions légales sur la succession ; il peut servir sur mesure aux couples de personnes du même sexe, pour leur exempter de l'empire

---

505 Une affaire célèbre de la jurisprudence française en DIP est celui de la succession du chanteur Johnny Hallyday, décédé en 2017. Le juge français a dû évaluer la validité d'un testament fait en Californie, disposant sur l'exhérédation des enfants adultes du défunt en bénéfice des enfants mineurs et de la veuve du *de cuius*. In casu, le débat sur la loi applicable au fond du testament versait sur l'application de la loi française, loi nationale du défunt et avec laquelle il maintenait des forts liens, en raison de sa carrière artistique, de l'existence d'un patrimoine considérable et d'une présence constante, dans l'une de ses résidences ; ou de la loi nord-américaine de l'État de la Californie, puisque il avait théoriquement déplacée sa résidence habituelle à Los Angeles, où il avait une résidence et ses filles mineures fréquentait l'école. Comme la loi californienne permet l'exhérédation d'enfants, contrairement à la loi française, qui reconnaît les enfants comme héritiers réservataires ; l'interprétation de quelle serait la résidence habituelle du *de cuius* comme l'élément de rattachement en matière successorale fut essentiel pour la détermination de la loi applicable. Le juge français a reconnu la loi française comme loi applicable à la succession.



d'une loi hostile. Malheureusement, dans certains cas, l'ordre public joue encore un rôle négatif à l'égard des couples de personnes du même sexe, comme un filtre à barrer leur reconnaissance et les droits qui en découleraient, comme les droits successoraux, dans les niveaux horizontal et vertical. S'il y a une tendance que le for successoral, s'il coïncide avec le centre de vie de la famille homoparentale, leur soit probablement favorable ; il ne va pas de même pour des possibles fors successoraux parallèles, comme les fors où se situent des biens du *de cuius* et qui revendiquent une compétence exclusive. Cela serait, par exemple, le cas du for de la nationalité originaire du défunt, quand il y possède des biens à titre d'héritage familial et le droit du for refuse ou interdit la reconnaissance du couple homosexuel et de la famille homoparentale. La conséquence serait, même si le DIP du for prévoit l'application d'une loi étrangère favorable aux couples homosexuels et leurs enfants, l'évincement de la *lex successionis* par la loi du for, pour bloquer toute reconnaissance, fondée sur la clause d'ordre public.

## 2. Dispositions testamentaires spécifiques à l'égard de l'enfant mineur du défunt

**920.** Différemment de ce qu'il se passe pour d'autres héritiers, il est possible d'établir des dispositions spécifiques visant la protection de l'enfant mineur du *de cuius*, à cause de sa vulnérabilité. Malgré la prédominance des effets essentiellement patrimoniaux de la succession, le testament permet aussi l'établissement des dispositions extra-patrimoniales à l'égard de l'enfant du défunt.

### **a) *Dispositions testamentaires spécifiques visant la personne de l'enfant***

**921.** Si le testament n'a plus de nos jours son utilisation pour la reconnaissance des enfants « naturels », à travers leur légitimation, comme il se faisait autrefois ; il garde néanmoins son utilité pour la désignation des mesures visant la protection de la personne de l'enfant. Même si certains systèmes légaux permettent encore le recours au testament comme instrument pour la reconnaissance d'un enfant par un acte de déclaration unilatérale, cela serait peu utile pour un couple de personnes du même sexe, à cause des moyens d'établissement de la filiation utilisés au domaine de l'homoparentalité. Face aux difficultés pour l'accès à la filiation pour les couples de personnes du même sexe, difficilement ils obtiendraient la reconnaissance d'un enfant sans une procédure formel, comme une procédure d'adoption ou la célébration d'une convention d'AMP ou de GPA suivie d'une décision judiciaire ou d'un acte juridique comme un enregistrement auprès

l'enregistrement civil. Et cependant un testament peut être utilisé pour garantir une certaine protection à l'enfant, à travers la désignation, par testament, de mesures de tutelle ou de transfert ou de délégation d'autorité parentale à l'égard de l'enfant. Métaphoriquement, c'est comme si l'autorité parentale se mesurait comme un patrimoine et le testateur en disposait à une personne de sa confiance. Dans ce sens Portelli dit :

« La tutelle testamentaire est souvent citée comme un moyen ayant permis reconnaître a minima l'existence d'une famille homoparentale. La proposition n'est pas fausse mais elle ne prend son intérêt qu'au décès d'un des deux membres du couple, ce qui, sans nier l'utilité de l'institution, en limite considérablement la portée. » Portelli p. 99

**922.** L'institution pour ce transfert de droits et devoirs à l'égard de l'enfant, si que les limites des pouvoirs transférés, sont indiquées dans le testament. Pourtant, comme partie intégrante du contenu du testament, cette désignation obéit à la loi applicable à la succession. Un point important est si la loi régissant cette mesure de protection (comme une tutelle, par exemple) et, *ipso facto*, son transfert ou sa désignation par testament serait régie cumulativement par la loi applicable à la tutelle ou institution semblable. Comme la mesure découle du testament et fait partie intégrante des dispositions testamentaires, le critère cumulative serait convenable. Pourtant, si l'établissement de la mesure de protection, comme une tutelle, ne se fait pas au for successoral, en raison du domicile ou de la résidence habituelle du tuteur dans une autre juridiction ; l'application de la mesure indiquée au testament et le critère de rattachement appliqué pour déterminer la loi applicable appartient au DIP de ce for de l'établissement du régime protectif à l'égard de l'enfant.

#### ***b) Dispositions testamentaires spécifiques visant l'héritage de l'enfant***

**923.** En raison de l'établissement d'un régime de protection de l'enfant par testament, il est usuel que l'implémentation de cette mesure soit accompagnée par une mesure de sauvegarde du patrimoine composant l'héritage de l'enfant mineur, telle qu'une hypothèque à la charge du tuteur ou de l'administrateur de ce patrimoine. Comme cette hypothèque visant rassurer les biens de l'héritage de l'enfant mineur se ferait au for de la situation des biens, en fonction de l'attachement territorial des droits réels, la *lex rei sitae* serait appliquée. Pourtant, comme pour l'hypothèse identique dans le cas d'une succession légale – nommé comme « hypothèque légale » – ; cette hypothèque dérivant d'une succession testamentaire – ainsi, par opposition, nommée « hypothèque testamentaire » – se soumet à une application cumulative de la *lex successionis* – qui serait la loi régissant le fond du testament –, par le contexte de la succession d'où dérive la mesure de

protection sur l'enfant et qui impose la mesure sur les biens, et de la loi de la situation des biens, pour l'encadrement de droits réels.

## B. D'autres modalités de disposition à cause de mort et les libéralités

**924.** Malgré son importance, le testament n'est pas le seul instrument disponible pour le recours à la *professio iuris* dans le domaine successoral. La planification peut se faire à travers d'autres instruments, qui visent s'intégrer, compléter ou anticiper les dispositions du testament.

### 1. D'autres dispositions à cause de mort

**925** Dans le domaine de la succession contractuelle, il y a d'autres dispositions à cause de mort que le testament, au but de compléter, remplacer ou servir de support aux dispositions testamentaires. D'un côté, il y a les pactes successoraux, qui gardent une dépendance avec le contenu de la succession des personnes touchées par le pacte ; d'autre côté, il y a des types de dispositions autonomes, qui comportent un régime propre, même si elles intègrent le corpus d'un testament. Comme pour les droits successoraux du conjoint ou partenaire survivant, l'on ne fait pas une analyse spécifique des codicilles, une fois qu'ils profitent du même régime légal applicable aux testaments, comme des formes de testament en miniature, parfois restreints à certains biens – meubles ou sans une valeur pécuniaire significatif.

#### a) *Les pactes successoraux*

**926.** Même si certains systèmes légaux méconnaissent les pactes successoraux ou considèrent comme incompatibles avec leur ordre public les pactes conclus à l'étranger, ils sont une alternative pour servir de base pour les contours des dispositions testamentaires. Il est important d'observer que les pactes successoraux pourraient être utilisés pour bénéficier ces enfants, quand il n'est pas contemplé par la réserve héréditaire dictée par la *lex successionis*, ou pour s'autoexhérer, à travers son propre consentement, possiblement en favorisant l'autre parent, qui est le conjoint ou partenaire survivant du défunt. Si un pacte successoral sert à rassurer les droits successoraux des enfants des couples de personnes du même sexe ; il peut cependant qu'un système qui permet ou accepte des pactes successoraux faits à l'étranger ne reconnaissent pas un pacte fait en bénéfice d'un conjoint ou partenaire survivant du même sexe, ou favorisant un enfant issu d'un projet d'homoparentalité. Si le droit en vigueur au for ou le droit applicable au pacte successoral ne

reconnaît pas ce genre de couples ; le pacte serait refusé, parce que son contenu heurterait l'ordre public.

**927.** Comme déjà exposé à propos des pactes successoraux dans la première partie de ce travail, malgré la diversité de classifications pour les pactes successoraux, la classification la plus récurrente en droit comparé est celle qui prend en compte le nombre de personnes dont la succession est touchée par le pacte. Cette classification, usuelle au droit comparé, est reprise au droit conventionnel pour distinguer des différentes solutions en DIP sur la matière. Au domaine du droit conventionnel, le Règlement successions s'occupe des pactes successoraux et distingue deux régimes légaux, selon le nombre de personnes touchées par le pacte.

**928.** L'effet accessoire des pactes successoraux, visant établir les limites de la liberté de disposition par testament de la personne dont la succession l'on veut gérer par le pacte successoral, oblige à la réflexion sur la loi applicable au pacte successoral. Comme le pacte se fait dans un moment préalable à l'égard de la succession non ouverte, qui se déroulera dans un moment futur ; il est rattaché à ladite succession. Faute de règle de conflit spécifique pour le pacte successoral, la tendance serait d'appliquer la règle de conflit pour la succession elle-même, en raison de sa connexion avec la succession. Même dans les systèmes légaux qui prévoient un critère de rattachement spécifique pour le pacte successoral, il accompagne souvent le critère prévue en matière successorale, mais en considérant comme si l'ouverture de la succession se passait au moment de la célébration du pacte. Comme le dynamisme de la vie humaine pourrait favoriser à un changement d'élément de rattachement en matière de succession, tel qu'un changement de domicile, de résidence habituelle ou de nationalité du défunt, l'on aurait un conflit mobile apparent en matière de succession. Ainsi, la loi applicable au pacte successoral en tant que loi dérivée de la loi successorale, soit par critère autonome, soit par recours supplétif, serait la loi personnel du défunt ou, dans certains cas, la *lex rei sitae* pour les biens immeubles – selon la scission entre succession mobilière et immobilière sous l'approche scissionniste ou en raison due régime spécial applicable à certains biens, même sous l'approche unitaire. En tout cas, il est convenable d'analyser le régime légal applicable aux pactes successoraux, en observant les particularités relatives au nombre de personnes dont les successions sont touchées par le pacte.

#### *a) Pactes touchant la succession d'une personne*

**929.** Comme pour tout acte formel, le pacte successoral touchant la succession d'une personne s'appuie sur la validité des conditions de forme et de fond. Comme le pacte touche la succession

d'une seule personne, son régime légal serait moins complexe que celui touchant plus d'une personne. L'on revient sur l'argument que la loi applicable au fond du pacte successoral serait la loi personnelle du défunt, applicable en matière successorale, selon le critère de rattachement du for. Ou la *lex rei sitae*, s'il s'agit des immeubles pour la succession immobilière dans le cas d'application de l'approche scissionniste ou en raison d'un régime spécial pour certains biens. En tout cas, la loi applicable au pacte serait la loi successorale fictivement applicable comme si la succession s'ouvrait au moment de la conclusion du pacte. Pour la forme du pacte, il faut observer la loi du lieu de sa conclusion. Pourtant, le pacte ne produirait pas d'effets, s'il y a une prohibition de célébration de pactes sur succession future, selon la loi successorale applicable ou la *lex fori*, si le pacte reste, par exemple, institution inconnue au for. D'ailleurs, un pacte fait à l'étranger, mais dont l'application relève des effets à l'égard d'un bien immeuble au for, serait inefficace, si le for n'accepte pas de pacte successoral. Dans ce cas, le pacte serait valable pour la succession mobilière, mais pas pour les immeubles sis au for, comme la solution proposée au DIP français.

**930.** En droit conventionnel, comme déjà exposé dans la première partie de ce travail ; pour les pactes successoraux touchant la succession d'une personne, le Règlement successions remet à la loi appliquée à la succession, selon les critères du propre Règlement, comme si le *de cuius* était mort le jour de la célébration du pacte. La loi applicable régit la recevabilité, la validité au fond et les effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution. Comme le Règlement, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989 prévoit l'application de la loi applicable à la succession à la validité du fond du pacte successoraux, ses effets et son extinction. Pour les pactes touchant la succession d'une personne, la Convention prévoit l'application de la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité du défunt au moment de la célébration du pacte, mais avec la concession en faveur de la loi de la résidence habituelle ou celle de la nationalité du défunt au moment du décès, si cette loi sert à valider le pacte<sup>506</sup>.

**931.** Compte tenu la réciprocité des droits successoraux entre ascendants et descendants, un pacte successoral serait utile à garantir la succession entre les parents et les enfants au sein d'une famille basée sur un couple homosexuel. Cela permettrait surmonter les obstacles des lois possiblement applicables à la succession, avec un profil réfractaire à la reconnaissance des couples de personnes du même sexe et de l'homoparentalité. Cela servirait non seulement à permettre aux enfants de libérer leur parent à léguer librement à son conjoint ou partenaire du même sexe ; mais aussi aux parents à renoncer à leur réserve héréditaire dans la succession de leur enfant, en faveur du conjoint

---

506 Voir l'article 9 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

ou partenaire du même sexe de leur enfant, s'il n'est pas reconnu comme héritier réservataire, par la *lex successionis*.

*β) Pactes touchant la succession de plus d'une personne*

**932.** Si le nombre de personnes touchées par la succession dans le pacte successoral n'a pas d'importance pour les questions de forme, qui observe traditionnellement la maxime *locus regit actum*; une application cumulative s'impose la question du fond, quand il y a plus d'une personne dont la succession fait l'objet du pacte. Ainsi, pour le fond du pacte, l'on prend en compte l'application soit de la loi personnelle de chaque défunt applicable en matière successorale, selon le critère de rattachement du for, soit de la *lex rei sitae*, s'il s'agit des immeubles pour la succession immobilière dans le cas d'application de l'approche scissionniste ou en raison d'un régime spécial pour certains biens. Le même raisonnement de l'application de la *lex successionis* serait applicable, comme contenu soumis à la loi successorale, soit par l'application d'un critère de rattachement autonome, soit par la soumission de la matière au contenu de la succession. Encore une fois, ces diverses lois applicables seraient celles potentiellement applicables comme si chaque succession s'ouvrait au moment de la conclusion du pacte.

**933.** En droit conventionnel, la même application cumulative des lois applicables au fond pour chaque personne dont la succession fait objet du pacte se vérifie. Pour les pactes successoraux touchant la succession de plus d'une personne, le Règlement successions prévoit une application cumulative pour la recevabilité du pacte, en soumettant sa conformité à la loi successorale applicable à chaque personne touchée par le pacte. Pour la validité au fond, les effets contraignants entre les parties, y comprises les conditions de sa dissolution ; le Règlement propose l'application du principe de la proximité. Le règlement accueille l'autonomie de la volonté pour le choix de la loi régissant le pacte, à condition que l'on choisisse l'une des options prévues par le règlement, comme une alternative convenable à toutes les personnes dont la succession est touchée par le pacte, mais garde la maxime *locus regit actum* pour la forme du pacte, puisque inchangeable pour tous les intéressés<sup>507</sup>. Pareillement, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989 opère une application cumulative, à travers la loi qui serait applicable à chaque personne<sup>508</sup>. De manière à sauvegarder la validité au fond du pacte successoral, les parties peuvent choisir la *lex residentiae* ou la *lex patriae* de la personne ou de l'une des personnes dont la succession s'agit le pacte<sup>509</sup>.

---

507 Voir l'article 25 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

508 Voir l'article 10 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

509 Voir l'article 11 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

**934.** Face à la réciprocité des droits successoraux entre ascendants et descendants, un pacte successoral touchant la succession de plus d'une personne serait convenable à rassurer la succession entre les parents et les enfants au sein d'une famille homoparentale. Ce pacte permettrait de surmonter les refus des lois possiblement applicables à la succession de reconnaître les couples de personnes du même sexe et/ou leurs enfants. Avec ce pacte, les enfants pourraient libérer chacun de leurs parents à léguer librement et réciproquement à son conjoint ou partenaire du même sexe. Les parents, à leur tours, pourraient réciproquement renoncer à leur réserve héréditaire en tant que conjoint ou partenaire survivant, dans leurs respectives successions, en faveur de leurs enfants.

**b) *Le trust et la substitution fidéicommissaire***

**935.** Différemment des pactes successoraux, qui visent délimiter la liberté de disposer par testament du testateur, le trust et la substitution fidéicommissaire gardent de l'autonomie en tant que formes de dispositions à cause de mort. Ils permettent au de cujus de s'échapper de certaines dispositions testamentaires, qui lui seraient obligatoires, ou de les remplacer, par des dispositions qui gardent un considérable degré d'autonomie de la volonté.

**a) *Le trust***

**936.** Regardé avec assez de méfiance dans plusieurs systèmes légaux, ou parfois appliquée sous réserves ou adaptations, le trust convient sur mesure aux objectifs de ceux qui cherchent à exercer plus à l'aise la *professio iuris* en matière successorale. Compte tenu l'examen déjà fait dans la première partie de ce travail sur la nature, le concept et les rôles des personnes concernées au trust, l'on part à l'analyse de ses effets en DIP ; de manière à examiner l'efficacité de son utilisation dans une succession à cause de mort touchant une famille homoparentale.

**937.** Il est d'abord important de considérer que le trust est une institution très résiliente, qui sert à plusieurs finalités<sup>510</sup>, selon les objectifs de l'utilisation du patrimoine sauvegardé et du profil du bénéficiaire, y compris la planification successorale. Si le trust peut se faire par acte unilatéral par le settlor ou constituant, il ne se confond pas avec le testament, qui sert à déterminer directement la

---

510 Parmi d'autres modalités, l'on met l'accent sur le trust charitable (un trust irrévocable établi pour servir à une cause charitable) qui s'approche des fondations du Civil Law, le « special purpose trust » ou trust à destination spéciale, pareil au trust charitable, mais sans un objectif charitable, le « pet trust » (destiné à prendre soin d'un animal de compagnie après la mort de son maître), le trust pour besoins spéciales – le « special need trust » - (pour la protection d'une personne handicapée), le « spendthrift trust » ou trust pour une personne perdulaire – aussi pour la protection d'une personne vulnérable, mais qui ne peut pas la capacité de gérer ses fonds, et le trust dynastique ou « dynasty trust », un trust irrévocable destiné à transmettre des actifs à travers des générations, hors l'application des taxes de succession ou de donation.

transfère des droits aux personnes bénéficiaires de la succession. Quand le trust se fait par acte bilatéral comme acte d'affaires entre le constituant et le(s) trustee(s), il s'avoisine des donations, mais ne se confond pas avec elles, par sa nature et ses objectifs spécifiques. Il ne peut pas se confondre avec la fraude.

**938.** Compte tenu des particularités du trust, il faut examiner le régime légal qui lui est applicable en DIP. En considérant l'aspect négotial du trust et les restrictions à sa circulation, la tendance serait la régence du trust par la *lex voluntatis* ou, en son absence, par la loi du lieu de son institution. En matière de loi applicable, il surgit un conflit potentiel entre la loi successorale, la loi de la situation des biens qui composent la masse du trust, ou la loi du lieu de célébration du testament avec la loi choisie pour régir le trust. Comme le trust sert à donner une destination spéciale à un certain patrimoine, soit par acte *inter vivos*, soit par acte à cause de mort, lors de dispositions testamentaires ou comme une libéralité, en anticipant des dispositions du défunt, il est intéressant d'observer son utilisation pour la succession *mortis causa* touchant un couple de personnes du même sexe, comme une stratégie pour protéger le patrimoine successoral pendant longtemps et s'échapper des traditionnelles restrictions imposées par la *lex successionis*. Il faut réfléchir sur la possibilité d'utilisation du trust comme stratégie pour garantir la transmission ou fructification du patrimoine du défunt ou d'une fraction de ce patrimoine par les enfants du couple.

**939.** Dans ce sens, en droit conventionnel, la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985 prévoit comme loi applicable à la validité, l'interprétation, les effets, l'administration, et même la possibilité de soumettre certains aspects du trust, comme son administration, à une certaine loi, à la loi choisie par le constituant, lors de son institution<sup>511</sup>. Si le trust est institution inconnue du système légal de la loi choisie par le constituant ou si la catégorie choisie pour le trust l'est ; la *lex voluntatis* cède la place à la loi avec laquelle le trust garde les liens les plus étroits, qui prendront en compte les liens effectifs, tels que le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, la situation des biens du trust, la résidence ou le lieu d'établissement du trustee, ou les objectifs du trust et les lieux où ils doivent être accomplis<sup>512</sup>. En matière de droit conventionnel en matière de successions, compte tenu de la circulation limitée du trust, il est important de rappeler que le Règlement successions – avec un profil plus penché vers le système de droit continental, peu familiarisé avec le trust – ne s'applique pas aux trusts<sup>513</sup>.

**940.** Si le trust est une institution connue au for, il n'y a pas de difficulté pour sa reconnaissance et la production de ses effets. En revanche, les particularités du trust en tant qu'institution

511 Voir l'article 6 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

512 Voir l'article 7 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

513 Voir l'article 1 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012.



patrimoniaire et négotiale peuvent restreindre sa circulation. Face à l'inexistence du trust au for, la perméabilité du for à l'égard du trust déterminera le refus totale à sa reconnaissance ou l'acceptation partielle de ses effets. En profitant de la tolérance du DIP, l'on a recours à l'adaptation quand, même face à l'inexistence du trust dans l'État requis, il y a d'institution avec laquelle le trust s'avoisine, telles que les fondations ou des biens soumis à un régime spécial. Différemment du trust, dont les pouvoirs sont exercés par le trustee, la fondation a de la personnalité juridique pour être propriétaire des biens et pour temps indéterminé, parce que l'on lui attribue la reconnaissance comme personne morale. La Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985 conditionne la reconnaissance du trust au respect à la loi prévue pour sa régence, selon les règles de la Convention (soit la loi choisie par le constituant, soit la loi établie selon le principe de la proximité, en considérant des éléments importants pour le trust)<sup>514</sup>. Pourtant, la reconnaissance du trust pourra être refusée, quand ses éléments les plus significatifs garde des liens les plus étroits avec une loi qui méconnaît le trust ou sa modalité<sup>515</sup> ou favorisée par le remplacement de la loi originalement applicable par une loi plus favorable à la reconnaissance du trust<sup>516</sup>. La convention récupère les effets du trust et les pouvoirs du trustee qu'elle considère comme importants, comme sa légitimité pour l'enregistrement des biens du trust, de manière à les renforcer. La Convention indique exprès la possibilité d'adaptation, quand elle fait référence à l'expéctatif que le juge s'efforce pour « donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques »<sup>517</sup>. Il est important d'observer que si la Convention interdit le renvoi<sup>518</sup>, de manière à éviter sa soumission à une loi qui conduirait à sa non reconnaissance, elle facilite son invalidité, en prévoyant la clause échappatoire de l'ordre public<sup>519</sup>, pas difficile à être invoquée pour une institution encore limitée.

**941.** Si le for où se trouvent des biens qui composent la masse du trust ne reconnaît pas les couples de personnes du même sexe ou leurs enfants, le trust ne servirait à sauvegarder ce patrimoine du trust, que s'il y est reconnu. Si l'ordre public du for est réfractaire au trust, l'on risque de le considérer comme une utilisation frauduleuse, pour masquer la destination de l'héritage aus enfants issus d'un projet d'homoparentalité, dans un système réfractaires aux couples homosexuels. Et quand le trust se fait par acte inter vifs, comme une libéralité, la conséquence de la non reconnaissance du trust emmènerait à la réduction de cette libéralité en faveur des héritiers.

---

514 Voir l'article 11 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

515 Voir l'article 13 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

516 Voir l'article 14 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

517 Voir l'article 15 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

518 Voir l'article 17 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

519 Voir l'article 18 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1985.

## *β) La substitution fidéicommissaire*

**942.** La substitution fidéicommissaire sert à projeter les droits successoraux à un potentiel héritier futur du défunt, à travers les charges imposés au héritier direct du *de cuius*, avec qui il a un lien direct. D'habitude, le défunt détermine la disposition d'une partie de son patrimoine à titre de substitution fidéicommissaire dans son testament ou par un acte autonome, en bénéfice d'un petit-enfant (nasciture) à la charge d'administration de son enfant. Métaphoriquement, la substitution fidéicommissaire permet d'avancer directement le patrimoine du défunt à un descendant qui dépendrait de la succession de l'héritier direct du défunt pour toucher ce part successoral. La base de l'institution est la *fides*, reprise du droit romain, pour concentrer les pouvoirs de la gestion du bien, la charge de son administration sur l'enfant du disposant, qui garde, à son tour, la prérogative de consolidation de la propriété du bien, au cas où le bénéficiaire ne survit pas ou n'atteint pas la majorité.

**943.** En ce qui concerne les couples de personnes du même sexe développant un projet d'homoparentalité ; la substitution fidéicommissaire sert, comme pour les familles traditionnelles, à sauvegarder un certain bien à un petit-enfant sans risquer son épuisement par un enfant héritier perdulaire. La difficulté possiblement retrouvée serait la méconnaissance de la filiation homoparentale par le droit applicable à la substitution fidéicommissaire. En DIP, l'analyse de l'institution se fait au for successoral ou au for de la situation du bien, s'il évoque de la compétence pour la disposition du bien en matière successorale, puisque plusieurs systèmes légaux restreignent l'application de cette institution aux biens immeubles. Comme la substitution fidéicommissaire réunit les aspects patrimoniaux de la succession et les droits réels, le critère pour la détermination de la loi applicable à cette situation est cumulative, en réunissant la loi applicable à la succession (souvent la loi applicable au fond du testament ou de la disposition autonome, selon le critère de rattachement du for) et la *lex rei sitae*.

## 2. Les libéralités

**944.** Pour éviter l'incertitude des traditionnelles dispositions à cause de mort, certains individus essaient de s'y anticiper, en établissant de vivant la destination de certaines fractions de leur patrimoine ou de certains biens, pour se rassurer de leur destination. Pourtant, il faut vérifier si cet

exercice des libéralités est valable et quelles sont leurs conséquences à l'égard de la succession à cause de mort de la personne concernée.

**a) *Le régime légal des libéralités***

**945.** Comme les libéralités possèdent un caractère obligationnel, elles comprennent, comme tout acte juridique formel, la partie intrinsèque et la partie extrinsèque. Sa validité est subordonnée aux conditions de fond et de forme. La forme serait soumise à la loi du lieu de célébration de l'acte ou une autre loi déterminée, selon le critère de rattachement du for. Pour le fond des libéralités, qui assument souvent la forme d'une donation, les critères bousculent entre la loi du lieu de conclusion de l'obligation et celle du lieu de production des résultats, selon le DIP en vigueur au for. La tendance serait l'utilisation d'un contrat *in praesentiae*, compte tenu des effets et de la formalité de la donation, possiblement avec recours à un acte authentique, surtout s'il s'agit des biens immeubles. Pourtant, la donation pourrait parfois se faire à travers un contrat *in absentiae*, sous certaines conditions. Comme les obligations est le domaine clé pour l'autonomie de la volonté, l'on s'interroge sur la possibilité de choix de la loi applicable au fond de la donation. La réponse nous paraît positive, à condition que le DIP en vigueur au for le permette. Et cependant il faut certainement respecter les restrictions imposées par la loi de la situation du bien, si la donation a pour objet un bien immeuble : cas dans lequel la *lex rei sitae* serait applicable. Une solution harmonieuse serait probablement le recours à l'autonomie de la volonté encadrée, avec le choix pour la loi de la situation du bien ou pour une autre loi qui soit compatible avec les prescriptions de la *lex rei sitae*. Surtout s'il s'agit d'une donation concernant des biens immeubles, comme une stratégie pour la valider. Dans ce sens, il convient d'observer que le Règlement sur le régime matrimonial et le Règlement sur le régime partenarial prévoient le choix de la loi applicable et listent la *lex rei sitae*, comme une alternative possible.

**946.** Il est important de considérer que la loi applicable au fond des libéralités couvre non seulement le contenu de l'acte, comme les dispositions des libéralités (si elles sont à titre gratuit ou conditionnées), mais aussi les éventuels vices sur le consentement du donateur ; les effets de la donation (les obligations entre les parties et à l'égard des tiers) ; l'interprétation de la convention, l'irrévocabilité de la donation et les causes de révocation ou de caducité de la donation. En plus, comme requis pour toute acte juridique, il faut examiner la capacité de l'agent pour l'accomplissement de l'acte, soit disant la capacité du donateur pour disposer des biens. Il peut y avoir une apparente coïncidence entre la capacité du donateur pour disposer de ses biens et sa

capacité, en tant que testateur, pour disposer par testament. Si le DIP détermine la soumission de la capacité pour disposer par donation à la loi personnelle du donateur ou même à la loi du lieu de célébration de la donation, cela peut coïncider, par exemple, avec le lieu de domicile ou de résidence habituelle du donateur. Pour la capacité pour disposer par testament, il peut que le DIP applique à la capacité pour disposer par testament la loi personnelle du testateur, soit comme une question comprise par la loi applicable au fond du testament (la *lex successionis*) – qui peut être la personnelle du testateur lors du décès –, soit comme la loi spécifiquement prévue pour discipliner sa capacité à disposer par testament, souvent considérée comme la loi personnelle du testateur au moment de la rédaction du testament. Il peut y avoir un conflit mobile, en raison du changement de domicile ou de résidence habituelle du défunt pendant sa vie. D’une part, la loi personnelle du donateur pour sa capacité à disposer par donation serait évaluée au moment de la donation. D’autre part, la capacité pour disposer par testament serait évaluée par la loi personnelle au moment du décès ou au moment de prise des dispositions testamentaires, selon le DIP applicable. En tout cas, la capacité du donateur pour l’acte est un élément important pour la validité des libéralités et doit respecter la loi indiquée par le critère de rattachement du for.

947. Au domaine conventionnel, il est intéressant d’observer que les traités couvrant matière successorale en général excluent de son objet le thème des libéralités inter vivos. Dans ce sens, le Règlement successions ne s’applique pas aux libéralités<sup>520</sup>, ni la prédécesseure Convention de La Haye pour la loi applicable en matière de successions du 1989<sup>521</sup>. Raison pour laquelle, au niveau de l’UE, l’on a recours à l’application du Règlement Rome I, en matière d’obligations. Ainsi, l’on prévoit comme loi applicable au fond des libéralités, en cascade : la *lex voluntatis*<sup>522</sup>, et subsidiairement, la *lex rei sitae*, pour ce qui concerne les droits réels, et, finalement, la loi déterminée par le principe de la proximité<sup>523</sup>. La forme est dépendante de la loi applicable au fond – dans un effort approximatif d’harmonie entre la forme et le fond – ou la loi du lieu de rédaction de l’acte<sup>524</sup>. Dans un effort pour éviter l’invalidité de l’acte par cause de l’incapacité de l’agent, son capacité serait régit pour les contrat entre présents par la loi du pays de conclusion du contrat et l’incapacité ne pourrait être invoquée sous une autre loi que si le contractant connaisse cette incapacité ou l’ignorait par imprudence<sup>525</sup>.

---

520 Voir l’article 1 du Règlement (UE) n. 650/2012/du 4 juillet 2012 .

521 Voir l’article 10 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux successions à cause de mort du 1989.

522 Voir l’article 3 du Règlement Rome I.

523 Voir l’article 4 du Règlement Rome I.

524 Voir l’article 11 du Règlement Rome I.

525 Voir l’article 13 du Règlement Rome I.

**948.** Une fois que les libéralités sont valables, il faut examiner l'extension de ses effets. En essence, l'on analyse les effets entre les parties et l'extension de ses effets à l'égard des tiers, parmi lesquels se trouvent des héritiers et légataires du donateur. D'abord, il faut considérer l'irrévocabilité de la donation ou la possibilité de sa révocation, sous certaines conditions. Certains systèmes légaux prévoient la possibilité de révocation par le donateur dans certaines circonstances et son annulation pour certains motifs. Un motif classique serait l'ingratitude du bénéficiaire à l'égard du donateur, par la pratique de certains actes offensifs et/ou graves. Même si l'adultère n'est plus criminalisé dans la plupart du monde, il produit parfois des effets dans la sphère civile, comme une cause pour motiver la dissolution du lien matrimonial, un motif pour des dommages-intérêts ou une raison spécifique pour l'annulation d'une éventuelle donation, quand le donateur marié la fait en bénéfice du complice de l'adultère. Les effets seront soumis à la loi applicable au fond des libéralités, mais encore une fois il faut observer les prescriptions de la *lex rei sitae*, en ce que concerne les donations de biens, surtout des immeubles. Même si les libéralités entre vifs sont valables en forme et fond, il peut qu'elles perdent sa force face aux prescriptions légales à l'égard de la succession du donateur. Comme les libéralités atteignent de manière anticipée des biens qui feraient potentiellement partie de la masse successorale, l'on vérifie la persistance de ses effets face à la succession du donateur.

#### **b) La réduction des libéralités**

**949.** Le conflit entre les libéralités et les dispositions à cause de mort peut résulter dans la réduction des libéralités, de manière à garantir le respect à la réserve héréditaire. Ces effets post-mortem de libéralités entre vifs résultent de l'application de la *lex successionis*, qui établit le rapport entre les libéralités et la succession, en raison du décès du donateur. L'encadrement hypothétique du montant objet des libéralités dans la masse successorale sert à vérifier s'ils dépassent la quotité disponible de la succession, en raison de la prévision d'un montant à titre de réserve héréditaire. Dans ce cas, les libéralités sont réduites en partie ou en totalité pour la recomposition du montant destiné à la réserve héréditaire. Il est important de distinguer l'invalidité des libéralités en tant qu'acte juridique de l'inefficacité des libéralités face au contenu de la succession à cause de mort du donateur. Compte tenu le caractère impératif des dispositions légales sur la réserve héréditaire, celles-ci prévalent sur les libéralités. Même dans le domaine de la *professio iuris*, l'on voit les conséquences indirectes de la place privilégiée de certains héritiers prioritaires dans l'ordre de vocation héréditaire.

**950.** Comme d'autres types de dispositions touchant le patrimoine de la masse successorale au domaine de la succession contractuelle, les libéralités succombent face aux prescriptions impératives de la réserve héréditaire, qui s'imposent comme un pilier pour la partage du patrimoine du défunt. Cela dit, il faut réfléchir sur la prise des libéralités dans le contexte d'une succession rattachée à un couple de personnes du même sexe. Malgré la liberté contractuelle, comme une règle de base de l'autonomie obligationnelle, les libéralités ne servent pas à la fraude, comme un mécanisme pour anéantir les exigences de la réserve héréditaire, qui sera même protégée par le respect à l'ordre public. Les libéralités ne servent non plus comme une stratégie à remplir le manque de pacte

**951.** Dans un sens inclusif, les libéralités faites en défaveur des enfants d'un couple de personnes du même sexe ne seraient pas valides, quand elles ne respectent pas leur statut comme héritiers réservataires et leur respectifs montants ; quand la loi successorale reconnaît leurs droits successoraux. Le refus à reconnaître les libéralités se conditionne aussi au droit de prélèvement, qui pourrait jouer pour invalider des libéralités prises en faveur d'un enfant du défunt face à la protection des héritiers réservataires ressortissants nationaux ou, au contraire, pour protéger un conjoint ou partenaire national du même sexe. Comme pour les dispositions testamentaires, qui pourraient subir une réduction en raison du non respect des prescriptions sur la réserve héréditaire, les libéralités en faveur ou en défaveur d'un enfant du *de cuius* se soumet à la tolérance et à la reconnaissance de ce genre de couples et leurs enfants par la loi successorale applicable et par le droit du for.

## **Conclusion de la Section 2**

**952.** Différemment de ce qu'il se passe pour un conjoint ou partenaire survivant du même sexe dont la place dans l'ordre de vocation héréditaire dépend de la tolérance de la loi applicable en matière de reconnaissance des couples de personnes du même sexe ; la place de l'enfant dans l'ordre de vocation héréditaire est en principe rassurée, si le lien de filiation est reconnu. Ce qui remet indirectement au niveau de perméabilité de la loi applicable à l'égard de l'homoparentalité, à travers l'examen du lien de filiation comme question préalable.

**953.** Même pour les systèmes légaux qui reconnaissent les couples de personnes du même sexe, il peut avoir des conflits pour la reconnaissance simultanée de l'enfant et le conjoint ou partenaire survivant du même sexe comme héritiers, selon l'ordre de vocation héréditaire applicable.

## **Conclusion du Chapitre premier**

**954.** Les effets patrimoniaux découlant du lien de filiation entre les parents du même sexe et leurs enfants comprennent les devoirs à l'égard des parents, comme les obligations alimentaires et la charge des indemnités par faute des enfants, mais aussi des droits qui représentent un bonus pour l'enfant, comme les droits successoraux, qui revendique un traitement légal complexe en DIP, par force de sa nature hybride, à la fois comportant les statuts réel et personnel.

**955.** Il est important d'observer que plusieurs effets patrimoniaux sont bilatéraux, c'est à dire, ils s'exercent en bénéfice des enfants à la charge de leurs parents et vice-versa, comme les obligations alimentaires et les droits successoraux.

## **Chapitre deuxième: Les effets personnels**

**956.** Le rapport de filiation établit beaucoup d'effets personnels entre les parents et l'enfant du couple, non seulement en raison des devoirs liés à l'autorité parentale, mais aussi relatifs aux droits de la personnalité, qui l'enfant en thèse profite à partir de l'identité qu'il construit comme enfant de certains parents.

### **Section 1. L'exercice de l'autorité parentale**

**957.** Question complexe est l'étude de l'autorité parentale en DIP, une fois qu'elle est un droit exercé par les parents – ou par les personnes qui leurs remplacent –, mais qui se fait dans l'intérêt de l'enfant. En raison du régime de dépendance légale de l'enfant aux parents ou à ceux qui leurs remplacent dans cet exercice, face à la condition de minorité et de vulnérabilité de l'enfant ; l'exercice de l'autorité parentale couvre un vaste domaine de droits et devoirs. Pour cette étude, l'on sous-divise l'analyse de l'autorité parentale en deux parties : d'un côté, l'exercice général de l'autorité parentale ; d'autre côté, spécifiquement le droit de garde et le droit de visite, une fois que le droit de garde est probablement le pouvoir le plus important et le plus complexe dans le contexte de l'autorité parentale.

#### **§1. L'exercice général de l'autorité parentale**

**958.** *A priori*, il faut éclairer la notion d'autorité parentale et délimiter son étendue. L'autorité parentale a des racines profondes dans le droit privé. Elle s'est érigée au sein de la famille patriarcale comme un pouvoir absolu du père, le chef de la famille, sur ses enfants, au but de les



protéger, mais surtout de gérer leurs vies, en décidant sur tous les aspects de leurs vies quotidiennes. En Occident, l'origine est dans la *patria potestas* romaine<sup>526</sup> qui évolua, à travers des siècles, jusqu'à l'autorité paternelle et figures semblables en droit comparé. La *patria potestas* couronnait le père comme souverain de son petit royaume domestique familial, ayant des pouvoirs de surjection sur les membres de la famille, notamment sur ses enfants. Si la majorité de l'enfant brise les limites de l'autorité illimitée du père, sous la Révolution ; le grand changement se fait progressivement après la IIe Guerre Mondiale, avec l'égalisation des rôles des parents, qui garantit l'isonomie entre le père et la mère. Un nouveau changement s'opère à partir des années 2000, avec l'ouverture des effets verticaux pour les couples de personnes du même sexe, à l'égard de leurs enfants : l'on confirme la rupture avec le modèle patriarcal, sous la neutralité des couples où l'altérité de sexe des conjoints ou partenaires n'existe pas. De nos jours, l'autorité parentale est comprise aussi comme la responsabilité parentale, selon la terminologie de plusieurs lois nationales et textes internationaux<sup>527</sup>. Dans ce sens, la plupart des conventions internationales versant l'autorité parentale préfèrent la terminologie « responsabilité parentale »<sup>528</sup>.

**959.** Non seulement la nomenclature, mais aussi l'étendue de l'autorité parentale est un thème qui a évolué dans le temps. Les transformations de la *patria potestas* romaine jusqu'à l'autorité parentale de nos jours relèvent une rupture d'un pouvoir illimité et absolu du père sur ses enfants, avec des droits plus limités, tempérés selon le principe de l'intérêt de l'enfant. Il y a surtout des devoirs imposés aux parents à l'égard de l'enfant, qui est au centre de l'autorité parentale, même si les prérogatives sont exercées par les parents. Dans cet esprit, l'exercice de l'autorité parentale couvre divers thèmes et décisions que les parents doivent accomplir pour la prise en charge et le bien être de l'enfant ; parmi lesquels il y a des questions qui assument une autonomie par leur importance et complexité, telle que le droit de garde et ses conséquences.

**960.** A part le droit de garde et ses conséquences, qui comprennent des spécificités, qui justifient une analyse séparée ; il convient d'étudier l'exercice général de l'autorité parentale en DIP, à

---

526 Voir « À Rome, la *patria potestas* (puissance paternelle) était la source primitive de la famille : plus que le sang, la famille reposait sur la volonté du *pater familias*, qui exerçait son autorité sur ses *sui*, enfants et petits-enfants, tous *alieni juris*. La famille patriarcale était soumise à une autorité absolue, analogue à un droit de propriété, et conçue en termes énergiques allant jusqu'au *jus vitae necisque* (le droit de vie et de mort) et celui d'exposer les enfants nouveaux-nés, c'est-à-dire de les abandonner. Elle ne s'éteignait que par la mort du *pater*, quel que fût l'âge du descendant, sauf lorsqu'il était sorti de la famille pour passer sous une autre *potestas*. Au fil du temps, ce droit s'était adouci, bien qu'en fût maintenue la perpétuité. » FULCHIRON, Hugues. MALAURIE, Philippe. *Droit de la famille*. 6 ed. Coll. Droit Civil. Paris, LGDJ, 2018. p. 680.

527 Voir AUDIT, n. 742. p. 642.

528 Dans ce sens, au niveau international, il y a la Convention de New York sur les droits de l'enfant du 1989, la Convention de La Haye 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 du 1996, et au niveau européen, le Règlement Bruxelles II-bis.

travers les divers droits et devoirs de la(des) personne(s) qui détient(nent) l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant<sup>529</sup>. Pour cela, il faut examiner son régime légal en DIP.

## A. Régime légal

**961.** Le régime légal pour l'exercice de l'autorité parentale, surtout pour les cas de désaveux, touchent les traditionnelles questions de for et de loi applicable.

### 1. Le for

**962.** Comme l'autorité parentale rattache directement l'enfant à ses parents, il faut analyser si le for compétent serait directement connecté à l'enfant ou à ses parents, c'est-à-dire, à la famille. Ce questionnement s'impose à mesure que l'enfant gagne de l'autonomie et une protection spéciale aux droits de l'Homme. L'on réfléchit sur son autonomie ou dépendance à l'égard de la famille au sein de laquelle s'exerce l'autorité parentale.

#### *a) Le for de l'enfant*

**963.** Comme l'enfant est au centre de l'exercice de l'autorité parentale, le for compétent pour en décider est celui du centre de vie de l'enfant. Comme cet exercice est soumis aux faits dynamiques de la vie familiale, tels que la dissolution de la vie en couple des parents de l'enfant, par dissolution à cause de mort ou dissolution inter vivos, il est opportun d'analyser la détermination de ce for, soit sous l'optique d'une continuité de la vie familiale, dans un for stable, soit lors des possibles conflits mobiles, qui découlent de changements de domicile ou de résidence habituelle, notamment en cas de dissolution du couple. Le for ayant vocation pour statuer sur des questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale de l'enfant est celui du domicile ou de la résidence habituelle de l'enfant, une fois que l'enfant est la partie concerné par l'éventuel conflit. La détermination du for de domicile ou de résidence habituelle de l'enfant passe certainement par une question de qualification. Ce for de

---

<sup>529</sup> Dans ce sens, l'article 371-1, alinéa 1, du CC fr identifie l'autorité parentale comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».

domicile ou de résidence habituelle de l'enfant pendant la vie commune de ses parents coïncide souvent avec celui d'établissement de la famille. Au cas où les parents ne cohabitent pas, même en formant un couple, le for recommandé serait celui où l'enfant vit avec le parent qui s'occupe de lui, même s'il n'y a pas de décision administrative ou judiciaire ou accord écrit des parents dans ce sens. Des éventuels changements de domicile ou de résidence habituelle de l'enfant pendant la vie commune de ses parents, pour leur accompagner ou suivre l'un d'eux relèvent des règles relatives aux conflits mobiles. Dans ce sens la Convention de La Haye 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 du 1996 prévoit la règle générale du for de la résidence habituelle de l'enfant, même dans les cas de changement de résidence habituelle où le for de la nouvelle résidence habituelle prévaut pour des nouvelles plaintes<sup>530</sup>. En harmonie avec la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980, pour la protection de l'exercice de l'autorité parentale ; la Convention de La Haye 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 du 1996 prévoit la compétence du for de résidence habituelle que l'enfant possédait avant le déplacement ou rétention illicite<sup>531</sup>. Des changements de domicile ou de résidence habituelle de l'enfant sont récurrents après la dissolution du couple, mais ces règles s'appliquent indistinctement au cas de modification de domicile ou résidence habituelle pendant la vie commune de conjoints ou partenaires.

**964.** Il est important de dire que la préférence pour le for personnel de l'enfant va avec le principe de la protection qui traverse les questions familiales rattachées à l'enfant, parce que l'on priorise la partie la plus faible dans le rapport de l'autorité parentale.

### ***b) Les fors subsidiaires***

**965.** Compte tenu la dynamique des rapports familiaux touchant l'enfant, qui accompagnent souvent le rythme de déplacements de ses parents, d'autres fors sont parfois prévus pour décider de l'exercice de l'autorité parentale dans des cas particuliers, comme pour les enfants en situation exceptionnelle hors leur résidence habituelle régulière, ou spécifiquement à propos de certaines questions relatives à cet exercice, telles comme les mesures provisoires de protection à l'égard de l'enfant et de ses biens, comme l'on analysera ci-dessous. La Convention de La Haye concernant la

---

530 Voir l'article 6 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

531 Voir l'article 7 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants du 1996 statue le for où l'enfant se trouve, pour les enfants réfugiés ou déplacés et ceux sans résidence déterminée. Il est intéressant d'observer que la Convention de La Haye du 1996 prévoit la possibilité de dérogation de la compétence judiciaire par les autorités du for de résidence habituelle de l'enfant. Cette dérogation est cependant limitée, puisque encadrée par certaines conditions, telles que l'intérêt supérieur de l'enfant et l'option pour une liste de juridictions ayant une liaison avec l'enfant, comme le for de la nationalité de l'enfant, celui où se trouve le patrimoine de l'enfant, celui compétent pour le divorce ou l'annulation de mariage des parents, ou encore celui avec lequel l'enfant a des liens de proximité, comme une concession au principe de la proximité<sup>532</sup>. Si le for du divorce coïncide avec celui de l'exercice de l'autorité parentale, parce que cette question y est traité comme un effet accessoire de la rupture ; des possibles disputes autour de l'exercice de l'autorité parentale de l'enfant, postérieures au divorce, peuvent conduire à des nouveaux fors pour analyser les demandes. Il est pertinent de dire que la Convention prévoit la contribution des autorités de coopération pour l'échange d'informations nécessaires à l'évaluation au sens de la mise en comparaison des fors les plus convenables pour la protection de l'enfant des articles 8 et 9 de la Convention<sup>533</sup>. En outre, la Convention du 1996 favorise toutes modes d'ententes à l'amiable à travers les autorités de coopération<sup>534</sup>.

## 2. La loi applicable

**966.** Depuis longtemps, un débat sur la loi applicable à l'exercice de l'autorité parentale s'impose à cause du rapport indissociable entre l'enfant et ses parents ou le parent qui exerce l'autorité parentale : la conséquence est le débat entre la loi personnelle de l'enfant, comme partie vulnérable dans l'intérêt de laquelle s'exerce l'autorité parentale, ou la loi personnelle de la famille, qui se penche vers les parents, en raison du lien permettant cet exercice<sup>535</sup>. Le choix de la loi de la famille

---

532 Voir l'article 8 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

533 Voir l'article 31 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

534 Voir l'article 31 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

535 Voir « Il ne paraît pas avoir été contesté à l'époque moderne que la puissance paternelle, remplacée en 1970 par l'autorité parentale, ressortit au statut personnel. Mais il fallait encore décider s'il s'agit de statut individuel ou familial : la première qualification se traduit par la désignation exclusive de la loi personnelle du mineur en vertu d'un rattachement autonome ; la seconde, en ce qui concerne l'enfant né d'un mariage, par l'application de la loi de la

comme loi applicable à l'exercice de l'autorité parentale est une pratique en desuse, autrefois faite pour l'importance que le mariage assumait dans la vie familiale, comme critère pour distinguer les enfants « légitimes » et « illégitimes ». En effet, à partir de la Convention de New York sur les droits de l'enfant du 1989, qui impose une approche humaniste et protectrice à l'égard de l'enfant, le rattachement à l'enfant devient prioritaire, comme l'on aperçoit dans plusieurs systèmes nationaux et textes internationaux adoptés après ladite Convention. Même pour les cas d'exercice de l'autorité parentale pour des parents non-mariés ou après la dissolution du couple de parents, l'adoption de la loi de la famille, comme la loi du foyer où vit l'enfant, a tendance à perdre l'importance, face à la prévalence de la loi personnelle de l'enfant.

**967.** Actuellement, il prévaut, dans le même esprit de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, la loi personnelle de l'enfant comme loi applicable à l'exercice de l'autorité parentale. Compte tenu des différentes questions de la vie quotidienne de l'enfant, l'on aperçoit souvent la prévalence de la loi du domicile ou de la résidence habituelle de l'enfant comme la *lex personae* de l'enfant. Dans ce sens, la Convention de La Haye 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 du 1996 prévoit l'application de la *lex fori*, comme règle générale, en déterminant l'application de la loi de l'État compétent selon les règles de compétence prévues dans le chapitre II de la Convention<sup>536</sup>, qui priorisent le for de l'enfant ou celui où l'enfant se trouve, dans des circonstances spécifiques. Exceptionnellement, la loi d'un autre État contractant peut être appliquée, si elle a un lien plus étroit avec le cas, pour les mesures de protection à l'égard de la personne et des biens de l'enfant. La Convention prévoit la modification de la responsabilité parentale de l'enfant par accord des parents, si que son extinction, sans recours aux décisions administratives ou judiciaires, selon la loi de l'État de résidence habituelle de l'enfant<sup>537</sup>. Et dans un souffle d'ouverture d'esprit, l'application de la loi d'un État non-contractant est possible<sup>538</sup>. Aussi attentive au changement de résidence habituelle de l'enfant, la Convention prévoit la prévalence de la loi de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant, pour les possibles conflits mobiles<sup>539</sup>. Il est important de dire que pour l'application de la loi étrangère sous la Convention, les États-contractants se prévalent

---

famille. » Audit. n. 742. p. 642.

536 Voir l'article 15 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

537 Voir l'article 16 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

538 Voir l'article 20 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

539 Voir l'article 17 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

du mécanisme des autorités de coopération<sup>540</sup>, pour obtenir des informations sur la législation des États<sup>541</sup>. La Convention prévoit l'application de la clause d'ordre public, mais modulée par l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>542</sup>.

**968.** La loi régissant l'exercice de l'autorité parentale touchent deux questions importantes : la délimitation de l'étendue de l'exercice de l'autorité parentale et la détermination de la titularité pour l'exercice de l'autorité parentale.

#### **a) *Le contenu de l'exercice de l'autorité parentale***

**969.** Une question de base sur l'exercice de l'autorité parentale est la détermination de l'étendue de son exercice. Une possible question de qualification – par la *lex causae* ou la *lex fori* – pourrait se poser à propos de l'exercice de l'autorité parentale, une fois que la loi qui lui est applicable délimite son contenu, en identifiant une certaine question comme matière d'autorité parentale ou autre thème. Dans ce sens, Bernard Audit précise : « La loi applicable à l'autorité parentale décide en premier lieu de son attribution. Elle décide également de ses effets, soit les prérogatives et les devoirs qu'elle implique sur la personne de l'enfant (entretien, surveillance et éducation) et sur ses biens (droit de jouissance légale), et de son extinction <sup>543</sup>».

**970.** Compte tenu la nature de l'autorité parentale comme un pouvoir destiné à régir les intérêts d'une personne (l'enfant) par autrui (les parents ou l'un d'eux), il faut observer des limitations à son exercice en raison d'un limite d'âge. À la base, la plupart des systèmes légaux encadrent les effets de l'autorité parentale à la minorité de l'enfant<sup>544</sup>, *id est*, jusqu'à sa majorité ou son émancipation<sup>545</sup>. Pourtant, en suivant la reconnaissance des droits de l'Homme de l'enfant, qui confirme l'autonomie de l'enfant, il y a une tendance à reconnaître le droit à l'enfant de participer des décisions qui lui concernent, à partir d'un âge où l'on présume une certaine maturité<sup>546</sup>. Plusieurs systèmes légaux

540 Voir l'article 29 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

541 Voir l'article 30 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

542 Voir l'article 22 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

543 AUDIT. n. 743. p. 643.

544 Voir l'article 2 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

545 Dans ce sens, l'article 371-1, alinéa 2, du CC fr limite l'autorité parentale « jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant ».

546 Exceptionnellement, certains pouvoirs autrefois liés à l'autorité parentale persistent, même après la majorité. Si l'ancienne autorisation des parents (ou du père) pour le mariage est disparu de la quasi totalité des systèmes légaux au monde, le devoir de respect des enfants à l'égard de leurs parents persiste, comme conséquence d'un devoir moral, probablement dérivé de la religion (dans la tradition judéo-chrétienne, à travers le Décalogue, Exode, 20). Ce devoir de respect justifie l'obligation d'assistance moral et matérielle, qui ouvre le chemin par exemple à l'obligation alimentaire

prévoient le droit au mineur de participer à certaines décisions sur sa vie, pour certains thèmes comme son adoption, une demande de nationalité, sa vie religieuse, ses études ou des questions médicales. Cette position va avec une tendance qui se répand de plus en plus de reconnaître un régime de modulation des capacités, ayant vocation à remplacer l'idée d'incapacité (restrictive) par une capacité modulée (inclusive).

**971.** Le droit de garde et le correspondant droit de visite suivent les règles générales de l'exercice de l'autorité parentale, comme la matérialisation de son aspect le plus important, mais jouissent de de l'autonomie pour certaines spécificités de son exercice. Pourtant, d'autres questions méritent une analyse plus approfondie, à cause de leurs particularités. Un premier point polémique pour l'autorité parentale est la protection de la santé de l'enfant. L'on vérifie souvent les conflits entre le pouvoir des parents, l'intérêt de l'enfant et le devoir médical. L'accès à l'information par l'enfant sur son état de santé et des traitements médicaux lui est parfois garanti. Un point délicat est l'autorisation pour certains traitements et interventions médicales, comme une donation de moelle osseuse ou une transfusion de sang. Quand les parents s'y opposent par des croyances religieuses, il y a un conflit, si la vie ou la santé de l'enfant est en danger. De même, le droit de l'enfant à se soumettre à certains traitements sans l'accord des parents, de se faire accompagner aux traitements médicaux par une personne autre que ses parents et le droit à avoir accès au secret médical. Cette question se complique pour les traitements contraceptives, l'IVG ou si le mineur a du VIH. Il appartient à la loi régissant l'autorité parentale de régler le conflit, en comprenant des règles éthiques et sur le recours ou l'intervention du juge, soit pour déterminer qui peut jouir la prérogative, soit pour compléter l'autorisation des parents, s'ils ne sont pas d'accord. Autre point polémique est l'éducation ministrée par les parents à l'enfant. Il est important d'observer que le droit conventionnel auparavant existant était boiteux sur son application à certaines questions relatives à l'éducation de l'enfant. Ce critère était adopté, par exemple, dans la Convention de La Haye sur la tutelle des enfants du 1902, et a conduit aux solutions inefficaces dans certains cas, comme dans la connue affaire Boll<sup>547</sup>. De nos jours, il est clair que l'éducation de l'enfant s'insère dans les questions liées

---

des enfants envers les parents (les ascendants).

547 Voir l'affaire contentieuse Boll de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, entre les Pays-Bas et la Suède. La vue d'ensemble de l'affaire : « Les autorités suédoises avaient placé une mineure de nationalité néerlandaise domiciliée en Suède sous le régime de l'éducation protectrice, institué par la loi suédoise sur la protection de l'enfance et de la jeunesse. Le père de l'enfant, conjointement avec la subrogée tutrice nommée par un tribunal néerlandais, avait interjeté appel contre la mesure prise par les autorités suédoises. La mesure d'éducation protectrice avait cependant été maintenue. Les Pays-Bas soutenaient que les décisions par lesquelles avait été prescrite et maintenue la mesure d'éducation protectrice n'étaient pas conformes aux obligations incombant à la Suède aux termes de la convention de La Haye de 1902 sur la tutelle des mineurs, dispositions qui se fondaient sur le principe de l'application de la loi nationale. Dans son arrêt du 28 novembre 1958, la Cour a décidé que la convention de 1902 ne s'étendait pas à la question de la protection de l'enfance telle que la définissait la loi suédoise sur la protection de l'enfance et de la jeunesse, et que la convention n'avait pas pu créer des obligations dans un domaine étranger à la matière régie par elle. En conséquence, la Cour a estimé que, dans cette affaire, la Suède ne s'était pas rendue coupable d'une violation de la

à l'autorité parentale. D'abord, il faut éclairer que l'éducation va au-delà de l'éducation scolaire, mais comprend aussi la transmission de valeurs morales, civiques et même religieux. En matière de religion ou d'absence de transmission de religion, il y a des conflits si les parents ne se mettent pas d'accord sur cela ou si l'enfant diverge de la position de ses parents ou de celui qui exerce l'autorité parentale. En tout cas, il appartient à la loi régissant l'autorité parentale de établir les contours pour tous ces choix et les possibles conflits qui en découlent. Sur ces questions polémiques, il est important de dire que la Convention de La Haye du 1996 exclut de son champ d'application les questions relatives à l'éducation et à la santé de l'enfant<sup>548</sup>.

**b) *La titularité pour l'exercice de l'autorité parentale***

**972.** Il appartient à la loi applicable à l'exercice de l'autorité parentale de déterminer ceux qui sont légitimés à l'exercer. En raison de la nomenclature autorité parentale (ou même « responsabilité parentale », si l'on préfère), il est important d'analyser si seulement les parents peuvent l'exercer ou si, dans certains cas, d'autres personnes qui ne sont pas les parents, peuvent leur remplacer dans les droits et devoirs inhérents à l'exercice de l'autorité parentale. Comme héritage de la *patria potestas* romaine, l'autorité parentale serait une prérogative des parents, en raison de leur statut et de leur lien avec l'enfant. En basant ce pouvoir sur le rapport de filiation, l'autorité parentale est reconnue de plein droit, en retirant sa force de la loi applicable à l'exercice de l'autorité parentale. Dans le cas de conflits entre les parents pour l'exercice de l'autorité parentale, quand l'un des parents a son pouvoir restreint, l'exercice de l'autorité parentale est redéfini par une décision ou accord (judiciaire, arbitral ou administrative), obtenu selon les règles applicables à l'autorité parentale. Cette prérogative est assurée aux parents par l'article 5 de la Convention des droits de l'enfant du 1989 et la jurisprudence de la CEDH, qui sauvegardent les parents de toute ingérence pas nécessaire de l'État dans leur exercice de l'autorité parentale.

**973.** Face à cette association de l'autorité parentale aux parents – avec une approche restrictive dans la plupart des systèmes légaux –, la conséquence de toute destitution ou restriction à l'égard des parents ou de l'un d'eux sur l'exercice de l'autorité parentale correspond à une autre institution. Malgré la liberté donnée aux parents pour l'exercice de l'autorité parentale, les abus ou négligences dans cet exercice des droits, mais surtout des devoirs, justifient la destitution ou le transfert (total ou partiel) forcé de l'autorité parentale à autrui, pour la protection de l'enfant. Il

---

convention. ». Disponible sur <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/33>.

548 Voir l'article 4, h de la Convention de La Haye 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 du 1996.



appartient à la loi applicable à l'autorité parentale de déterminer les causes pour la destitution ou le transfert de l'autorité parentale, son étendue, si totale ou partielle, sa durée, si temporaire ou permanente, si que les personnes légitimés à succéder les parents dans ces pouvoirs.

**974.** Il peut que la disparition naturelle des parents se passe comme un phénomène naturel, en raison de la mort des parents (simultanée ou par deux épisodes qui se suivent). Dans ce cas, au but de protéger l'intérêt de l'enfant, il faut trouver un remplaçant aux parents, pour exercer les droits et devoirs visant la protection de l'enfant. Même si certaines personnes sont privilégiés, en ayant une préférence pour assumer les droits et devoirs des parents, comme les grands-parents ou d'autres membres de la famille non-nucléaire, ils ne les exercent pas à titre d'autorité parentale, mais sous autre institution, telle comme la tutelle, le droit de garde ou la « custody » du Common Law. Dans les cas où la tutelle se base sur un testament, il faudrait analyser les conditions exigées pour la validité du testament ou au moins la validité des clauses qui établissent la tutelle, si elles peuvent garder de la validité de manière autonome.

**975.** Dans certains cas, le transfert (total ou partiel) des droits et devoirs découlant de l'autorité parentale à autrui se fait consciemment et de manière volontaire par les parents ou l'un d'eux. Dans certains systèmes légaux, cela se fait par l'adoption simple ou figure semblable ; dans d'autres juridictions cela se produit par des figures comme la délégation de l'autorité parentale. Pas rarement, cette possibilité serait utilisée comme une manière de inclure, soit un conjoint ou partenaire pas reconnu comme parent dans un projet d'homoparentalité d'un couple, soit un troisième parent dans un projet de coparentalité. Il convient de s'interroger si cette manœuvre pourrait caractériser de la fraude à la loi en DIP. Certainement cela servirait comme une stratégie pour établir des liens entre l'enfant et un supposé parent avec lequel l'enfant n'a pas de lien reconnu. Le résultat ne serait pas l'obtention de la parentalité déniée, mais créer un lien alternatif. En outre, le lien serait établi à partir de la volonté du parent ou des parents qui octroie(nt) les pouvoirs. Comme la loi applicable à l'autorité parentale régit cette possibilité de dérogation, l'opération serait légale, si permise par cette loi, en attention au respect à l'exercice de l'autonomie privé et à l'intérêt de l'enfant.

## B. Les spécificités du droit de garde et du droit de visite

**976.** Dans la sphère de l'autorité parentale, un aspect assume une importance primordiale pour la mise en œuvre quotidienne des rapports entre les parents et l'enfant : la garde de l'enfant. La garde et ses correspondants comme la « custody » ou « guardianship » du Common Law, ou un régime de tutelle dans certaines juridictions, correspond au droit de garder l'enfant auprès d'un responsable - le gardien -, qui doit le surveiller, soigner, mais qui exerce les pouvoirs sur la plupart des décisions du quotidien de l'enfant. Ainsi, il est important d'analyser l'exercice régulier du droit de garde et du droit de visite qui peuvent éventuellement coexister, si que l'usurpation à ces droits, à travers l'enlèvement de l'enfant.

**977.** Ces droits sont exercés par les parents ou d'autres personnes légitimés à le faire, en raison d'un lien avec l'enfant, mais sont établis dans l'intérêt de l'enfant. Compte tenu la présumée vulnérabilité de l'enfant, la garde correspond à l'essence de l'autorité parentale, en symbolisant le pouvoir du gardien de maintenir l'enfant auprès de soi, sous ses soins et sa vigilance, mais en veillant pour son bien-être. Pour gérer la mise en œuvre quotidienne des rapports entre les parents et l'enfant, sont synthétisés d'un côté le droit de garde, pour permettre au gardien d'exercer son autorité sur l'enfant et ses affaires quotidiens ; et d'autre côté, le droit de visite, qui lui est complémentaire, au cas où la garde est monopolisée par une personne - comme l'un des parents - ou même un couple et il y a une autre personne qui revendique parallèlement un droit de visiter l'enfant, en raison d'un lien familial avec lui.

### 1. Le droit de garde

**978.** Le droit de garde est certainement le point les plus important de l'exercice de l'autorité parentale, parce qu'il organise l'exercice effectif des droits et devoirs de l'autorité parentale. Comme il concentre le pouvoir de maintenir l'enfant auprès du gardien, sous sa vigilance et soins, la coïncidence de domicile ou de résidence habituelle entre l'enfant et le(s) gardien(ne)(s) s'impose et légitime la prise de décisions sur plusieurs aspects de la vie de l'enfant. Les conditions pour l'exercice du droit de garde, les obligations découlant de ce droit, si que les formes par lesquelles se fait l'attribution de la garde sont établies par chaque système légal. Le droit de garde peut résulter d'une attribution de plein droit, comme un attribut général de l'exercice de l'autorité parentale et

une conséquence du lien de filiation, d'une décision administrative ou judiciaire, dans l'hypothèse de conflit, ou d'un accord valable entre les parties concernées par la garde de l'enfant<sup>549</sup>. Compte tenu des pouvoirs attribués à la(aux) personne(s) qui exerce(nt) la garde, dont la titularité est souvent objet de disputes ; il est important d'analyser son régime légal et ses effets à l'étranger.

**a) *Le régime légal***

**979.** Compte tenu des pouvoirs attribués à la(aux) personne(s) qui exerce(nt) la garde, dont la titularité est souvent objet de disputes ; il est important d'analyser son régime légal en DIP.

*a) Le for*

**980.** En considérant la nécessaire inclusion de la garde au sein de l'exercice de l'autorité parentale, le for compétent pour analyser la garde de l'enfant accompagne les critères pour la détermination du for adéquat à se prononcer sur l'autorité parentale. Ainsi, le for adéquat est le for personnel de l'enfant, ce qui correspond souvent au for de domicile ou résidence habituelle de l'enfant. Compte tenu de l'objectif de la garde lui-même, ce domicile ou résidence habituelle de l'enfant coïncide souvent avec celui ou celle de ses parents ou de la personne auprès de laquelle l'enfant vit. Toute demande de modification de la garde doit se faire dans ce for. Au cas de changement de domicile ou résidence habituelle de l'enfant, ce nouveau for est compétent pour les questions rattachées à la garde, sauf dans les cas d'enlèvement, quand il est usuel que les tribunaux de l'État de refuge évitent de se prononcer sur une demande de garde, au moins avant que la question de l'enlèvement ne soit pas résolue<sup>550</sup>.

**981.** Il est important d'observer que des disputes sur la restriction ou destitution de la garde, qui peuvent déterminer la colocation de l'enfant dans une famille substitue ou sous un système d'hébergement administré par l'État se déroulent dans ce même for compétent pour la garde de l'enfant. Dans l'esprit de restreindre cette mesure, la Convention de La Haye de 1996 prévoit la consultation entre les États-contractants pour le placement hors la famille originale, dans le territoire d'un État-contractant autre que celui compétent selon les règles de compétence des articles

---

549 Dans ce sens, l'article 3 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de 1980, en disposant sur l'enlèvement d'enfants, prévoit indirectement la garde de manière extensive, dont la violation caractérise l'enlèvement.

550 Dans ce sens, l'article 19 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de 1980 qu'une décision sur l'enlèvement de l'enfant, déterminant le retour de l'enfant, n'affecte pas le droit de garde établi dans un autre État-contractant.

5-10 de la Convention<sup>551</sup>. De même, la Convention du 1996 favorise toutes modes d'ententes à l'amiable à travers les autorités de coopération<sup>552</sup>.

*β) La loi applicable*

**982.** Encore sur l'inclusion de la garde au sein de l'autorité parentale, il faut reconnaître le rattachement de la loi applicable à la garde avec le domicile ou résidence habituelle de l'enfant, comme pertinente au statut personnel. La préférence pour ces éléments de rattachement en dépit de la nationalité, dans la plupart des droits nationaux et au droit conventionnel, se justifie par la facilité de rattacher la garde de l'enfant à son centre de vie. En plus, le choix pour la nationalité présentait souvent des obstacles pratiques à son application, comme les questions de double nationalité. Ce critère était adopté, par exemple, dans la Convention de La Haye sur la tutelle des enfants du 1902, et a conduit aux solutions inefficaces dans certains cas, comme dans la connue affaire Boll<sup>553</sup>. En raison des conflits mobiles, le critère du domicile ou de la résidence habituelle se met au jour, pour accompagner le changement du centre de vie de l'enfant. La modification de domicile ou résidence habituelle emmène à l'application de la loi du nouveau domicile ou nouvelle résidence habituelle, pour discuter des questions nouvelles qui s'imposent sur la garde de l'enfant ; sauf pour les cas de son enlèvement où le changement forcé s'avère illicite.

**983.** La loi applicable à la garde régit les conditions requises pour l'établissement de la garde, la modalité choisie et les conditions pour sa destitution ou changement. Comme d'autres matières du droit de la famille, la garde se met au jour pour suivre des tendances qui priorisent l'intérêt supérieur de l'enfant, à travers la rupture du modèle traditionnel de garde monopolisée sur l'un des parents. Il est usuel actuellement des modèles de garde qui permettent une participation plus présente des deux parents, à travers la garde partagée ou alternée. En plus, en considérant

551 Voir l'article 33 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

552 Voir l'article 31 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

553 Voir l'affaire contentieuse Boll de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, entre les Pays-Bas et la Suède. La vue d'ensemble de l'affaire : « Les autorités suédoises avaient placé une mineure de nationalité néerlandaise domiciliée en Suède sous le régime de l'éducation protectrice, institué par la loi suédoise sur la protection de l'enfance et de la jeunesse. Le père de l'enfant, conjointement avec la subrogée tutrice nommée par un tribunal néerlandais, avait interjeté appel contre la mesure prise par les autorités suédoises. La mesure d'éducation protectrice avait cependant été maintenue. Les Pays-Bas soutenaient que les décisions par lesquelles avait été prescrite et maintenue la mesure d'éducation protectrice n'étaient pas conformes aux obligations incombant à la Suède aux termes de la convention de La Haye de 1902 sur la tutelle des mineurs, dispositions qui se fondaient sur le principe de l'application de la loi nationale. Dans son arrêt du 28 novembre 1958, la Cour a décidé que la convention de 1902 ne s'étendait pas à la question de la protection de l'enfance telle que la définissait la loi suédoise sur la protection de l'enfance et de la jeunesse, et que la convention n'avait pas pu créer des obligations dans un domaine étranger à la matière régie par elle. En conséquence, la Cour a estimé que, dans cette affaire, la Suède ne s'était pas rendue coupable d'une violation de la convention. ». Disponible sur <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/33>.

l'autonomie de l'enfant, il est usuel que l'enfant soit entendue à propos de l'établissement de sa garde ou de sa modification, notamment s'il est adolescent, mais même dans un âge plus basse à condition qu'il ait de la maturité suffisante pour exprimer son souhait.

**b) Des spécificités sur les effets de la garde à l'étranger**

**984.** Il est important d'analyser les effets de la garde à l'étranger, non seulement pour la reconnaissance du droit de garde dans une autre juridiction, mais aussi pour éclairer les possibles conflits sur la garde d'un même enfant, à travers une « deuxième » garde qui s'essaye d'établir dans la juridiction de refuge, dans le cas d'enlèvement de l'enfant.

*α) La reconnaissance*

**985.** Comme pour d'autres effets de l'exercice de l'autorité parentale, la reconnaissance du droit de garde à l'étranger se fait selon les conditions dictées par l'État requis et selon la perméabilité du droit de l'État requis aux éléments du droit de garde que l'on veut reconnaître. Un possible obstacle serait le choc provoqué par la modalité de garde au for. Il peut que le for méconnaisse certaines modalités de garde qui permettent la cumulation des pouvoirs de garde à deux personnes qui ne forment plus un couple et qui ne vivent pas sous le même toit. Les restrictions du droit du for peuvent aussi justifier des restrictions à reconnaître la garde attribuée dans le contexte d'un couple ou ex couple de personnes du même sexe qui mène à bout un projet d'homoparentalité. Dans ces cas, le droit du for chercherait à reconnaître partiellement la garde, à travers son adaptation pour une modalité de garde concentrée sur une personne ou refuserait toute validation, en se basant sur l'ordre public, pour le remplacement du droit étranger par la *lex fori*.

**986.** En outre, des conflits relatifs à l'établissement de la garde se produisent quand il y a un enlèvement international, et le ravisseur – souvent l'un des parents – essaie de légitimer l'enlèvement à travers la reconnaissance de la garde de l'enfant dans la juridiction de refuge. Le moyen illicite utilisé pour obtenir cette garde, si concédée, contamine sa validité, dans la plupart des systèmes légaux et textes internationaux. La « nouvelle garde » n'est validée que si le retour de l'enfant est refusé ou s'il y a une renonciation au droit par le détenteur originel de la garde.

**987.** En raison de la circulation des familles, il est important d'analyser les effets de l'autorité parentale à l'internationale,, non seulement pour l'exercice lui-même de l'autorité parentale dans

une juridiction étrangère, mais la possibilité spécifique d'adoption des mesures de protection à l'égard de la personne et des biens de l'enfant dans une autre juridiction.

**988.** Comme pour d'autres matières en DIP, une question importante est la possibilité d'exercice de l'autorité parentale dans une juridiction étrangère, face à la souveraineté des États. Ainsi, l'on analyse la possibilité de reconnaissance ou de refus de l'autorité parentale.

**989.** Au but de garantir la circulation des familles à l'internationale, l'on fait la reconnaissance dans une juridiction étrangère de l'autorité parentale déjà établie et/ou exercée dans un État, qui est souvent celui correspondant au centre de vie régulier de l'enfant. Quand l'exercice de l'autorité parentale découle d'une décision ou prononcement judiciaire ou administrative, l'on adopte les méthodes traditionnels pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, ou sa reconnaissance facilité ou *de plano*, dans les cas de coopération internationale. Dans l'hypothèse d'exercice d'autorité parentale de plein droit, au cas où les parents vivent en mariage ou partenariat, en partageant ce droit dans leur foyer, la question assume d'autres contours, parce qu'elle ne s'appuierait pas sur une demande formelle de reconnaissance ni bénéficierait d'une reconnaissance favorisée par des règles de coopération internationale. Pour la reconnaissance dans l'État requis d'une décision versant l'exercice de l'autorité parentale, les règles en vigueur dans cet État seraient appliquées pour déterminer les conditions pour la reconnaissance. La reconnaissance de plein droit du droit à l'exercice de l'autorité parentale dans l'État requis dépendrait directement de la perméabilité du système légal de cet État au contenu de l'autorité parentale que l'on veut reconnaître, y inclus la légitimité pour son exercice, comme la reconnaissance du lien de filiation entre les parents et l'enfant.

**990.** En droit conventionnel, la Convention de La Haye 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 du 1996 prévoit la reconnaissance de plein droit des décisions en matière de responsabilité parentale entre États-contractants<sup>554</sup>, à condition que les décisions remplissent des conditions classiquement exigées pour la reconnaissance<sup>555</sup>. En plus, une fois ces conditions remplies, il n'est possible aucune révision au fond de la décision<sup>556</sup>. Un point important est que la Convention ouvre à « toute personne intéressée » la légitimité à demander la

---

554 Voir l'article 23,1 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

555 Voir l'article 23,2 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

556 Voir l'article 27 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

reconnaissance ou non-reconnaissance de la décision<sup>557</sup>. La Convention permet aussi l'exécution d'une décision d'un État-contractant dans un autre État-contractant, si que les mesures exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution<sup>558</sup>. Il est important d'observer que l'exécution se fait selon les procédures prévues dans l'État requis, dans les limites et envisageant l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>559</sup>.

**991.** Le refus de reconnaissance de l'exercice de l'autorité parentale dans une juridiction étrangère se baserait probablement sur des circonstances classiques pour le refus : le manque de(s) condition(s) exigée(s) pour la reconnaissance ou l'incompatibilité du contenu de l'autorité parentale, telle comme établie et/ou exercée dans l'État d'origine, avec le système légal de l'État requis. Ces motifs verseraient probablement sur l'étendue de l'autorité parentale, par rapport à certains droits ou devoirs, ou sur les restrictions (de titularité) en ce domaine. Cette incompatibilité revêtirait probablement la clause d'ordre public. En ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale dans un cadre d'homoparentalité, les parents du même sexe pourrait trouver des obstacles à l'incompatibilité de leur lien avec le système légal de l'État requis, qui bloquerait en cascade la reconnaissance du lien de filiation, et par conséquence leur droit d'exercice d'autorité parentale à l'égard de l'enfant.

### *β) La preuve*

**992.** Compte tenu les différentes manières à travers lesquelles la garde s'établit, il est intéressant d'analyser la reconnaissance de la garde. Quand elle se base de plein droit, ses effets se produisent automatiquement comme une conséquence de la loi applicable. Quand elle s'origine d'une décision ou accord, elle dériverait de sa reconnaissance, qui pourrait se faire par une reconnaissance de plein droit ou par une procédure spécifique. Comme un mécanisme de coopération internationale, la Convention du 1996 fait usage d'un certificat pour faire preuve de la condition comme gardien, à travers l'émission d'un certificat pour le « titulaire de la responsabilité parentale »<sup>560</sup>. Ce certificat se produit aussi pour « toute personne confiée » la protection de la personne et des biens de l'enfant<sup>561</sup>. Le certificat jouit de la présomption de validité<sup>562</sup>.

---

557 Voir l'article 24 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

558 Voir l'article 26 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

559 Voir l'article 28 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

560 Voir l'article 40 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

**993.** Et cependant il faut observer qu'elle peut souvent s'exercer parallèlement à l'autorité parentale, par une personne qui remplace totale ou partiellement les parents ou l'un d'eux, dans certaines conditions d'absence du(des) parent(s) ou à cause de son(leur) restriction ou destitution de l'exercice de l'autorité parentale.

## 2. Le droit de visite

**994.** Le droit de visite s'impose comme un droit éventuellement complémentaire au droit de garde, une fois que le droit de visite est requis par une personne qui n'a pas un droit de garde sur l'enfant, mais souhaite avoir le droit de tenir l'enfant temporairement auprès de soi, en l'hébergeant ou passant du temps avec lui. La période de la visite peut varier de quelques heures (sans ou avec vigilance, dans le cas de risque pour l'enfant), des séjours hebdomadaires, semainels ou quinzainels, ou des périodes plus longues de quelques semaines, en raison de vacances, selon la loi et le régime qui lui applicable. Cette loi établit aussi les conditions pour l'exercice de ce droit et de son éventuelle suspension ou annulation, face aux risques pour l'enfant. De même, elle indique les personnes qui peuvent le requérir, comme les grands-parents ou des ex-conjoints ou ex-partenaires d'un parent de l'enfant, qui ont souvent l'intérêt de maintenir les liens avec l'enfant, mais qui n'ont pas de lien familial avec lui. est certainement le point les plus important de l'exercice de l'autorité parentale. Différemment du droit de garde qui peut résulter d'une attribution de plein droit, comme un attribut général de l'exercice de l'autorité parentale, le droit de visite présuppose un conflit (même que potentiel) sur l'accès de la personne réclamant ce droit et le(s) gardien(s). En conditions de paix, le gardien peut concéder le droit de visite à une personne, en raison de l'exercice de la garde. Pourtant, même que d'une manière conciliatrice, le droit de visite résulte souvent d'une décision administrative ou judiciaire, dans l'hypothèse de conflit, ou d'un accord valable entre les parties concernées par la garde de l'enfant<sup>563</sup>.

---

561 Voir l'article 40,1 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

562 Voir l'article 40,2 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

563 Dans ce sens, l'article 3 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980, en disposant sur l'enlèvement d'enfants, prévoit indirectement la garde de manière extensive, dont la violation caractérise l'enlèvement.



**a) *Le régime légal***

**995.** Compte tenu des limites imposées au droit de visite, parce qu'exercé simultanément au droit de garde, il est important d'analyser son régime légal.

*α) Le for*

**996.** Face à l'indissociable rapport entre le droit de visite et le droit de garde, son rattachement à l'exercice de l'autorité parentale s'impose, pareillement à ce que l'on fait pour le droit de garde. Ainsi, le for compétent pour les demandes de droit de visite de l'enfant accompagne les critères pour la détermination du for adéquat à se prononcer sur l'autorité parentale, et précisément sur le droit de garde. Ainsi, le for adéquat est le for personnel de l'enfant, ce qui correspond souvent au for de domicile ou résidence habituelle de l'enfant, qui à son tour ne coïncide pas forcément avec celui ou celle de la personne qui réclame le droit de visite. Toute demande de modification du droit de visite doit se faire dans ce for. Au cas de changement de domicile ou résidence habituelle de l'enfant, ce nouveau for est compétent pour les questions rattachées au droit de visite, comme il se fait pour le droit de garde, sauf dans les cas d'enlèvement<sup>564</sup>.

**997.** En considérant la nécessaire inclusion de la garde au sein de l'exercice de l'autorité parentale, le for compétent pour analyser la garde de l'enfant accompagne les critères pour la détermination du for adéquat à se prononcer sur l'autorité parentale. Ainsi, le for adéquat est le for personnel de l'enfant, ce qui correspond souvent au for de domicile ou résidence habituelle de l'enfant. Compte tenu l'objectif de la garde lui-même, ce domicile ou résidence habituelle de l'enfant coïncide avec celui ou celle de ses parents ou de la personne auprès de laquelle l'enfant vit. Toute demande de modification de la garde doit se faire dans ce for. Au cas de changement de domicile ou résidence habituelle de l'enfant, ce nouveau for est compétent pour les questions rattachées à la garde, sauf dans les cas d'enlèvement<sup>565</sup>.

**998.** Il est impossible de rediscuter le droit de garde et le droit de visite du régime originellement établi à l'égard de l'enfant, et qui risquent un bouleversement face à l'occurrence d'un enlèvement international, parce que les nouveaux droit de garde et de visite ne seraient validés que si le retour de l'enfant est refusé ou si le détenteur originel de la garde usurpée renonce à exiger le retour.

<sup>564</sup> Dans ce sens, l'article 19 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980 qu'une décision sur l'enlèvement de l'enfant n'affecte pas le droit de garde établi dans un autre État-contractant.

<sup>565</sup> Dans ce sens, l'article 19 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980 qu'une décision sur l'enlèvement de l'enfant n'affecte pas le droit de garde établi dans un autre État-contractant.

Pourtant, l'établissement d'un droit de visite pour éviter la perte des liens entre l'enfant et le titulaire de la garde menacée par l'enlèvement ou autre personne qui avait l'intérêt à maintenir le contact avec l'enfant est compatible même sous la situation anormale d'enlèvement.

*β) La loi applicable*

**999.** Comme pour le droit de garde, le droit de visite en profite en cascade des critères utilisés pour l'exercice de l'autorité parentale, en spécial, pour les règles applicables au droit de garde. Ainsi, le critère de rattachement, comme pour la loi applicable à la garde, privilégie le domicile ou la résidence habituelle de l'enfant, comme élément de rattachement pertinent au statut personnel. Préférable dans un grand nombre de droits nationaux et au droit conventionnel sur le thème, le choix pour le critère du domicile ou de la résidence habituelle se met au jour plus facilement et ne pose pas d'obstacles pour les conflits mobiles, pour accompagner le changement du centre de vie de l'enfant, sauf pour les cas de son enlèvement où le changement forcé s'avère illicite.

**b) *Les effets du droit de visite à l'étranger***

**1000.** La Convention du 1996 compte sur la participation des autorités de coopération pour l'établissement de droit de visite<sup>566</sup>.

*α) Le recours à la coopération internationale pour la promotion du droit de visite à l'étranger*

**1001.** La Convention du 1996 compte sur la participation des autorités de coopération pour la mise en œuvre du droit de visite entre Etats-contractants<sup>567</sup>. La Convention essaie de faciliter non seulement la reconnaissance, à la manière classique, de ce droit entre Etats-contractants ; mais ouvrir le chemin au parent résidant un autre Etat-contractant différent de celui où l'enfant a sa résidence habituelle, pour demander que son Etat de résidence recueille des renseignements ou des preuves et se prononce sur son aptitude à exercer le droit de visite et sur les conditions dans lesquelles il pourrait l'exercer<sup>568</sup>. Comme l'autorité compétente pour statuer sur l'exercice de l'autorité parentale (et conséquemment sur le droit de garde et le droit de visite), selon les règles de

---

566 Voir l'article 35 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

567 Voir l'article 35 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

568 Voir l'article 35, 2 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

la Convention, doit prendre en considération ces renseignements, preuves ou conclusions, avant de se prononcer et la procédure peut même être suspendu, dans l'attente des providences, surtout si la demande vise modifier ou supprimer le droit de visite conféré par les autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle<sup>569</sup>.

*β) La reconnaissance du droit de visite à l'étranger*

**1002.** Semblablement à ce que se fait pour les effets de l'exercice de l'autorité parentale, et notamment pour le droit de garde, la reconnaissance du droit de visite à l'étranger se fait selon les conditions dictées par l'État requis et selon la perméabilité du droit de l'État requis aux éléments du droit de visite que l'on veut reconnaître. Il peut que l'État requis méconnaisse certaines conditions du droit de visite tel comme établi à l'origine ou les restrictions du droit du for peuvent aussi justifier le refus à reconnaître le droit visite attribuée dans le contexte d'un couple ou ex couple de personnes du même sexe qui mène à bout un projet d'homoparentalité. Dans ces cas, le refus sera total, si l'État ne reconnaît que la filiation et les pouvoirs de l'exercice de l'autorité parentale au parent ayant le lien biologique avec l'enfant, dans le cas d'une AMP ou d'une GPA, par exemple.

## §2. Les obstacles à l'exercice de l'autorité parentale et les mesures de protection

**1003.** Dans la sphère de l'autorité parentale, un aspect assume une importance primordiale pour la mise en œuvre quotidienne des rapports entre les parents et l'enfant : la garde de l'enfant.

---

<sup>569</sup> Voir l'article 35, 3 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

## A. L'enlèvement d'enfants

**1004.** Quand les personnes qui veulent avoir l'enfant auprès d'elles ne le réussissent pas à le faire par les moyens légaux, elles ont recours à l'enlèvement de l'enfant, en privant la (les) personne(s) qui auraient la titularité pour l'exercice du droit de garde ou de visite. Comme le problème de l'enlèvement n'a reçu de l'importance en DIP que récemment<sup>570</sup>, il faut étudier ses contours et ses possibles reflets directs sur l'exercice du droit de garde et du droit de visite à l'égard de l'enfant.

### 1. La caractérisation de l'enlèvement

**1005.** Pour comprendre le régime légal de l'enlèvement d'enfants, il faut analyser deux éléments qui sont à la base de la caractérisation de l'enlèvement : les hypothèses qui caractérisent l'enlèvement et la titularité pour l'exercice du droit de garde ou de visite à l'égard de l'enfant, qui, une fois brisés par le ravisseur, justifient la qualification comme illicite de l'enlèvement.

#### a) *Hypothèses*

**1006.** Il y a une convergence dans les différents textes conventionnels et nationaux sur le thème, pour l'identification de deux espèces du genre de la notion d'enlèvement d'enfants: le déplacement illicite et la rétention illicite de l'enfant.

##### a) *Déplacement illicite*

**1007.** L'enlèvement découlant du déplacement illicite départ d'une situation de possession illicite de l'enfant par le ravisseur depuis le tout début. Il manque au ravisseur toute légitimité pour avoir

---

<sup>570</sup> Dans ce sens, Andreas BUCHER commente la faillite du DIP auparavant existant sur le thème : « Lorsque le phénomène des enlèvements a pris une dimension inquiétante, dès les années 1970 ss, on a constaté tout d'abord que les Conventions adoptées jusqu'alors n'étaient pas de nature à offrir l'aide nécessaire. Les Conventions bilatérales portent essentiellement sur l'exécution de jugements en matière patrimoniale et ne visent pas de façon spécifique les décisions sur la garde des enfants. La Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs a certes contribué au respect de telles décisions parmi les États contractants, mais elle n'oblige pas ceux-ci à procéder à l'exécution des mesures prises dans un autre État et, en particulier, à mettre fin à un enlèvement (art. 7). Pire, elle permet à l'État d'origine dans lequel l'enfant est enlevé de prendre une décision préservant le fait accompli par le ravisseur, décision qui doit être respectée dans les autres États parties (art. 4). De surcroît, cette Convention est inefficace lorsqu'il s'agit d'assurer rapidement le respect du droit de garde fondé sur la loi et non confirmé par une décision prise par une autorité. » (n. 399. P).

l'enfant auprès de soi, depuis l'événement de l'enlèvement. La rupture de la légitimité de la personne qui détient la garde de l'enfant se fait de manière abrupte, parfois violente. Pas rarement le déplacement se concrétise par une action criminel du ravisseur. Le droit conventionnel condamne cette modalité d'enlèvement totalement contraire au respect de la vie familiale de l'enfant<sup>571</sup>.

### *β) Rétention illicite*

**1008.** La rétention illicite, à son tour, départ d'une situation initiale de légitimité du ravisseur qui détient l'enfant auprès de soi légalement, souvent en profitant du droit de visite pour enlever l'enfant. L'agent ravisseur en profite de cette légitimité pour réussir à son projet d'enlèvement. Pourtant, l'enlèvement devient illicite par un prolongement non autorisé d'une situation initiale légale et légitime. Même si la rupture se fait de manière moins abrupte, elle ne reste pas moins périlleuse à l'égard du (parent) gardien privé de l'enfant et est condamné par le droit conventionnel aussi<sup>572</sup>.

### *b) Légitimité pour exiger le retour de l'enfant*

**1009.** À propos de la légitimité pour exiger le retour de l'enfant enlevé, il est important d'analyser la légitimité rattachée à la titularité du droit de garde de l'enfant si que la légitimité d'autres personnes qui ne détiennent pas la prérogative cet exercice, mais qui s'insurgent à ce propos, et ceux qui se sentent lésés dans l'exercice d'un autre droit, comme le droit de visite.

#### *α) La légitimité rattachée à la titularité du droit de garde*

**1010.** La légitimité rattachée à la titularité du droit de garde est la modalité possiblement la plus usuelle pour exiger le retour de l'enfant. L'on part d'une présomption de légitimité de l'exercice de ce droit, pour justifier le besoin de retour de l'enfant. Compte tenu le profil du droit de garde dans un nombre considérable de systèmes légaux, la garde peut s'exercer individuellement avec un profil monopoliste ou de manière conjointe par deux personnes, comme un couple ou ex-couple, ce qui autorise la demande de retour si le droit de garde d'un cogardien est violé par l'autre co-gardien, qui essaie de le monopoliser à travers l'enlèvement. Il est important d'observer que la garde violée peut

---

571 Voir l'idée de « déplacement » illicite de l'enfant dans l'article 3 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980.

572 Voir l'idée de « non-retour » illicite de l'enfant dans l'article 3 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980.

s'exercer par une institution. En plus, ce droit peut résulter de plein droit ou d'une décision administrative ou judiciaire. L'examen de la légitimité pour revendiquer le retour de l'enfant, basé sur la titularité du droit de garde se fait selon le droit de l'État d'où l'enfant est enlevé, comme centre de sa vie, puisqu'il discipline l'exercice du droit de garde.

*β) La légitimité non rattachée à la titularité du droit de garde*

**1011.** Le retour de l'enfant enlevé peut être requis par d'autres personnes que ceux qui détiennent la garde de l'enfant. Le retour de l'enfant peut être exigé par l'enfant lui-même ou des tiers intéressés à rétablir le *status quo ante* préalable à l'enlèvement, en visant la protection de l'enfant. Sur la demande faite par l'enfant lui-même, il est important d'examiner les conditions et les obstacles pour que l'enfant le fasse. Évidemment, cela ne serait possible qu'à condition d'une certaine maturité de l'enfant, à partir d'une certaine âge. En outre, il est important de considérer que pas toujours l'enfant aurait des conditions pour le faire, en raison du contrôle exercé par le ravisseur sur lui, face à sa vulnérabilité. Dans certains cas, dans l'État de refuge l'enfant devra surmonter des questions de capacité pour se faire entendre et pouvoir revendiquer son retour, à travers l'assistance par le parquet ou les moyens judiciaires qui permettent son accès à la justice. Comme la manifestation de l'enfant se fait dans l'État de refuge, la possibilité de revendiquer le retour par le propre enfant se fait selon la *lex fori*.

**1012.** Sur la demande exercée par des tiers qui ne détiennent pas le droit de garde de l'enfant, il est important de s'interroger sur cette possibilité, et en cas affirmatif, si elle serait ouverte à n'importe qui ou restreinte à des tiers qui ont un lien avec l'enfant. Certainement, cette concession se base sur l'intérêt de l'enfant et sa protection. En tout cas, il faut s'interroger sur la loi applicable à autoriser ou pas cette possibilité. Si l'on considère la loi applicable à la garde de l'enfant, il serait condamnable parce que l'on départ d'une loi qui ne légitime pas le tiers. L'on peut considérer la loi régissant les rapports familiaux de l'enfant, de son centre de vie, pour justifier sa protection et par conséquent cette possibilité, ou la loi de l'État de refuge. En droit conventionnel, assez répandu sur la matière, il y a des règles plus précises pour orienter la légitimité.

## 2. Les sanctions à l'enlèvement

**1013.** Face à l'illicéité de l'enlèvement de l'enfant, la sanction correspondante est le rétablissement du *status quo ante* avec le retour de l'enfant. Comme il s'agit d'enfants, la mesure de sanction impose une mesure sévère. La difficulté pour exécuter de manière efficace et rapide des mesures de protection pour faire retourner l'enfant, difficulté par la vulnérabilité, rend imprescindible à la coopération internationale. Le droit conventionnel offre l'alternative aux moyens auparavant existants comme les commissions rogatoires et le recours aux procédures traditionnelles pour reconnaître des décisions étrangères, qui étaient très lents et donc inefficaces. Comme l'enlèvement impose des mesures d'exécution sur la personne de l'enfant, il est inévitable de reconnaître la compétence de l'État de refuge de l'enfant pour analyser la demande de retour de l'enfant enlevé ou pour exécuter une décision ou mesure visant son retour, comme une commission rogatoire. S'il est indéniable que l'État de refuge est compétent pour les mesures du retour de l'enfant, le recours aux autorités de coopération rend possible la coordination des autorités de coopération pour le retour de l'enfant.

### a) *Le retour de l'enfant*

**1014.** Comme l'enlèvement consiste dans une attitude illicite, la conséquence générale de l'enlèvement est le retour de l'enfant. Il est important d'observer que la gravité de l'enlèvement justifie son autonomie par rapport aux discussions sur le droit de garde et le droit de visite. Même quand il y a une situation qui justifie une rediscussion sur l'exercice du droit de garde ou du droit de visite, cela ne justifie pas l'enlèvement ni permet une réanalyse conjointe de ces questions et de l'enlèvement. Dans ce sens, l'orientation en droit conventionnel est que les tribunaux de l'État de refuge évitent se prononcer sur questions, lors de l'analyse de la possible sanction à l'enlèvement. Cela fonctionne comme une stratégie pour combattre la pratique illicite de l'enlèvement, puisque la possibilité de rediscussion du droit de garde ou du droit de visite ne s'épuisent pas avec la décision sur l'enlèvement.

**1015.** D'habitude, la conséquence de l'enlèvement est le retour de l'enfant. La tendance en droit conventionnel est imposer le retour de l'enfant, si les conditions qui caractérisent l'enlèvement sont présentes<sup>573</sup>. La règle est rigidement appliquée si l'enlèvement se passe, sauf pour des cas exceptionnels. Le retour à l'État d'origine ne signifie pas forcément le retour de l'enfant pour la

---

<sup>573</sup> Voir l'article 12 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980.

personne qui exerçait le droit de garde. Comme l'État de la résidence habituelle de l'enfant conserve la compétence juridictionnelle pour se prononcer sur le droit de garde de l'enfant, le retour pourrait objectiver le retour à cet État pour que ses tribunaux en décident sur la garde de l'enfant. Au cas où le retour auprès la personne qui détenait la garde est déconseillé, le retour se fait pour l'État de résidence habituelle, mais pour abriter l'enfant chez une autre personne, possiblement un autre membre de la famille de l'enfant, ou chez une institution.

### **b) *Le refus au retour de l'enfant***

**1016.** Malgré l'illicéité de l'enlèvement, parfois le retour de l'enfant est refusé, en visant l'intérêt de l'enfant. La règle générale de faire retourner l'enfant en cas d'enlèvement est rigide appliquée, sauf pour des cas exceptionnels. Le refus au retour de l'enfant est modulé et justifié par certaines circonstances. Dans ce sens, la Convention de La Haye synthétise les motifs usuels pour refuser le retour de l'enfant enlevé. D'abord, il faut considérer que, face à la vulnérabilité de l'enfant et son niveau de maturité, l'enfant prend du temps et du recul à s'adapter à un nouveau environnement<sup>574</sup>. Si l'adaptation dans l'État de refuge est difficile, une nouvelle rupture n'est non plus recommandée pour ne pas exposer l'enfant à un nouveau trauma. Il est préférable de laisser l'enfant dans l'État de refuge auprès de son ravisseur que de lui faire retourner, quand il est déjà tellement adapté que le départ causerait un trauma<sup>575</sup>. En plus, le niveau de maturité de l'enfant intervient d'une manière positive pour le refus au retour par la propre volonté de l'enfant. Cela va avec la tendance à reconnaître l'autonomie de l'enfant, à partir d'un certain niveau de maturité, d'habitude à partir d'une certaine âge, pour prendre des décisions relatives à son bien-être et à l'exercice de l'autorité parentale<sup>576</sup>.

**1017.** Compte tenu l'intérêt supérieur de l'enfant, le refus au retour de l'enfant se base souvent sur le besoin de le protéger. Dans ce sens, la Convention de La Haye prévoit le refus au retour de

---

574 Voir Bucher 458

« Un enfant en bas âge qui établit des contacts réguliers avec des membres de la famille peut prendre facilement racine dans son nouveau pays de séjour. Les relations avec les enfants du voisinage et de l'école peuvent sensiblement renforcer les liens avec le nouveau lieu de vie. L'enfant dans l'adolescence ou celui qui s'en approche peut s'intégrer plus lentement et ne relâcher que difficilement les attaches avec les pays du milieu auquel il a été arraché, sans que l'on puisse cependant retenir aucune présomption dans un sens ou dans l'autre. »

575 Voir l'article 13 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980.

576 Voir l'article 13 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980.



l'enfant, si le retour peut exposer l'enfant aux situations de risque à l'intégrité de l'enfant<sup>577</sup>. La rédaction apparemment souple ouvre l'opportunité d'application de cette clause pour divers situations, comme le risque de violence verbale et psychologique, y inclus le risque de violences sexuelles. Il est intéressant d'observer que la jurisprudence sur l'application de la Convention dans certains États considère la violence domestique perpétrée à la mère de l'enfant, pas directement à l'égard de l'enfant lui-même, comme une situation de risque ; parce que l'enfant est exposé de toute sorte à l'ambiance de violence qui lui est implicitement nuisible. En plus, le risque à l'enfant ne se caractérise pas seulement par les risques chez le titulaire de la garde qui réclame le retour de l'enfant ou chez l'ambiance familial ; mais dans l'État de résidence habituelle en général. La situation politique et sociale de cet État peut déconseiller le retour de l'enfant d'une manière générale, face à l'instabilité de l'ordre sociale de ce pays.

**1018.** Il est important de considérer la possibilité de refus au retour de l'enfant basé au respect des droits de l'Homme<sup>578</sup>. Dans ce cas, le refus résulterait des discriminations, comme celle basée sur l'orientation sexuelle. Pour les couples de personnes du même sexe, à part les motifs allégués pour le refus au retour de l'enfant, il s'ajoute le traditionnel piège de voir une demande de droit de la famille refusée à cause des restrictions de l'État de refuge à l'égard de la reconnaissance de ces couples et de l'exercice de l'homoparentalité.

**1019.** Si le refus au retour de l'enfant bénéficie d'un côté au ravisseur de l'enfant, il va contre les prétentions de la personne privé de l'exercice de son droit de garde à l'égard de l'enfant enlevé. Face à cette défaite, il est pertinent de considérer la possibilité d'obtenir des indemnités à la personne déçue par la décision de non retour, comme prévu, par exemple, par le droit suisse. En suivant le traditionnel binôme juridiction compétente et loi applicable en DIP, il faut l'examiner selon le contexte. S'il serait plus probable d'obtenir la reconnaissance de ce droit au for de l'État de résidence avant l'enlèvement et en s'appuyant sur l'application de la *lex fori*, comme loi régissant le droit de garde violé ; il ne serait pas sûr que l'État de refuge reconnaisse ce droit, une fois que la décision de non retour ait été prise. En revanche, la demande d'indemnités directement proposée au for de l'État de refuge, dépendrait pour le même argument d'incompatibilité avec la loi du for qui refuse le retour, de la loi du lieu de résidence habituelle antérieure à l'enlèvement. Cette

<sup>577</sup> Voir l'article 13 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 1980.

<sup>578</sup> Voir Bucher 475

« L'art. 13 al. 1 lit. b. autorise également (le cas échéant en combinaison avec l'art. 20) le refus de la demande de retour lorsqu'il est établi que l'autorité de la résidence habituelle, en statuant sur la garde, sera par principe hostile au parent ravisseur, pour réprimer l'enlèvement, qu'elle se fondera exclusivement sur la religion, le sexe ou un autre facteur de discrimination en la personne de l'un des parents ou de l'enfant, ou qu'elle décidera d'une autre manière sans tenir compte de l'intérêt de l'enfant, en violation de l'art. 3 CDE et de l'objectif essentiel de la Convention de 1980 rappelé dans le Préambule. »

application serait peu probable, même que pour une admission restrictive du droit de garde, et heurterait peut-être l'ordre public de l'État de refuge.

## B. L'aliénation parentale et les mesures de protection d'enfants

**1020.** Compte tenu la dynamique de l'exercice de l'autorité parentale, en spécial le droit de garde et les conséquences qui en découlent, il est important d'analyser comment l'aliénation parentale peut être reconnue ou pas comme un phénomène qui interfère sur l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des parents ou de l'un d'eux, si que le rôle des mesures de protection à l'égard de l'enfant.

### 1. L'aliénation parentale

**1021.** Comme l'aliénation parentale est une institution récemment reconnue en droit, il faut examiner comment ce phénomène interfère ou pas sur l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des parents ou de l'un d'eux et ses potentielles conséquences à l'internationale.

#### *a) Contours de l'aliénation parentale*

**1022.** D'abord, il faut éclairer que l'aliénation parentale – différemment d'autres concepts juridiques dont les racines datent du droit ancien – était un phénomène originalement reconnu au domaine médical et qui a été transposé au droit. Le syndrome d'aliénation parentale fut une notion introduite par le psychiatre nord-américain Richard Gardner en 1985. Ce syndrome se caractérise par le comportement continu de l'enfant de rabaisser et insulter un parent, sans justification, comme résultat de l'endoctrinement conscient ou induite par une autre personne proche à l'enfant, souvent l'autre parent, mais parfois un grand-parent ou une personne proche qui s'occupe de l'enfant de manière partielle ou pleine. Comme le résultat de cette stratégie est la répulse de tout contact avec le parent ciblé, ce comportement commença à être reconnu par les tribunaux et, après, par certains systèmes légaux. Face à un concept un peu fluide, l'aliénation parentale n'est reconnu que par un cercle limité d'États.

**1023.** Pour essayer de décrire le comportement aliénant, il y a une liste d'actes qui, pratiqués de forme isolée ou conjointe, caractérisent l'aliénation parentale, comme les actes suivants: diffculter l'exercice de l'autorité parentale ; faire de la propagande ou déqualifier l'image du parent ciblé dans l'exercice de sa paternité ou maternité ; poser des obstacles pour le contact entre l'enfant et le parent ciblé ; omettre exprès des informations personnelles de l'enfant au parent ciblé ; faire une fausse dénonciation contre le parent ciblé (ou d'autres membres de sa famille) pour poser d'obstacles à la convivence entre l'enfant et la famille du parent ciblé ; changer la résidence habituelle de l'enfant, sans justificatif, au but de diffculter la convivence entre l'enfant et le parent ciblé et sa famille<sup>579</sup>. Une fois reconnue l'aliénation parentale, le juge peut déterminer, à titre de sanction, des mesures isolées ou conjointes telles comme : déclarer l'occurrence de l'aliénation parentale et avertir l'aliénant des possibles sanctions, comme une mesure préventive ; étendre le régime de convivance familiale en faveur du parent ciblé ; condamner l'agent aliénateur à une amende ; établir de mesures d'accompagnement psychologique et biopsychosocial à l'égard de l'enfant ; modifier le régime de garde de l'enfant pour adopter ou supprimer un régime de garde partagée ; déterminer un domicile ou résidence habituelle obligatoire pour l'enfant, comme mesure provisoire ; surseoir l'exercice de l'autorité parentale à l'égard du parent aliénateur<sup>580</sup>. En effet, l'objectif de la mise en place de l'aliénation parentale est encadrer juridiquement des comportements continus qui déstabilisent ou diffcultent l'exercice de l'autorité parentale, et qui passent souvent comme des circonstances subjectivement analysées lors de l'examen des questions de garde ou de visite.

**1024.** L'état de l'art du droit comparé sur l'aliénation parentale est boiteux. Malgré ses origines rattachées à la sciences médicale nord-américaine, les tribunaux de ce pays ont majoritairement réjété l'application du syndrome d'aliénation parentale. De même, le Canada a reconsidéré l'application de concept dans sa jurisprudence. Bien accueillie en Amérique Latine ; en Europe, des décisions sur l'aliénation parentale furent rendues en Bulgarie, Espagne, Finlande, Hongrie, République Tchèque et Roumanie. En France, malgré la validation d'un jugement par la Cour de Cassation en 2013 ; le gouvernement français a pris une position contraire à la reconnaissance du syndrome d'aliénation parentale. En 2017, une réponse est publiée au JO récomendant la non utilisation de la notion de syndrome d'aliénation parentale dans le cadre judiciaire, suite à une demande de la Garde de Sceaux. Le Ministère de la Justice français déconseille le recours à la notion du syndrome, face à la possibilité de recours à d'autres mesures. En plus, cette position

---

579 Ces exemples illustratifs sont énumérés dans l'article 2, de la loi brésilienne sur l'aliénation parentale, loi 12138, du 26 août 2010.

580 Ces exemples illustratifs sont énumérés dans l'article 2, de la loi brésilienne sur l'aliénation parentale, loi 12138, du 26 août 2010.

intègre le plan, en démontrant une préoccupation d'éviter le caractère sexiste du syndrome. La mesure 58 du plan de lutte contre toutes les violences faites aux femmes.

### **b) Effets de l'aliénation parentale**

**1025.** Comme institution inconnue dans plusieurs systèmes légaux, ses effets sont limités en DIP et elle ne figure jusqu'à maintenant dans aucun texte conventionnel. Sur le terrain, l'aliénation parentale est suscitée à titre incidentel ou principal en matière de conflits de famille. Dans la plupart des systèmes légaux qui reconnaissent l'aliénation parentale, cela se fait surtout par la jurisprudence, sans l'appui d'un encadrement légal précis. Dans les rares juridictions où l'aliénation parentale est disciplinée par loi, et aussi quand elle est consacrée par la jurisprudence, son contenu accompagne les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale, spécialement celles relatives à la garde et à la visite de l'enfant. En DIP, le for compétent à examiner l'aliénation parentale, la considère de manière autonome, le critère de rattachement correspondant aurait tendance à accompagner les mêmes critères utilisés pour l'autorité parentale, surtout en matière de garde. La loi applicable à l'aliénation parentale, comme matière autonome ou insérée dans l'exercice de l'autorité parentale, ou la garde, serait la loi personnelle de l'enfant, s'inclinant vers la *lex domicilii* ou la *lex residentiae* de l'enfant. De même, face à l'inexistence de règles conventionnels sur l'aliénation parentale et compte tenu le décalage pour la production de ce genre de normes ; en ce qu'il soit compatible, lesdites conventions internationales applicables en matière d'autorité parentale ou responsabilité parentale pourrait réceptionner l'institution inconnue de l'aliénation parentale.

**1026.** Soit comme une question principale et autonome, soit comme matière subsidiaire et incidentelle, dans de conflits de divorce, de réanalyse du droit de garde, du droit de visite, ou de prestation alimentaire ; il est peu probable qu'une décision versant la constatation de l'occurrence de l'aliénation parentale et des sanctions correspondantes soient reconnues dans une juridiction où elle est institution inconnue. En revanche, comme la matière est nouvelle et il y a de l'espoir de la propagation de l'institution en droit comparé ; il est possible dans un futur proche que entre Etats-contractants qui admettent l'institution de l'aliénation parentale, le droit conventionnel déjà existant en matière d'autorité parentale ou responsabilité parentale soit appliqué, de manière tolérante, face à l'inexistence d'obstacle en termes d'ordre public entre lesdites États. Encore sur l'ordre public, il serait intéressant de considérer l'application de l'aliénation parentale aux couples de personnes du même sexe en DIP. Pour des raisons mentionnées, l'on envisage au moins à moyen

terme, des difficultés pour son application à ces rapports. Les couples de personnes du même sexe trouveraient un double obstacle : la méconnaissance du couple comme époux ou partenaires dans les États qui leur sont réfractaires, et le risque de non application de l'aliénation parentale au cercle déjà limité d'États qui leur reconnaissent comme couple, à cause de la méconnaissance spécifique de l'institution de l'aliénation parentale.

## 2. Mesures provisoires à l'étranger

**1027.** Le contenu si étendu de l'exercice de l'autorité parentale justifie un pouvoir de protection vaste à l'égard de l'enfant, qui se traduit par la possibilité d'adoption de mesures provisoires à l'étranger, envisageant la protection de la personne et des biens de l'enfant. La vulnérabilité et la conséquente dépendance de l'enfant par rapport aux parents ou ceux qui exercent des droits et devoirs de protection dérivés de l'autorité parentale l'expose à des situations conflictuelles d'urgence qui réclament l'adoption de mesures provisoires, souvent urgentes, de façon à sauvegarder les intérêts du mineur.

### *a) Mesures de protection à l'égard de la personne de l'enfant*

**1028.** Comme l'adoption de mesures à l'égard de la personne de l'enfant à l'étranger suppose la circulation, le déplacement de l'enfant hors son centre de vie régulier, il faut considérer les hypothèses pour l'application de ces mesures. Un cas qui motiverait une mesure de protection à l'étranger serait certainement un cas d'enlèvement international de l'enfant, mais que l'on examinera ci-dessous pour des raisons méthodologiques, une fois que cela est concentré comme conséquence de violation du droit de garde de l'enfant. Comme la plupart des circonstances de risque à la personne de l'enfant seraient connectées à la garde de l'enfant, il convient de considérer l'application des mesures de protection à la personne de l'enfant aux cas exceptionnels de séjour occasionnel, temporaire de l'enfant à l'étranger, sans la supervision directe du titulaire du droit de garde. Un exemple serait l'hypothèse d'un voyage scolaire, avec le besoin de mesures urgentes pour de raison médicales.

**1029.** En droit conventionnel, la Convention de La Haye du 1996 favorise l'adoption de mesures de protection à l'égard de la personne de l'enfant à travers les autorités de coopération, qui peuvent

fournir un rapport sur la situation de l'enfant<sup>581</sup>, si que prendre des mesures de protection à l'égard de la personne de l'enfant<sup>582</sup>. En plus, ces autorités travaillent pour la localisation de l'enfant et sa protection<sup>583</sup>. L'État-contractant qui a pris ou est en cours de prendre de mesures de protection à l'égard de la personne de l'enfant a l'obligation d'informer un autre État-contractant sur le changement de résidence ou la présence de l'enfant dans son territoire<sup>584</sup>. De même, il doit s'abstenir de transmettre des pareilles renseignements, si elles peuvent mettre l'enfant en danger<sup>585</sup>. En outre, à titre de coopération internationale, il faut préciser que toute transmission de renseignement sur l'enfant jouit de la confidentialité<sup>586</sup> et de la dispense de légalisation<sup>587</sup>. Pour la loi applicable, la Convention de La Haye 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 du 1996 ouvre la possibilité d'application de la loi d'un autre État-contractant, si elle a un lien plus étroit avec le cas, pour les mesures de protection à l'égard de la personne de l'enfant. Ce remplacement de la loi applicable qui accompagne le for indiqué dans le chapitre II de la Convention<sup>588</sup>, se fait par le principe de la proximité.

**1030.** Il faut considérer que, au nom de la coopération internationale, dans certains cas, les parties bénéficient des mécanismes offertes par les traités internationaux, surtout au niveau régional. Au niveau européen. Au niveau du Mercosur, le Protocole d'Ouro Preto sur les Mesures Provisoires du 1998 permet l'adoption d'une mesure provisoire par le juge d'un État-membre envisageant son exécution dans le territoire d'un autre État-membre .

#### ***b) Mesures de protection à l'égard des biens de l'enfant***

**1031.** Pendant la vie commune du couple ou en cas de divorce ou dissolution de partenariat, il ne serait pas rare que l'un des partenaires ou conjoints, ou celui qui est le survivant, lors de la

---

581 Voir l'article 32,a de la Convention de La Haye 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 du 1996.

582 Voir l'article 32,b de la Convention de La Haye 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 du 1996.

583 Voir l'article 31 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

584 Voir l'article 36 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

585 Voir l'article 37 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

586 Voir l'article 42 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

587 Voir l'article 43 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

588 Voir l'article 15 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

dissolution du couple à cause de mort, essaie de se débarrasser des biens ou frauder le partage d'un patrimoine qui appartient – au moins, en partie – à l'enfant du couple. D'ailleurs, les biens de l'enfant pourraient être menacés par des tiers. Pour sauvegarder les intérêts de l'enfant, il faut avoir recours aux mesures provisoires ayant pour objet la conservation des biens. Face à la propension des États à revendiquer de l'exclusivité en matière des biens, surtout pour les biens immeubles, la coopération internationale joue un rôle fondamental pour ouvrir le chemin à l'adoption des mesures protectives pour des biens. Ces concessions sont rares au domaine du droit conventionnel à vocation universel. Pourtant, la Convention de La Haye du 1996 favorise l'adoption de mesures de protection à l'égard des biens de l'enfant à travers les autorités de coopération, qui peuvent prendre des mesures de protection à l'égard des biens de l'enfant<sup>589</sup>. Pourtant, il y a la possibilité de restriction de la compétence juridictionnelle de l'État-contractant où se situe le bien objet de la protection, à travers la compétence exclusive aux mesures relatives aux biens ou à certains biens<sup>590</sup>.

**1032.** Comme pour les mesures de protection à l'égard de la personne de l'enfant, la Convention de La Haye 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 du 1996 permet la substitution de la loi du for compétent, comme loi applicable aux questions de l'autorité parentale, par la loi d'un autre État-contractant ; si elle a un lien plus étroit avec le cas, pour les mesures de protection à l'égard des biens de l'enfant<sup>591</sup>. Cette solution se fait par la coordination des principes de la protection et de la proximité. Des difficultés en DIP qui surgissent sont les possibles conflits entre un for étranger compétent, soit comme centre de vie de l'enfant (où s'exerce la garde de l'enfant), soit comme *forum successionis* du conjoint ou partenaire défunt, soit le for de la situation du bien objet de la mesure de protection.

**1033.** Compte tenu le principe de la territorialité, il est fort probable que le for de la situation du bien, surtout s'il s'agit des biens immeubles, se considère exclusivement compétent pour trancher la question, cas où ses tribunaux refuseraient de reconnaître toute décision sur le thème dictée par les tribunaux des dites fors de l'enfant ou successoral. Dans ce sens, le recours au *forum rei sitae* conviendrait pour l'adoption des mesures de protection à l'égard de ce bien. Sous l'application de la loi étrangère, comme loi personnelle de l'enfant – correspondant à son centre de vie – ou celle de ladite succession, ou en priorisant la *lex fori* de la juridiction saisie pour la mesure de protection à

---

589 Voir l'article 32,b de la Convention de La Haye 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 du 1996.

590 Voir l'article 55 de la Convention de La Haye 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 du 1996, à travers le mécanisme de réserve de l'article 60.

591 Voir l'article 15 de la Convention de La Haye 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 du 1996.

l'égard du bien ; un point important est la détermination de la durée de la mesure, en tant que mesure provisoire : il convient à la loi indiquée par la règle de conflit du for où la mesure a été dictée de préciser sa durée.

**1034.** Au niveau régional, l'ouverture pour les mesures sur les biens est rare aussi. Au niveau européen, le Règlement succession sauvegarde le forum rei sitae pour les cas. 214/2016 sur le régime patrimonial. Au niveau du Mercosur, le Protocole d'Ouro Preto sur les Mesures Provisoires du 1998 ? permet l'adoption d'une mesure provisoire par le juge d'un État-membre envisageant son exécution dans le territoire d'un autre État-membre .

## **Conclusion de la Section 1**

**1035.** L'exercice de l'autorité parentale impose certaines réflexions en DIP, en raison de la possibilité de dissolution du couple et des déplacements à l'étranger. En plus, cet exercice est organisé de façon à éviter des conflits qui puissent emmener à une situation d'enlèvement de l'enfant.

**1036.** Le point le plus important au niveau des effets personnels entre l'enfant et ses parents est l'autorité parentale, parce qu'elle contient les pouvoirs les plus importants pour que les parents exercent leur autorité de façon à promouvoir le bien être de l'enfant et sa protection.

## **Section 2. La condition individuelle des enfants**

**1037.** Il faut analyser les effets du rapport de filiation sur la condition individuelle de l'enfant adopté, comment la filiation interfère sur la vie civile de l'enfant et sur son statut en tant que ressortissant d'un État.



## §1. Les effets rattachés à la vie civile

**1038.** Même si l'enfant jouit de certaines prérogatives de la vie civile avec autonomie, le rapport de filiation joue un rôle déterminant sur le régime légal de certaines prérogatives rattachées au statut personnel et aux bénéfices sociaux.

### A. Les effets rattachés au statut personnel

**1039.** Au domaine du statut personnel, deux éléments sont directement influencés par le rapport de filiation, le nom, parce que directement construit par l'historique familial et les empêchements matrimoniaux ou partenariaux à l'égard des certains membres de la famille, en raison du lien de parenté.

#### 1. Le nom

**1040.** Le nom est un élément essentiel de l'identité de l'individu, à travers le prénom, qui singularise l'individu, et le patronyme, qui l'attache à sa famille. En principe, le nom est attribué lors de la naissance et susceptible de changement pendant la vie, à cause des actes civils qui provoquent des modifications d'état civil avec des conséquences directes sur le nom ou par requête de changement, faite par l'individu lui-même. En matière de nom de l'enfant, des changements peuvent s'opérer en raison d'un changement de filiation, comme une reconnaissance de filiation ou adoption, ou par besoin d'adaptation du nom par exigence légale, lors d'un projet de migration à l'internationale, par exemple. Comme élément de la personnalité et droit personnel, un aspect inhérent de l'identité de l'individu ; le nom évoque une supposée indépendance par rapport à d'autres éléments intégrant le statut personnel, même s'il y s'insère, comme l'observe Andreas Bucher :

« La nature et la fonction du nom sont suffisamment spécifiques pour justifier un rattachement propre, lié directement à la personne concernée. Il en découle également que le droit applicable au

nom doit être déterminé pour chaque personne séparément, sans tenir compte du rattachement à la loi qui régit le nom d'autres membres de la famille. » Bucher 674

**1041.** Une question importante en DIP serait la(l'i)mutabilité du nom, non seulement en raison des modifications en matière d'état civil, mais aussi face aux changements de domicile ou résidence habituelle, ou même de nationalité de l'individu. Ce caractère dynamique des rapports familiaux à l'internationale provoque des conflits mobiles en DIP. À ce propos, Andreas Bucher plaide en faveur de l'immutabilité du nom, sauf pour des cas d'actes civils ayant des conséquences sur le nom :

« le nom d'une personne risquerait de changer lors de chaque transfert de domicile d'un pays dans un autre. Il est vrai que cela permettrait d'assurer une adaptation constante de la détermination du nom au droit de l'environnement social. Mais cet avantage est négligeable en comparaison des inconvénients provoqués par les changements de noms subis par la personne au gré de ses transferts de domicile ou de résidence habituelle. La continuité du nom doit l'emporter et exclure le conflit mobile. En droit matériel, le nom est en général susceptible d'être modifié à la suite d'un événement d'état civil ou d'une demande en changement de nom. Il n'y a pas de raison de s'en écarter en Droit International privé et d'ajouter le déplacement du facteur de rattachement comme une cause de changement de nom. »

#### **a) *Le choix du nom de l'enfant***

**1042.** Malgré le caractère personnel du nom de l'individu, le choix du nom de l'enfant est marqué par un volontarisme, exercé par les personnes légitimés à le choisir, puisque l'enfant n'a pas de capacité juridique pour le faire, au moins pour un choix initial du nom, lors de sa naissance ou à un moment proche à cet événement. Ainsi, la loi applicable au choix du nom de l'enfant apporte le système d'enregistrement civil qui régit les règles sur le nom et détermine les personnes habilitées à choisir le prénom de l'enfant, si que son patronyme. Théoriquement, ce choix appartient aux parents, mais il y réside une question complexe pour l'homoparentalité. Comme il y a parfois des difficultés à la reconnaissance du statut de parent aux conjoints et partenaires du même sexe, en fonction des différentes manières par lesquelles s'imposent le lien de filiation à l'égard de l'enfant, leur légitimité pour ce choix est par conséquent contestée. Surtout au deuxième parent sans lien biologique dans le cas d'AMP et de GPA, selon la reconnaissance automatique ou indirecte par adoption, à partir d'un premier lien. Dans le cas d'adoption, la pré-existence de l'enfant

accompagne une attribution préalable d'un nom à l'enfant, même s'il sera objet de changements en raison de l'acte civil de l'adoption.

**1043.** Dans le contexte d'un projet familial, qui départ du lien du couple, il est usuel que les conjoints ou partenaires élisent un nom de famille pour identifier le couple et les possibles enfants, à venir ou à être intégrés dans leur projet familial. Pendant des siècles, les systèmes légaux ont adopté des règles qui consacraient une approche patriarcale, en priorisant la transmission du nom de famille du père et mari, en dépit de celui de l'épouse et mère, par des raisons sexistes. De nos jours, plusieurs États ont surmonté cette discrimination et offrent l'option aux conjoints ou partenaires – de sexe différent, et du même sexe, quand il y a la reconnaissance des couples de personnes du même sexe –, pour adopter un nom de famille commun à leur gré ou conserver le patronyme original de chaque conjoint ou partenaire. Malgré l'indépendance du nom de l'enfant par rapport à celui de ses parents, en raison de la singularité du nom de chaque individu ; cette autonomie est brisé par le patronyme, qui remet directement aux ascendants. Pour le cas de couples de personnes du même sexe, le choix du nom de l'enfant lors de sa naissance – ou postérieurement mais en prenant en compte ce moment – se fait dans les cas d'AMP ou de GPA. Dans l'hypothèse de reconnaissance automatique des deux mères ou des deux pères, ce choix se fait également par les deux. Dans le cas de non reconnaissance de la deuxième mère dans une AMP, le choix sera rassuré à la mère biologique, comme application du principe *mater semper certa est*. Dans le cas de recours à une GPA à l'étranger, les deux parents ou le parent biologique réussiraient à choisir le nom, dans cette juridiction, mais pourraient avoir des difficultés à le reconnaître dans leur juridiction d'origine, s'il y en a des refus à reconnaître la GPA ou des restrictions à l'admettre seulement au parent biologique, cas où il aurait exercerait le monopole pour le choix du nom de l'enfant.

**1044.** Face au débat si le nom est partie intégrale du statut personnel de l'individu ou s'il est autonome, la loi applicable au nom et à son changement est la loi personnelle de l'individu. Quand cette loi personnelle correspond à la *lex patriae*, cela favorise le maintien du nom – sauf pour les cas de changement de nationalité –, dans l'idée de son immutabilité comme élément de la personnalité à être conservé. En revanche, quand la loi personnelle est la loi du domicile ou de la résidence habituelle de l'individu, il pourrait avoir des difficultés, en raison de possibles changements de domicile ou de résidence habituelle, qui susciteraient des éventuels conflits mobiles. Pour la préservation de l'identité de l'individu où s'insère le nom, le domicile ou résidence habituelle à être considérée serait celle du moment de choix du nom de l'enfant, qui correspondraient souvent à celle des parents de l'enfant. Un éventuel changement de domicile ou

résidence habituelle de l'enfant ne devrait pas être pris en compte pour occasionner un conflit mobile, sauf si cette modification est accompagnée d'un acte civil qui justifie une modification du nom de l'enfant.

**1045.** Compte tenu l'évoquée immutabilité du nom, il est important d'analyser la transposition du nom d'une juridiction à l'autre, à travers la retranscription de l'enregistrement du nom ou la reconnaissance d'un certificat de naissance d'une juridiction à l'autre. Il est pertinent de considérer que, même en cas de reconnaissance, il peut avoir d'adaptations sur le nom, en raison des systèmes d'enregistrement d'un État à l'autre, notamment pour des questions linguistiques, qui exigent l'adaptation orthographique. Un défi pour certains États est l'usage des doubles noms des systèmes espagnols et portugais, historiquement répandus aussi en Amérique Latine. Il convient à l'État requis le choix entre conserver l'utilisation du double nom ou des adaptations, avec la suppression de l'un d'eux, selon ses critères – qui peuvent ouvrir même le choix au requérant.

#### ***b) La modification de nom de l'enfant***

**1046.** Le changement de nom de l'enfant peut avoir lieu de deux manières, soit comme conséquence des actes civils dont les effets imposent la modification du nom de l'enfant, soit comme une modification obligatoire ou volontairement requise par le propre enfant ou en son nom, par son représentant légal. En matière de filiation homoparentale, l'acte civil ayant vocation à provoquer le changement de nom est l'adoption, dans les modalités d'adoption conjointe ou unilatérale, même si celle-là se fait comme un mécanisme d'adaptation pour la reconnaissance du deuxième parent sans lien biologique, dans l'hypothèse d'AMP ou de GPA. Dans le cas d'adoption conjointe, il n'est pas rare la modification complète du nom de l'enfant. D'une part, la modification du prénom de l'enfant n'est pas psychologiquement recommandée, parce que l'enfant a déjà conscience du nom comme intégrant sa personnalité, surtout à partir d'un certain âge. D'autre part, la modification du prénom de l'enfant est usuelle, quand il s'agit d'un enfant très petit, ou au cas d'un historique traumatique de violence à l'égard d'enfant qui motive son adoption. Il est une pratique usuelle en Amérique Latine, l'enregistrement provisoire des enfants orphelins ou abandonnés à la naissance comme « Jean de Dieu » et « Marie de Dieu », comme des sorts de noms génériques et provisoires, pour les enfants en quête d'une famille adoptive. Ce mécanisme en prend beaucoup de la pratique des activités de charité de l'Église – autrefois omniprésente dans la vie quotidienne de certains États de la région –, dans l'hypothèse d'abandon d'enfants. Dans ce cas, lors de l'adoption, l'enfant adopté reçoit un tout nouveau nom (prénom et patronyme).

**1047.** Comme la modification d'état civil a des conséquences sur le nom ; un point important est la détermination du moment à partir duquel cette modification aurait des conséquences sur le nom. Quand il s'agit d'une décision qui établit la filiation de l'enfant à l'égard des deux parents, l'on analyse si elle rétroagit jusqu'à la naissance de l'enfant ou ne produit d'effets qu'à partir de l'entrée en force de la décision. Dans le cas d'adoption, les effets de l'adoption, y inclus le changement du nom, ne rétroagissent pas à la naissance de l'enfant. Quand les effets de l'adoption se produisent à compter avant la décision, ils rétroagissent au maximum à un point préalable du procès d'adoption, comme la phase de contact entre adoptant(s) et l'enfant ou à la manifestation claire de l'un des adoptants, au cas d'adoption conjointe, dans le sens d'adopter l'enfant, même quand cet adoptant meurt avant la conclusion de la procédure<sup>592</sup>. Dans l'hypothèse d'AMP et de GPA pour les couples de personnes du même sexe, si la décision est prise pour reconnaître la filiation, respectivement, en faveur de la mère sans lien biologique ou du parent sans lien biologique, la même réflexion sur les effets *ex tunc* ou *ex nunc* s'impose. Si la reconnaissance se fait de manière automatique, les effets se produiraient à partir de la naissance de l'enfant. Au contraire, si la reconnaissance a lieu par voie d'adoption, les effets se donneraient probablement à partir de l'entrée en force de la décision, sous réserve de prévision spéciale de rétroaction des effets.

**1048.** Autre question intéressant d'observer est comment le changement de nom des conjoints ou partenaires peut intervenir sur le nom de l'enfant. Le changement d'état civil des parents peut avoir des reflets sur le nom de l'enfant, même s'il n'est pas partie prenante de l'acte civil qui cause la modification. La conversion d'un partenariat en mariage, la célébration d'un mariage, ou la double célébration peuvent susciter le changement. Un nouveau état civil, et notamment un nouveau nom de famille, permet aux parents de rectifier le nom de l'enfant pour le faire coïncider avec leur nouveau nom de famille. Cependant, il convient d'observer que seulement un acte civil pour la composition d'une famille comme la célébration d'un mariage ou l'enregistrement d'un partenariat peut avoir des effets pour la modification du nom de l'enfant, mais pas un acte civil pour la dissolution du couple à la base de la structure familiale, comme le divorce. Même si la dissolution du mariage peut provoquer la modification de nom des conjoints, elle n'a aucune conséquence sur la modification du nom des enfants, une fois qu'il ne sont pas de protagonistes du divorce. En outre, le divorce dissout les rapports entre les conjoints, pas les rapports de filiation entre l'enfant et les parents.

---

<sup>592</sup> Voir l'adoption post-mortem dans la loi brésilienne n°. 8069, du 13 juillet 1990 (Statut de l'Enfant et de l'Adolescent), article 42§6.

**1049.** En matière de loi applicable à la modification du nom de l'enfant, il faut analyser le contexte du changement du nom. Dans le cas de modification découlant d'un acte civil, il appartient à la loi qui régit les effets de l'acte de régir le changement du nom. Parfois la modification du nom de l'enfant se fait de manière obligatoire, parce que le nom est bizarre ou par requête de l'enfant, même si cela se fait par l'action de ses parents en son nom. Dans ce cas, la loi applicable est la loi personnelle de l'enfant. Comme l'obligation et la possibilité volontaire de modification assument un caractère très territorial, parce que faite au centre de vie de l'enfant, la loi personnelle s'utilise surtout comme la loi du domicile ou de la résidence habituelle de l'enfant, pour cette hypothèse de changement.

## 2. Les empêchements matrimoniaux et partenariaux

**1050.** Compte tenu des formes disponibles pour l'établissement de la filiation à l'égard des couples de personnes du même sexe, il y a une question importante en matière d'empêchements matrimoniaux et partenariaux : il y a un cumul d'empêchements matrimoniaux ou partenariaux pour l'enfant du couple de personnes du même sexe, dans sa vie adulte. Les empêchements existent à l'égard de sa famille, comme conséquence usuelle des rapports familiaux, et aussi à l'égard de sa famille d'origine ou parent biologique, en raison des liens biologiques qui ne s'effacent pas, respectivement, en raison de l'adoption et des procédures d'AMP/GPA. Si pour le cas de l'adoption, les empêchements à l'égard de la famille d'origine persistent, même avec la rupture avec cette famille biologique, et sont souvent reconnus, même dans les États réfractaires à la reconnaissance des couples homosexuels ; le thème est plus complexe en cas d'AMP et de GPA. Le recours à un donneur de sperme pour une AMP confirme le lien biologique de l'enfant à l'égard du père biologique, mais s'il s'agit d'un donneur inconnu. Le problème pratique serait l'identification de l'occurrence de l'empêchement face à l'anonymat du donneur. L'hasard pourrait jouer un piège édhypique à l'égard de l'enfant et son père biologique et d'autres enfants du même père biologique. Ce qui pourrait se passer aussi pour un donneur utilisé dans une procédure de GPA pour un couple de femmes. La même permanence d'empêchements se vérifie pour la mère porteuse dans une hypothèse de GPA. Même sans un lien de filiation reconnue à l'égard de la mère porteuse, les empêchements persistent entre elle et l'enfant, si qu'entre l'enfant et d'autres enfants de cette mère porteuse. Dans l'espèce, malgré la non-discrimination entre enfants, il serait intéressant d'assouplir la restriction à l'égard des enfants non-biologiques de cette mère porteuse, comme les enfants

adoptés, une fois qu'il n'existerait pas de lien de filiation entre elle et l'enfant, mais simplement un lien biologique.

**1051.** La loi applicable pour régir les empêchements matrimoniaux et partenariaux est la loi personnelle de l'enfant, lors de l'union (avec une personne du même sexe ou de sexe différent). Ce qui correspond à sa loi personnelle dans une phase adulte. Il appartient au DIP actionné pour indiquer le critère de rattachement qui actionnerait la loi personnelle compétente pour régir les empêchements : la *lex patriae*, la *lex domicilii* ou la *lex residentiae*. Cette loi personnelle détermine s'il y a l'application des empêchements seulement au cas de mariage ou aussi pour le partenariat. Une question importante serait l'éventuelle application d'un empêchement en cas de partenariat informel, parce que cela susciterait l'évaluation de l'empêchement possiblement a posteriori, lors d'une demande de reconnaissance (et dissolution) du partenariat informel. Dans ce cas, l'éventuel empêchement pourrait bloquer la reconnaissance du rapport. Dans toutes les hypothèses, soit pour l'enfant adopté, soit pour l'enfant issu d'une AMP ou d'une GPA, la loi applicable aux empêchements régirait aussi l'extension des empêchements : son application à l'égard des ascendants et aux collatéraux, jusqu'à un certain degré.

## B. Les bénéfiques sociaux

**1052.** Compte tenu la dimension sociale de la famille, comme institution de base pour la formation de l'État et le maintien de l'ordre social, il convient d'analyser la concession des bénéfiques sociaux et leur circulation à l'internationale pour les couples de personnes du même sexe.

### 1. Les congés de parentalité

**1053.** La question des congés de parentalité a des racines historiques assez récentes. D'abord, il faut reconnaître que les congés n'étaient octroyés que pour les mères et que les pères y accédèrent récemment. Les congés de maternité étaient reconnus aux femmes en raison de l'accouchement, suivi par l'éventuel allaitement de l'enfant et l'obligatoire période de convalescence de la mère, et par le seul fait que les femmes sont entrées dans le marché de travail. Ce droit social s'encadre ainsi

dans le droit du travail. Un droit basé en principe sur une question biologique et médical, les congés furent étendus aux pères et même aux mères qui n'accouchent pas, comme dans le cas d'une adoption, sous le souci d'acclimatation de l'enfant avec ses parents. Ce qui justifient aussi la reconnaissance de ce bénéfice à la deuxième mère dans un couple de femmes et aux parents d'intention, respectivement, en cas d'AMP ou de GPA. Comme la question de l'accouchement et ses conséquences (allaitement et convalescence de la mère qui accouche) joue encore un rôle important pour la concession du bénéfice et ses conditions – telles que la durée et le montant du bénéfice payé – il convient de distinguer les congés de maternité et les congés de paternité. Même si les congés sont jouis par les parents, il est important d'observer que l'analyse des congés selon l'optique de la condition individuelle de l'enfant est pertinente, comme un droit découlant de la filiation et que se fait au bénéfice de l'enfant.

#### **a) *Les congés de maternité***

**1054.** Comme les implications médicales de l'accouchement et ses conséquences (la convalescence de la mère et l'allaitement de l'enfant) sont à l'origine des congés de maternité, il convient d'analyser comment s'opère la concession des congés de maternité pour un couple de deux femmes dans l'hypothèse d'AMP ou de GPA, qui se basent sur une filiation biologique, si que dans le cas d'adoption, qui ne s'appuie que sur une fiction juridique.

##### *α) Les congés de maternité en cas d'AMP et de GPA*

**1055.** Dans un cas d'AMP, les congés de maternité sont reconnus sans obstacles à la mère qui accouche, à cause du traditionnel besoin médical de garantir la convalescence de la mère et l'allaitement de l'enfant. Encore une fois, l'AMP profite de sa ressemblance avec le modèle traditionnel de filiation, parce que cette concession à la mère biologique dans une AMP d'un couple de femmes se fait de la même manière comme si c'était pour un couple traditionnel. En revanche, différemment de ce qu'il se passer pour un couple hétérosexuel où le père jouirait des congés de paternité, de façon autonome – en raison du lien de filiation qui profiterait probablement de la présomption de paternité basée sur le lien du couple – ou comme une extension des congés de maternité de la mère ; la deuxième mère sans lien biologique dans un couple de femmes aurait possiblement des difficultés à jouir des congés. Dans les systèmes légaux où la deuxième mère aurait son statut en tant que mère reconnu automatiquement, les congés sont d'habitude octroyés, mais par reproduction du modèle des congés de paternité des couples traditionnels, elle jouirait des



congés réduits, comme ceux octroyés aux pères. Comme dans l'hypothèse de la concession des congés de paternité au père, l'argument pour justifier la concession du bénéfice à la deuxième mère se baserait sur son besoin d'acclimatation avec l'enfant. Au cas où la deuxième mère n'est reconnue qu'à travers une adoption, les congés seraient probablement réduits, parce que la majorité d'Etats prévoient des congés de maternité plus courts et moins avantageux en cas d'adoption qu'en cas de filiation justifié par un accouchement ou n'octroient pas de congés aux parents adoptifs. Parmi les cercles de pays qui reconnaissent des congés de maternité pour les conjointes ou partenaires lesbiennes, peu de systèmes légaux le reconnaissent de manière égalitaire à la deuxième mère, en cas d'adoption. En outre, si les congés sont certainement importants pour l'acclimatation avec l'enfant, il faut s'interroger sur l'utilité de le jouir lors de sa concession suite à la reconnaissance de la deuxième mère par adoption. Dans l'hypothèse de cette reconnaissance par adoption unilatérale et endofamiliale, l'on ne peut pas ignorer que la mère vit avec l'enfant depuis longtemps et a certainement aidé sa conjointe ou partenaire aux soins essentiels avec le bébé. Si les congés sont utiles pour permettre à la deuxième mère de s'occuper de l'enfant, le meilleur moment pour sa concession serait probablement déjà passé, une fois que le but de tous congés de maternité est l'acclimatation avec l'enfant. En tout cas, soit pour la mère qui accouche, soit pour la deuxième mère, comme les congés de maternité sont rattachés au rapports de travail, la loi applicable serait celle qui régit le contrat de travail de la mère. Subsidiairement, faute de contrat de travail, mais en cas de jouissance de bénéfice sociale, la loi du lieu de concession du bénéfice social régit les congés de maternité. Dans ce cas, cette loi serait la loi du lieu de domicile ou résidence habituelle du couple de femmes qui serait probablement la loi du lieu de naissance de l'enfant. Dans le cas de refus à reconnaître la deuxième mère, par interdiction de l'AMP aux couples de femmes, la deuxième mère serait censée avoir recours à l'adoption, si cela lui est accessible, ou à renoncer à son statut et par conséquent au droit des congés de maternité, si le refus à sa reconnaissance est total.

**1056.** En raison du même argument médical basé sur l'accouchement, pour la concession du bénéfice, il faut s'interroger sur la possibilité des congés de maternité à la mère porteuse en cas de GPA. Malgré l'absence de tout lien de filiation entre la mère porteuse et l'enfant, les congés se justifieraient en raison de l'accouchement et ses conséquences. En outre, lors d'une GPA à l'étranger dans l'intérêt des parents d'intention qui ne vivent pas dans cette juridiction, il faut considérer que la mère porteuse est souvent incluse dans le certificat de naissance, parfois comme une simple mère porteuse, parfois comme la mère biologique de l'enfant, même si cela est facilement modifiable dans cette juridiction ou postérieurement dans la juridiction des parents d'intention. Différemment de ce qu'il se passe pour l'AMP, il paraît peu recommandable

l'application de la *lex laboris* comme loi applicable aux congés, surtout s'il s'agit d'une GPA onéreuse, parce qu'un employeur ne serait pas motivé à soutenir un projet onéreux ou gratuite de maternité à l'égard des tiers, quand il n'y a pas de maternité reconnue à l'égard de la femme qui revendique le bénéfice. Pourtant, par une question de droits de l'Homme des femmes, pour la protection de la mère porteuse, il serait essentiel qu'elle ait droit au bénéfice, par des raisons médicales. Il serait important que la loi du lieu de la naissance de l'enfant, qui coïncide souvent avec la loi de la procédure de GPA, régisse les congés de maternité à la mère porteuse, possiblement à travers ses règles de sécurité sociale.

**1057.** Malgré la possibilité théorique de recours à l'autonomie de la volonté pour les conventions qui régissent l'AMP et la GPA, il serait peu recommandable que la *lex voluntatis* régisse le droit aux congés de maternité, parce qu'il s'agit des droits sociaux, connectés aux questions de sécurité sociale. Au moins, il serait recommandable que les parties soient prudentes pour choisir une loi qui garantisse les congés, ou, au cas où cette loi ne les prévoient pas, que la convention les prévoient en bénéfice de la mère porteuse, à compte des parents d'intention.

#### *β) Les congés de maternité en cas d'adoption*

**1058.** Les congés de maternité en cas d'adoption visent permettre aux mères de se dédier à fortifier les liens avec l'enfant, pendant les congés. Comme les congés ne se basent pas sur les questions médicales, ces congés sont souvent plus réduits. Pourtant, certains systèmes légaux uniformisent les congés de maternité à toutes les mères, indépendamment de la forme utilisé pour l'établissement de la filiation, comme mesure non-discriminatoire. Sous l'optique du DIP, une question importante serait le lieu de jouissance des congés et la loi qui lui est applicable, en considérant le caractère international de l'adoption. Si le lien de filiation s'établit à l'étranger, la loi locale du lieu de la célébration de l'adoption serait légitimée, parce que rattachée à l'adoption, comme une conséquence de cet acte. Même si certains États exigent que l'(les)adoptant(s) passent une période avec l'enfant dans cette juridiction, comme stratégie d'acclimatation entre eux à titre de « stage de convivence »; difficilement l'(les) autorités du for leur reconnaîtraient le droit aux congés, parce qu'ils se basent sur un système de sécurité sociale, basé sur la cotisation des parties, qui n'ont pas d'habitude des liens avec ce for. Pour la jouissance des congés dans une juridiction étrangère différente de celle où l'adoption se fait, il faut observer la loi locale de l'État requis. Si les parents adoptifs vivent dans cette juridiction, ce même système légaux indiquerait la loi applicable.

**1059.** Il appartient à la loi applicable aux congés de maternité en cas d'adoption de régir la durée et les conditions des congés. Comme plusieurs États renforcent un modèle familial traditionnel en octroyant des congés plus longs à la mère qu'au père, dans le cas d'adoption ; il faut réfléchir sur son adaptation pour les couples de personnes du même sexe. Compte tenu l'isonomie entre les conjointes ou partenaires, sans qu'il existe un lien biologique qui justifie un traitement « privilégié », il conviendrait de garantir les congés dans des bases symétriquement égalitaires aux deux mères. Et cependant, la plupart des systèmes légaux ne le font pas. Encore dans une logique de modèle binaire des rapports de genre, même dans les systèmes légaux démocratiques, l'on garanti des congés plus longs et de bénéfices plus avantageux au parent qui serait plus chargé par les soins de l'enfant, en attribuant des congés plus limités au parent qui aurait un rôle secondaire dans les tâches domestiques et de soin de l'enfant, comme une reproduction, respectivement, des rôles maternel et paternel. Très souvent, l'indication du parent qui aurait la priorité pour la jouissance plus étendu des congés appartient aux parents, selon leur accord, si qu'une éventuel abdication de jouissance des congés, pour que l'autre parent les jouissent intégralement.

#### ***b) Les congés de paternité***

**1060.** Différemment des congés de maternité, les congés de paternité ne s'établissent pas pour des raisons médicales. A l'origine, les congés de paternité furent projetés par dépendance aux congés de maternité, et même au bout de libérer les pères de ses activités labourales pour soutenir les mère pendant sa période de jouissance des congés de maternité, à cause de leur surcharge pour les soins de l'enfant, pendant une période de convalescence. Même dans le cas des couples de deux hommes où il n'y a pas de mère convalescente en quête de soutien, les congés de paternité se montrent actuels. Les congés de paternité se font dans l'intérêt de l'enfant, une fois que l'objectif est de permettre l'acclimatation des pères avec l'enfant. Pour l'étude des congés de paternité, il faut analyser sa pertinence, en considérant la possibilité de filiation ayant recours aux techniques de reproduction assistée et de filiation par adoption.

##### *a) Les congés de paternité en cas d'AMP et de GPA*

**1061.** D'abord, pour analyser le droit aux congés de paternité chez les couples de personnes du même sexe, il faut distinguer le rôle du père comme simple collaborateur, dans le cas d'une AMP, et les rôles comme protagonistes des pères dans un projet de GPA pour un couple homosexuel. Malgré le lien biologique entre l'enfant et le donneur de sperme en cas d'AMP, il faut réaffirmer

l'impossibilité de reconnaître le droit aux congés de paternité au père biologique, en raison de l'inexistence d'un rapport de filiation entre eux. Dans l'hypothèse d'une GPA pour un couple d'hommes, il y aurait une autre situation. Évidemment, la raison pour justifier la concession du bénéfice aux deux pères serait le besoin d'acclimatation avec leur enfant. Le lien biologique entre l'enfant et le père biologique favoriserait la jouissance des congés de paternité, en raison de la filiation établie sur la base du rapport biologique. Pour le père sans lien biologique avec l'enfant, la jouissance des congés de paternité dépendrait directement de la reconnaissance de la filiation à l'égard du deuxième père. Dans les systèmes légaux où le deuxième père a son statut comme père reconnu automatiquement en raison du lien du couple, les congés seraient usuellement octroyés. Si la reconnaissance automatique des deux pères se fait distributivement sur la base d'un lien biologique et d'une présomption de paternité découlant du lien du couple, il faut s'interroger si les congés de paternité pour le deuxième père sont reconnus sur la même base que pour le père biologique, en termes de durée et montant du bénéfice. Au contraire, si l'on reconnaît des congés plus avantageux pour le père biologique, il serait convenable de s'interroger dans quelle mesure cette distinction s'avoisine du modèle traditionnel de filiation, une fois que le lien biologique est priorisé. Au cas où le deuxième père n'est reconnu qu'à travers une adoption, les congés seraient probablement réduits, une fois que la majorité d'États prévoient des congés de paternité plus courts et moins avantageux en cas d'adoption. Comme pour la concession des congés de maternité pour la deuxième mère dont la filiation est reconnue par adoption en cas d'AMP ; il faut s'interroger sur l'utilité de jouir des congés de paternité suite à l'adoption, pas à l'époque où l'enfant arrive au foyer familial, quand l'aide du conjoint ou partenaire sans lien biologique avec l'enfant serait plus utile pour partager les soins essentiels avec le bébé.

**1062.** Comme les congés de paternité pour les couples d'hommes ne s'appuient pas sur des questions médicales, sa jouissance devrait comporter des règles plus isonomiques à l'égard des deux pères. Cela permet aux pères de concilier entre eux le partage de la durée et des bénéfices des congés, sauf si la loi qui les régit établit des conditions spécifiques pour chacun des pères ou si la reconnaissance du lien à l'égard du deuxième père ne se fait automatiquement, mais par adoption. Dans ce cas, non seulement le régime légal des congés seraient différents, mais aussi l'époque de leur jouissance, compte tenu le décalage temporel entre la reconnaissance automatique à l'égard du père biologique et la reconnaissance par adoption à l'égard du père sans lien biologique. Dans un effort plus démocratique, certains systèmes légaux essaient d'intégrer les congés de paternité dans un champ neutre des congés de parentalité, en établissant des congés pour les parents, sans distinction de sexe, ni d'orientation sexuelle, dans le cas de couples de personnes du même sexe.

Une solution est l'établissement des congés de parentalité à travers une formule de durée et de montant de bénéfice à être indistinctement joui par le parent, dans le cadre d'un projet de famille monoparental, ou partagé par les conjoints ou partenaires, selon leur accord, dans le cas d'un couple. Ces formules s'adequent sur mesure aux besoins des parents, une fois qu'elles permettent que les deux parents accèdent aux congés simultanément pendant quelques jours, pour faire face aux périodes « plus critiques » des soins à l'égard de l'enfant.

**1063.** Pareillement à ce que l'on considère pour les couples de femmes aux cas d'AMP ; comme les congés de paternité sont rattachés au rapports de travail, la loi applicable serait celle qui régit le contrat de travail du père. Subsidiairement, faute de contrat de travail, mais en cas de jouissance de bénéfice sociale, la loi du lieu de concession du bénéfice social régit les congés de paternité. Dans le cas de refus à reconnaître le deuxième père, par interdiction de la GPA ou restriction à l'admettre seulement pour le père biologique ; le deuxième père serait censé avoir recours à l'adoption, si cela lui est accessible, ou à renoncer à son statut et par conséquent au droit des congés de paternité, si le refus à sa reconnaissance est total. Malgré la possibilité théorique de recours à l'autonomie de la volonté pour les conventions qui régissent la GPA, il serait peu recommandable que la *lex voluntatis* régisse le droit aux congés de paternité, parce qu'il s'agit des droits sociaux, connectés aux questions de sécurité sociale. Au moins, il serait recommandable que les parties soient prudentes pour choisir une loi qui garantisse les congés, ou, au cas où cette loi ne les prévoient pas, que la convention les prévoient en bénéfice des deux pères. Compte tenu l'inexistence de lien de filiation entre le père donneur et l'enfant dans le cas d'une AMP, il est usuel que cela soit affirmé dans la convention d'AMP ou dans un accord de volonté entre le donneur de sperme et une banque de sperme, en bloquant ainsi toute prétention aux droits familiaux entre le donneur de sperme et l'enfant.

#### *β) Les congés de paternité en cas d'adoption*

**1064.** Comme toute concession des congés de parentalité en cas d'adoption, les congés de paternité pour le couple de pères adoptifs servent à développer les liens entre les pères et l'enfant, pendant les congés. Même si les congés de paternité sont souvent plus réduits que ceux reconnus en cas de filiation traditionnelle, beaucoup d'États essaient de les démocratiser, en réduisant les distinctions entre les congés octroyés aux mères et aux pères, si que les distinctions de régime légal fondées sur le critère d'établissement de la filiation. Ces mesures, fondées sur des cultures plus ouvertes et des politiques publiques plus inclusives, visent non seulement la réduction des

discriminations de genre, mais motiver aux pères une participation plus active dans le développement de leurs enfants. En DIP, la question clé des congés de paternité découlant d'une adoption internationale serait la détermination du lieu de jouissance des congés et de la loi qui leur est applicable. D'une part, la jouissance des congés de paternité dans la juridiction étrangère où l'adoption se fait, sous la loi applicable selon ses critères de rattachement, serait basée sur le lieu de célébration de l'adoption. D'autre part, pour la jouissance des congés de paternité dans l'État requis – probablement celui de domicile ou de résidence habituelle du couple –, où est établi le foyer familial ; il faudrait observer le DIP de cet État requis. Il indiquerait probablement la *lex fori*, comme loi applicable qui régit les bénéfices laboraux et de sécurité sociale du lieu où se trouve le foyer familial ; pour vérifier comment la loi locale régirait les congés de paternité, sous la logique des effets de l'adoption, reconnu *de facto* ou par une procédure spécifique pour sa reconnaissance.

**1065.** Comme pour la jouissance des congés de maternité en cas d'adoption par les couples de femmes, les congés de paternité découlant d'une adoption par les couples d'hommes suscitent des réflexions sur la jouissance et partage des congés de paternité entre les deux pères. En partant de l'inexistence d'un lien biologique qui impose un traitement « privilégié » à un père, il faudrait garantir des congés égaux aux deux pères, ou permettant aux deux pères de gérer la jouissance des congés, selon leur accord. Même avec une critique au modèle binaire des rapports de genre, l'on identifie souvent une distribution des rôles dans les couples, qui s'avoisinent du modèle binaire, pour garantir des congés plus longs et de bénéfices plus avantageux au père qui serait plus chargé par les soins de l'enfant, en attribuant des congés plus limités au père qui aurait un rôle secondaire dans les tâches domestiques et de soin de l'enfant ; comme une reproduction stéréotypée, respectivement, des rôles maternel et paternel. Encore une fois, l'accord des deux pères serait très important pour l'indication du père qui aurait la priorité pour la jouissance plus étendue des congés aux parents ou une éventuelle abdication de jouissance des congés par l'un des pères en faveur de l'autre père, pour qu'il les jouisse intégralement.

## 2. Les bénéfices fiscaux et d'aide sociale

**1066.** En reconnaissant les efforts des parents pour élever leurs enfants, l'État essaie de soulager leurs charges, en leur octroyant des bénéfices fiscaux et d'aide sociale. Cela permet aux parents d'organiser la gestion de leurs projets de parentalité à court et à long terme. En outre, ces mesures

visent stimuler la natalité dans certains pays, où les taux de natalité sont en baisse depuis longtemps, comme dans plusieurs États européens. Même si les formes de filiation ouvertes pour les couples de personnes du même sexe n'opèrent pas directement une hausse des taux de natalité, le but est de contribuer pour augmenter la population nationale de ces pays, avec des rapports de filiation reconnus aux ressortissants nationaux, même s'il ne s'agit pas d'enfants nés dans ces États ni biologiquement des parents nationaux de ces États. Pour comprendre l'application de ces bénéfices, il faut distinguer les bénéfices fiscaux des bénéfices d'aide sociale.

#### **a) Les bénéfices fiscaux**

**1067.** Plusieurs juridictions prévoient des bénéfices fiscaux pour la protection de la vie familiale. Pas seulement des bénéfices à l'égard des familles nombreuses, mais aussi aux parents et à ceux qui ont à leur charge des enfants. L'objectif est stimuler la natalité, mais aussi récompenser ceux qui font des efforts et des dépenses pour élever des enfants. Les compensations prennent la forme de primes ou bonus sur les salaires, calculés sur la base du nombre d'enfants et de leurs âges. Ce bénéfice assume plus souvent la forme des réductions des taux sur certains impôts, surtout sur l'impôt sur le revenu. Compte tenu l'insertion de la fiscalité dans le domaine du droit public, à cause de l'intérêt direct du fisc sur la perception des impôts ou leur abdication, tous ces bénéfices fiscaux obéissent à la *lex fori*, une fois que le droit fiscal a une vocation territorial. En DIP, une question intéressante serait une éventuelle discussion sur la double taxation. Au cas où le contribuant déclare et/ou paie d'impôts dans une autre juridiction, en raison de la perception des revenus (des loyers des immeubles) ou de la propriété des biens sur le territoire de cet autre État, ce fait fiscal n'a aucun rapport avec le bénéfice fiscal donné par le fisc de l'État de résidence habituelle ou domicile fiscal, qui corresponde au centre de vie de l'individu. Raison pour laquelle il nous paraît pas pertinent de parler des reflets de double taxation dans l'espèce.

#### **b) Les programmes d'aide sociale**

**1068.** Plusieurs juridictions prévoient des bénéfices rattachés aux programmes d'aide sociale, par exemple, en matière de sécurité sociale, santé, habitation, assurance-maladie, éducation, etc. L'objectif est certainement améliorer la qualité de vie des individus, à travers ces politiques publiques. Comme les bénéfices fiscaux, ces bénéfices connectés aux programmes d'aide sociale visent la protection de la vie familiale, en ciblant sur des familles nombreuses, des personnes vulnérables et ceux qui ont des enfants – qui sont à leur tour présumés comme vulnérables. Ces

bénéfices assument des formes divers, comme des réductions ou exemptions de certains impôts et taux, mais aussi des bourses et de financements avantageux, pour certains projets, comme des financements immobiliers ou l'immatriculation d'un conjoint ou partenaire ou des enfants comme dépendants dans des caisses de dépôts ou d'assurance-maladie. Comme ces bénéfices sont des mesures d'implémentation de politiques d'État, ils relèvent du droit public, et se rattachent à la *lex fori*, en tant que loi applicable. Très souvent les lois ou réglementations de ces politiques, liées à la juridiction de concession du bénéfice ou de l'entité que les gère, prévoient les conditions et implicitement la loi applicable à régir ces rapports.

**1069.** Au cas des couples de personnes du même sexe et leurs enfants, il est important d'analyser leur accès à ces bénéfices. Surtout dans les hypothèses de reconnaissance partielle comme couples, sans l'accès au mariage ou à travers des reconnaissance généralisée à travers des décisions judiciaires sans réforme des lois spécifiques sur ces programmes d'aide sociale. Dans ce cas, la réponse se fait par l'herméneutique, à travers une interprétation éclairée et inclusive de ces décisions, en projetant les effets de ces décisions à ces programmes d'aide sociale. Un point important est évaluer l'accès des famille homoparentales à ces programmes, de manière à éviter toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle du couple. En outre, compte tenu l'historique de discrimination à l'égard des couples de personnes du même sexe et aux familles homoparentales, qui subsistent même avec leur reconnaissance et des mesures pour les protéger ; il est intéressant de réfléchir sur des mesures affirmatives qui pourraient être prises à leur égard, comme il a déjà été fait pour d'autres groupes vulnérables. Certains systèmes légaux prévoient déjà des financements, des bourses d'études, des quotas pour des élèves issus des foyers homoparentales, si que des mesures pas financières, comme des actions ponctuelles, telles que les campagnes d'accueil aux élèves issus des couples homosexuels dans les écoles, des programmes de santé dirigés aux familles homoparentales, avec un focus sur la santé mentale des enfants de ces couples, etc. Comme d'habitude, des mesures affirmatives ont une porté symbolique de réparation par la discrimination historiquement subie par les personnes LGBTI et servirait à équaliser ces familles par rapport aux familles traditionnelles.



## §2. Les effets spécifiquement rattachés à la nationalité et au droit de séjour de l'enfant par rapport aux parents

**1070.** Comme la vie en famille consiste en une vie commune, il est naturel que la reconnaissance du lien familial des couples de personnes du même sexe suscite l'expectatif qu'on garantisse que le couple ne risque pas des obstacles à vivre ensemble avec ses enfants, en raison de la discrimination basée sur la nationalité des enfants. L'on espère que les enfants adoptés ou avec un lien biologique avec un/des parent(s) aient la possibilité d'acquérir la nationalité de son/ses parents, ou si cela n'est pas possible ou disponible qu'après des longs délais, la possibilité d'obtenir le droit de séjour pour vivre chez ses parents, à fin d'encourager l'intégration familiale. L'on vérifie le conflit entre la souveraineté des États qui détiennent le monopole pour administrer le séjour des étrangers sur son territoire et la concession de sa propre nationalité face aux besoins de accueillir des familles mixtes et faciliter leur intégration.

### A. Le droit à l'acquisition de la nationalité

**1071.** Différemment de ce qui se passe pour un conjoint ou partenaire étranger, pour lequel l'acquisition de la nationalité de l'État de son conjoint ou partenaire est précédé d'une période de vit ensemble sur le respectif territoire, à travers l'obtention du droit de séjour ; l'acquisition de la nationalité de l'État de l'un des parents peut se faire automatiquement ou sous conditions plus souples, selon la loi concessive. D'habitude, les lois sont plus généreuses envers les enfants que pour les conjoints ou partenaires, en matière de nationalité et droit de séjour, en raison du principe du meilleur intérêt de l'enfant. Il faut examiner cependant jusqu'à quel point l'idée de non discrimination des enfants résiste, quand les enfants en question sont issus des foyers des couples de personnes du même sexe.

#### *a) La concession*

**1072.** L'acquisition de la nationalité facilitée par l'existence d'un lien familial tel qu'un rapport de filiation est probablement la plus traditionnelle et ancienne forme d'acquisition de la nationalité. Il

convient cependant d'examiner comment la nationalité est transmise aux enfants des couples de personnes du même sexe . Pour la filiation décourante de l'adoption, certains États octroient la nationalité du parent national à l'enfant de manière automatique, en raison de l'enregistrement civil. Dans ce cas, il faut observer à partir de quel moment les effets du rapport de nationalité s'opèrent, si à partir du moment de l'adoption, de la date d'enregistrement de l'adoption sur le livret familial ou de la reconnaissance de l'adoption, au cas d'adoption faite à l'étranger. Certains États n'offrent pas automatiquement la concession de sa nationalité aux enfants adoptés par un national, parce qu'ils réservent la nationalité via *ius sanguinis* à la filiation biologique. Dans ce cas, il est usuel que l'imminente acquisition la nationalité soit conditionné à certaines conditions, mais facilité en raison du lien de filiation, à travers des délais plus brefs que ceux normalement exigés pour une procédure de naturalisation d'étranger . Malgré les restrictions pour la concession de la nationalité, le droit de séjour est souvent facilité, à fin d'éviter la séparation entre l'enfant et les parents, de manière à protéger l'intérêt de l'enfant . Une question importante est évaluer si les restrictions pour l'acquisition de la nationalité de l'un des parents par l'enfant adopté par un couple de personnes du même sexe sont les mêmes imposées aux enfants adoptés par un couple de sexe différent .

**1073.** Pour la filiation décourante de la AMP, la concession de la nationalité devrait s'opérer de manière automatique quand la nationalité en question est légué par la mère biologique, puisque il s'agit d'une filiation biologique et la nationalité produit ses effets à compter de la naissance de l'enfant comme opérée pour la filiation biologique traditionnelle. En revanche, si la nationalité envisagée est celle de la deuxième mère, reconnue comme telle en raison du lien de mariage ou de partenariat, la question est plus complexe et dépendra de la législation de cet État. Dans ce cas, il faut observer à partir de quel moment les effets du rapport de nationalité s'opèrent, si à partir du moment de la naissance de l'enfant ou si à partir de la date de l'enregistrement de l'enfant sur le livret familial . Il nous paraît plus convenable que la reconnaissance soit faite à partir du moment de la naissance, parce qu'il y a un lien biologique à travers la AMP, même si le lien avec la deuxième mère est indirect et dépendant du lien du couple (mariage ou partenariat). D'ailleurs, le rapport entre l'enfant et la deuxième mère pourrait bénéficier de la présomption de parentalité, en cas de mariage .

**1074.** Pour les cas de filiation décourante de la GPA, la concession de la nationalité dépendra de la législation de l'État dont la nationalité s'espère reconnaître . Si le père ou mère dont la nationalité l'on veut reconnaître est un parent biologique, à travers le don de matériel génétique, il nous paraît plus facile que l'État soit enclin à la concession de la nationalité, basé sur un lien biologique, que si le parent son national soit seulement le deuxième père ou la deuxième mère. En tout cas, une fois

que l'État dont la nationalité s'espère obtenir reconnaît le lien de filiation, il n'y aurait d'obstacle pour la conséquente concession de la nationalité à l'enfant. Une question intéressante est d'observer à partir de quel moment les effets du rapport de nationalité s'opèrent, si à partir du moment de la naissance de l'enfant ou si à partir de la date de l'enregistrement de l'enfant sur le livret familial . Il nous paraît plus convenable que la reconnaissance soit faite à partir du moment de la naissance, parce qu'il y a un lien biologique à travers la GPA . Si la nationalité envisagée est celle du père ou mère biologique, la concession de la nationalité serait même basée sur un lien biologique. Au cas où la nationalité en question est celle du deuxième père ou de la deuxième mère, avec qui l'enfant aura un lien de filiation légal mais non biologique, comme pour la AMP, le lien avec le deuxième père ou la deuxième mère est indirect et dépendant du lien du couple (mariage ou partenariat). D'ailleurs, aussi semblablement à ce qu'il se passe pour la AMP, le rapport entre l'enfant et le deuxième père ou la deuxième mère pourrait bénéficier de la présomption de parentalité, en cas de mariage .

**1075.** Comme l'on a déjà observé, la concession de la nationalité est faite selon les critères discrétionnaires de souveraineté de l'État. La loi applicable à la concession de la nationalité fondée sur le lien familial n'est que la loi de l'État requis. Cette loi détermine les conditions pour l'obtention de la nationalité, comme les documents à fournir et surtout les délais nécessaires. En effet, l'État n'accorde la concession de la nationalité à un enfant que s'il reconnaît le lien de filiation de l'enfant issu d'un couple de personnes du même sexe . Il peut que la reconnaissance de l'enfant soit faite de manière unilatérale à l'un des conjoints ou partenaires de même sexe, comme dans un cas récent de GPA faite aux États-Unis, ou la Cour Suprême de Singapour n'a reconnu la filiation, à travers l'adoption, pour le père biologiques. Dans ce cas, la concession de la nationalité n'est possible qu'en faveur de la nationalité du parent reconnu.

**1076.** En droit conventionnel, la Convention de La Haye concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité du 1930<sup>593</sup> consacrait la tendance de changement de nationalité en raison d'adoption, mais la conditionnait à la loi de l'État concédant la nationalité. La Convention européenne sur la nationalité du 1997 à son tour est plus ouverte et facilite l'acquisition de plein droit (article 6, § 1, alinéa a) ou à travers la naturalisation (article 6, §4, alinéas b, c, d) de la nationalité des enfants nés des parents nationaux .

---

593 Voir les articles 12-16, sur la nationalité des enfants, et spécifiquement l'article 17, sur la nationalité des enfants adoptés, de la Convention. Pour le texte de la Convention, voir le Recueil des Traités de la Société des Nations, vol. 179. p. 89. Disponible sur <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20179/v179.pdf>

Ratifications [https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=516&chapter=30&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=516&chapter=30&clang=_fr)

**1077.** Il est intéressant de considérer que la concession de la nationalité des enfants issus des couples de personnes du même sexe, comme tous enfants, jouissent de la protection de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 1989, dont l'Article 2 prévoit le meilleur intérêt de l'enfant, et l'Article 7, 1, le droit de l'enfant à la nationalité, à fin de lui éviter la condition d'apatride . La nationalité garantit aux enfants la protection de leur État de nationalité et permet l'accès aux services de santé et sécurité sociale, si que l'accès aux droits basiques comme la santé et l'éducation. L'influence du mode d'établissement de la filiation pèse pour la concession de la nationalité. La filiation adoptive dépende de la loi nationale sur la nationalité, concession automatique ou facilité, mais comme naturalisation, pas nationalité originaire. l'AMP, dépende du mode de reconnaissance pour la deuxième mère, si automatique, nationalité originaire, si à travers l'adoption, dépende de la loi nationale sur l'acquisition à travers l'adoption : concession automatique, si prévision légale, ou facilité, mais comme naturalisation, pas nationalité originaire. La GPA, dépende du mode de reconnaissance pour le deuxième parent, si automatique, nationalité originaire, si à travers l'adoption, dépende de la loi nationale sur l'acquisition à travers l'adoption : concession automatique, si prévision légale, ou facilité, mais comme naturalisation, pas nationalité originaire.

### ***b) La circulation***

**1078.** Une fois acquise la nationalité, l'individu acquiert un statut de protection et de rattachement avec l'État, qui ne dépend plus du lien familial qui a favorisé cette acquisition. Ainsi, il n'y aura en thèse pas d'obstacles à la circulation du statut de national d'un certain pays, en raison du lien avec un parent qui forme un couple de personne du même sexe, sauf aux États qui ne reconnaissent pas les couples de personnes du même sexe. L'on s'interroge aux possibles difficultés de circulation d'une famille formée par un couple homosexuel, lors d'un voyage international à un État qui ne reconnaisse pas ces couples .Ils risqueraient une refuse d'accès et de circulation, même si en thèse les renseignements lancées dans un document de voyage, comme un passeport, ne concernent qu'à l'État qui a délivré le document.

## B. Le droit de séjour

**1079.** Le droit de séjour est essentiel aux enfants du couple, quand l'enfant malgré le lien de filiation, n'a pas la nationalité de l'État d'établissement de la vie familiale. La concession du droit de séjour suit des règles souvent strictes selon la politique immigratoire de l'État de concession et est normalement faite de manière discrétionnaire, selon l'intérêt public de l'État.

### *a) La concession*

**1080.** En raison de la souveraineté de l'État, qui est en échec en matière des droits des étrangers sur son territoire, la loi applicable à la concession du droit de séjour en raison du lien familial n'est que la loi de l'État requis. Cette loi détermine les conditions pour l'obtention du droit de séjour, comme les documents à fournir et surtout les délais nécessaires.

**1081.** Compte tenu la souveraineté de chaque État et les différents modèles familiaux adoptés pour la reconnaissance de l'organisation familiale des couples de personnes du même sexe et les conditions pour leur accès à la filiation, il y a des différences pour la concession du droit de séjour aux éventuels enfants étrangers d'un État à l'autre. En effet, la concession du droit de séjour aux enfants étrangers du couple dépend de la reconnaissance du lien de filiation entre les enfants et les parents, ce que corresponde aux modalités de filiation disponibles aux parents du même sexe dans le système légal du for et aux formes de filiation établies à l'étranger mais reconnues au for. La conservation du droit de séjour est un point important. Des États le donnent de forme temporaire, au moins jusqu'à la majorité. Le droit de séjour est souvent utilisé comme une étape préalable à l'acquisition de la nationalité, qui dépend souvent de la capacité civile – nécessaire pour la manifestation de la volonté – pour acquérir ladite nationalité. Rarement le droit de séjour n'est supprimé, à cause de la mort de l'un des parents ou des deux parents.

**1082.** La concession du droit de séjour à l'enfant étranger ouvre les portes à son intégration dans l'État qui l'accueille. Il permet l'accès aux services de sécurité sociale, d'éducation et de santé. A partir du droit de séjour, d'autres documents importants seront délivrés à l'enfant étranger, comme un passeport pour étranger, l'inscription aux services de santé et de sécurité sociale, dans des conditions spécifiques.

## ***b) La circulation***

**1083.** Une fois garanti le droit de séjour aux enfants du couple, il est sûr qu'ils jouiront de la sécurité du séjour dans l'État qui l'accueille, mais pas forcément dans d'autres États qui seraient obligés à le recevoir en raison des traités de coopération internationale.

## **Conclusion de la Section 2**

**1084.** Les effets personnels établis en raison de la filiation suivent un régime légal proche du statut personnel en DIP, en raison des questions traitées, comme le nom et les empêchements. Pourtant, les questions du droit de séjour et de la nationalité de l'enfant étranger ou apatride, qui ne possède pas la nationalité de l'un des parents seront soumises à la loi de l'État qui octroie ces concessions, en raison de leur caractère administratif.

**1085.** En raison des familles binationales, il ne serait pas rare la circonstance de demandes administratives pour garantir le droit de séjour et/ou la nationalité aux enfants des parents du même sexe, notamment dans la mesure où certains critères de concession de la nationalité se basent encore sur le lien de filiation biologique traditionnel et pas tous enfants de ce type de couples répondraient à ces critères.

## **Conclusion du Chapitre deuxième**

**1086.** L'exercice de l'autorité parentale est la question la plus importante parmi les effets personnels découlant de la filiation, parce que cela traverse presque tous les aspects de la vie

quotidienne de l'enfant et aussi certains effets personnels. Il est très positif que cette question aujourd'hui soit prévue dans le droit conventionnel, avec efficaces règles de coopération internationale.

**1087.** Les divers effets personnels examinés confirment l'importance de stimuler l'autonomie de l'enfant, qui se fait accompagner aussi par des règles de DIP qui sont centrées sur la personne de l'enfant en majorité, malgré la nécessaire dépendance de l'enfant à l'égard de leurs parents en raison de sa vulnérabilité.

## **CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME**

**1088.** Les contours des rapports des parents du même sexe n'ont pas une importance significative sur les effets de la filiation à l'égard des enfants, une fois qu'ils sont reconnus. Pourtant, la modalité de filiation joue un rôle sur la jouissance de certains effets, comme le droit de séjour et la nationalité pour l'enfant du couple.

**1089.** Différemment de ce qui se passe pour les rapports entre les conjoints ou partenaires, les rapports entre les enfants et leurs parents sont moins égalitaires. En fait, la charge des effets patrimoniaux pèse sur les parents d'habitude pour assurer le bien être des enfants. Même pour les effets personnels, la balance est défavorable, en raison des charges attribuées aux parents par l'exercice de l'autorité parentale.

## Conclusion de la Seconde partie

**1090.** L'accès à la filiation est l'un des majeurs défis pour les couples homosexuels. Si l'adoption est assez répandue en droit comparé pour ces couples, il manque encore d'efforts et de la tolérance pour que la GPA et l'AMP soient plus démocratisées pour les couples de personnes du même sexe, dans des conditions pareilles à ce que l'on fait pour les couples hétérosexuels.

**1091.** Comme un effet en cascade les divers effets patrimoniaux et personnels qui découlent du rapport de filiation dépendent de la reconnaissance du rapport de filiation lui-même. Comme d'autres obstacles pour la vie des couples de personnes du même sexe, le refus fondé sur un statut discriminatoire par rapport aux couples hétérosexuels, aura des effets pour la jouissance de droits non seulement pour les conjoints ou partenaires eux-mêmes, mais ces restrictions rayonnent leurs enfants aussi.



## Conclusions Générales

**1092.** La reconnaissance des couples de personnes du même sexe à partir de la fin des années 1980s fut une tournante juridique, qui a permis aux couples homosexuels, et dans un sens plus inclusif et optimiste, aux personnes LGBTI, de revendiquer un statut plus égalitaire par rapport aux personnes hétérosexuels et aux couples de personnes de sexe différent. Malgré les grands avancements réussis pour promouvoir les droits de l'Homme à ces citoyens, l'on est loin de leur offrir un statut à cent pour cent égalitaire sur le terrain. Il y a un abîme légal dans plusieurs États qui discriminent encore ces citoyens non-hétérosexuels et les couples de personnes du même sexe, mais aussi un écart entre les États les plus avancés en matière de reconnaissance des couples de personnes du même sexe et les États qui la promeuvent d'une manière plus timide. L'on vérifie un décalage juridique d'un État à l'autre, même parmi les États qui reconnaissent les couples homosexuels, à cause des divergences entre les différentes catégories érigées en droit comparé, pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe. En plus, l'on constate aussi un écart en matière de droits offerts aux couples hétérosexuels et aux couples homosexuels, dans une même État qui ouvre la même catégorie à tous les couples.

**1093.** Malgré l'épanouissement du mouvement de reconnaissance des couples de personnes du même sexe, qui départ des pays scandinaves pour gagner les cinq continents en trois décennies ; au niveau statistique, ce mouvement n'atteint qu'une partie minorité des États et de la population LGBTI au monde. Ce mouvement est certes dynamique, soumis aux pressions, reculs et boycotts des groupes conservateurs, qui semblent s'agrandir et se renforcer à la même vitesse que les droits de la diversité sexuelle gagne de l'espace. Malgré les forces contraires, ce mouvement ne semble pas s'affaiblir, et l'on continue à prendre connaissance des États qui viennent d'ouvrir la reconnaissance des couples de personnes du même sexe par le partenariat enregistré ou qui donnent un pas en avance avec l'ouverture du mariage pour ces couples qui avaient déjà l'accès au partenariat. L'épanouissement de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe au monde est un procès qui ne s'arrêtera pas, même s'il y a de la possibilité de reculs dans certains États qui l'ont déjà reconnus.

**1094.** Si l'on serait naïf de croire à une évolution du droit comparé jusqu'à que tous les États reconnaissent les couples de personnes du même sexe, en raison des particularités de chaque État et de son système légal ; l'on pense cependant que trois conséquences générales résulteront au moyen terme de ce mouvement encore en cours de mise en œuvre pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe : 1) la continuité de la propagation des réformes légales dans plusieurs États permettra augmenter le nombre restreint d'États reconnaissant les couples de personnes du même sexe, non seulement par l'adoption des lois ouvrant une sorte de catégorie hors-mariage, mais notamment par l'expansion du mariage, comme une catégorie idéale à être aboutie, par l'avancement des droits dans les États qui n'adoptent que le partenariat ; 2) l'expansion de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe – par l'expansion aux États qui ne reconnaissaient pas ces couples avant et par le perfectionnement des lois déjà existantes, vers l'ouverture du mariage où il n'était pas encore disponible – résulte dans l'amélioration de la circulation du statut des couples de personnes du même sexe. Et les systèmes régionaux des DDHH et les blocs d'intégration régionale jouent un rôle positif dans ce sens ; 3) Même s'il n'y a aucun pronostic d'ouverture pour la reconnaissance des couples de personnes du même sexe dans certains États, la vague de reconnaissance des couples homosexuels et toutes les mesures de promotion au niveau des politiques publiques pour la protection des personnes LGBTI à l'international – y inclus la contribution de l'ONU, ses organes tels que l'assemblée générale et le conseil des nations unies pour les droits de l'Homme –, contribuent pour la promotion des droits des personnes LGBTI dans plusieurs États et pour la diminution de la discrimination à l'égard des personnes LGBTI, puisque 70 États au monde criminalisent encore les rapports sexuels consensuels entre personnes majeures.

**1095.** En ce qui concerne le thème spécifique de cette thèse, l'on envisage beaucoup de progrès dans le domaine de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe, même s'il y a encore beaucoup de barrières à franchir. Sans se rendre à une approche trop optimiste, il faut admettre qu'il prend du temps à changer un statut discriminatoire érigé et promu pendant des siècles, que les changements ne se font pas d'un jour à l'autre. Le résultat est plutôt positif, en considérant l'expansion de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe les dernières trois décennies. Et cependant, les couples homosexuels doivent faire face à des obstacles, même dans une « zone géographique gay-friendly » où ils ont leur reconnaissance assurée, en raison de la diversité de traitement des couples de personnes du même sexe d'un système légal à l'autre. Non seulement à cause de l'hostilité de certains États à l'égard de ces couples, mais parce qu'il y a une variété des modèles existants pour leur reconnaissance ; il peut que l'on s'en doute de l'existence du lien unissant le couple ou que l'on a du mal à trouver sa (re)qualification exacte.

**1096.** Du côté de la matière brut du droit, l'on constate que le mariage est le modèle de référence pour toutes catégories de reconnaissance des couples de personnes du même sexe, soient à travers un mouvement divergent pour les formes de cohabitation hors-mariage comme le partenariat enregistré et le partenariat informel, ou spécifiquement pour le concubinage ou l'union libre chez certains systèmes légaux, ou encore pour le partenariat domestique du *Common Law* ; soient par voie d'un mouvement convergent avec l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Si le recours au mariage s'explique parce qu'il est le modèle consacré pendant des siècles comme la catégorie standard pour l'organisation de la vie familiale ; il est perceptible que, malgré l'existence d'autres catégories, il se confirme comme la catégorie la plus valorisée aux horizons de l'organisation de la vie familiale. L'existence d'une hiérarchie parmi les différentes catégories pour l'organisation de la vie familiale se démontre par le décalage au niveau de droits, privilèges octroyés par les différentes catégories offertes aux couples de personnes du même sexe. Face à l'existence de restrictions à l'égard des conjoints du même sexe, à partir de l'ouverture du mariage égalitaire à tous couples dans plusieurs juridictions, l'on croit que le « mariage pour tous » constitue un « mariage bis » dans certains États, si comparable au mariage traditionnel. Pourtant, le mariage reste le modèle d'organisation matrimoniale le plus valorisé, d'un point de vue juridique et de légitimation sociale, comme un objectif à réussir ; puisque l'on vérifie les efforts d'ouverture du mariage aux juridictions qui n'offrent le partenariat aux couples homosexuels.

**1097.** Dans leurs parcours juridiques, les couples de personnes du même sexe sont exposés aux mêmes vicissitudes que d'autres couples mortes, mais parfois endurcies par des difficultés en raison de la discrimination. La discrimination qui se traduit parfois par le droit à la visibilité, quand les conjoints ou partenaires homosexuels ont des difficultés sur le terrain à accéder, voir reconnus, jouir et garantir le respect, même après la mort de l'un des conjoints, aux droits qui leur seraient assurés en raison de leur statut. Comme les systèmes juridiques divergent en matière de reconnaissance des couples de personnes du même sexe et des droits qui leur sont accordés, la circulation de leur statut familial est parfois refusée ou soumise à restrictions. Dans ce sens, l'ordre public est le pire ennemi des couples de personnes du même sexe, puisque elle utilisée confortablement – en raison de sa versatilité à s'adapter dans le temps et l'espace – par plusieurs États, pour motiver leur refus à reconnaître ces couples.

**1098.** La reconnaissance ou le refus à reconnaître le statut des couples de personnes du même sexe a une répercussion en cascade, parce que la reconnaissance de tous les effets patrimoniaux et personnels au niveau horizontal entre les conjoints et partenaires dépend de la reconnaissance du mariage ou partenariat lui-même. Le point de départ est la reconnaissance des couples de personnes

du même sexe par l'État ou sa tolérance envers ces couples. En outre, la reconnaissance du lien est une question préalable pour la dissolution inter vivos ou à cause de mort.

**1099.** Comme un lien de mariage ou de partenariat produit des effets qui touchent parfois seulement l'un des conjoints ou partenaires, il est important de reconnaître les conséquences du statut familial sur le droit de séjour des étrangers et la possibilité d'acquisition d'une nationalité, fondée sur un lien conjugal ou partenarial. Ainsi, les liens unissant les couples de personnes du même sexe ont des conséquences pour la condition individuelle des conjoints ou partenaires et pour la circulation du couple. En plus, une fois acquise la nationalité d'un certain État, l'individu acquiert un statut de protection et de rattachement avec l'État, qui ne dépend plus du lien familial qui a favorisé cette acquisition.

**1100.** Comme au niveau horizontal, la reconnaissance de tous les effets patrimoniaux et personnels au niveau vertical entre les conjoints ou partenaires et ses enfants dépend de la reconnaissance du lien de filiation. La filiation des enfants des couples de personnes du même sexe dépend, à son tour, de la reconnaissance du lien de mariage ou partenariat lui-même, pour la reconnaissance des deux conjoints ou partenaires comme parents. L'on revient sur le point de départ de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe par l'État ou sa tolérance envers ces couples. Encore comme des situations en chaîne, la reconnaissance de la filiation est une question préalable en effet de cascade, pour tous les effets patrimoniaux et personnels rattachés aux enfants du couple.

**1101.** Parmi la mosaïque d'effets patrimoniaux et personnels relatifs à la vie en couple de personnes du même sexe, l'on aperçoit qu'il y a une résistance plus forte de certains États à reconnaître certains effets comme le statut de conjoint lui-même, avec l'ouverture du mariage ; les droits successoraux, qui touchent des droits patrimoniaux en possible concurrence avec d'autres membres de la famille du *de cuius* ; si que l'accès à la filiation, notamment l'accès à l'AMP et à la GPA. Ces effets trouvent possiblement une opposition plus exacerbée, parce qu'ils touchent des valeurs strictement rattachés à la famille traditionnelle, comme le maintien du mariage comme le lien légitime unissant un homme et une femme, la sauvegarde du patrimoine familial, à travers sa transmission par succession, et la protection de la « fonction procréative » du mariage traditionnel, à travers la filiation biologique traditionnelle.

**1102.** D'un côté, la reconnaissance des couples de personnes du même sexe en DIP met en cause la méthode classique conflictuelle de la discipline, avec la richesse de ses principes et solutions créatives de la jurisprudence et confirme l'actualité et l'importance de la science du Droit International Privé. D'autre côté, la circulation des couples homosexuels à l'internationale remet à

l'enjeu entre la tolérance au nom des droits de l'Homme et du combat à la discrimination versus l'ordre public, qui sert à la fois à protéger l'ordre juridique menacé et à justifier des injustices à l'égard des couples homosexuels. Même quand il est légalement possible, vivre ses passions librement reste encore intimidateur dans certains États, en raison de la discrimination sociale. Il faudra changer plus que les lois, mais combattre la répulsion sociale à l'égard de l'homosexualité, pour franchir les barrières de la reconnaissance pour les couples de personnes du même sexe. La reconnaissance au plan juridique est certainement un avancement, mais il faut aussi promouvoir des mesures de politiques publiques pour rendre effectifs plusieurs droits déjà rassurés au niveau légal. Si le mouvement de reconnaissance des couples de personnes du même sexe à l'internationale est une victoire des dernières décennies, il faut encore des efforts pour maintenir ce procès inachevé en marche. Il est surtout nécessaire de rassurer les conquêtes déjà acquises par le combat à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre, et aussi contre les discriminations multiples à l'égard d'un individu, comme homosexuel, transgenre, étranger, appartient à une certaine race, ethnie, religion ou classe sociale.

# Bibliographie

## 1. Ouvrages

- ALMEIDA, Luís Duarte de. CORTE-REAL, Carlos. MOREIRA, Isabel. *O casamento entre pessoas do mesmo sexo: três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577. e 1628.e), do Código Civil*. Coimbra, Almedina, 2008.
- ANCEL, Bertrand. LEQUETTE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 5 ed. Paris, Dalloz, 2006.
- ANDENAES, Mads; WINTEMUTE, Robert (ed.). *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law*. Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001.
- AUDIT, Bernard. D'AVOUT. Louis. *Droit International privé*. 6 ed. Paris, Economica, 2010.
- BAARSMA, Nymke Anna. *The Europeanisation of international family law*. La Haye/Berlin, T M C Asser Springer distr., 2011.
- BADGETT, Mary V. Lee, *When gay people get married : what happens when societies legalize same-sex marriage*. New York, New York University Press, 2009.
- BAHUREL Charles. *Les volontés des morts : vouloir pour le temps ou l'on ne sera plus* . Préf. Michel GRIMALDI . Bibliothèque de thèses . Paris, LGDJ, 2014 .
- BALL, Carlos A. *Same-sex marriage and children : a tale of history, social science and law*. Oxford/New York/Auckland, Oxford University Press, 2014.
- BAMFORTH, Nicholas. *Sexual orientation and rights*. Farnham Burlington Vt, Ashgate, 2014.
- BARKER, Nicola. *Not the marrying kind : a feminist critique of same-sex marriage*. New York, Palgrave Macmillan, 2013.
- BERKOWITZ, Eric, *Sex and punishment : four thousand years of judging desire*. Berkeley, Counterpoint, 2012.
- BIDAUD-GARON. Christine. FULCHIRON, Hugues. *Vers un statut européen de la famille*. Paris, Dalloz, 2014.

- BONINI-BARALDI, Matteo. *La famiglia de genere : matrimonio, omosessualità e Costituzione*. Milano, Mimesis, 2010.
- BOSWELL, John. *Same-sex unions in pre-modern Europe*. New York, Villard Books, 1994.
- BOSWELL, John. *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité : les homosexuels en Europe occidentale des débuts de l'ère chrétienne au XIVe siècle*. Trad. Alain Tachet. Coll. Bibliothèques des Histoires. Paris, Gallimard, 2002.
- BRACH-THIEL, Delphine. THIERRY, Jean-Baptiste. *Fórum shopping médical*. Nancy, PUN/Éditions Universitaires de Lorraine, 2015.
- BRIGGS, Laura. MARRE, Diana (ed.). *International adoption : global inequalities and the circulation of children*. New York, New York University Press, 2009.
- BRUNETTI-PONS, Clotilde (dir.). *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ? Assistance médicale à la procréation, gestation pour le compte d'autrui*. Paris, Mare & Martin, 2018.
- BURGESS, Peter et alii. *International trust and divorce litigation*. 2 ed. Bristol, Jordan Publishing, 2013.
- CABALLERO, Francis. *Droit du sexe*. Paris, LGDJ, 2010.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago. *El matrimonio homossexual en el derecho español y comparado*. Madrid, lustel/Portal Derecho, 2007.
- CHAMBERS, Clare. *Against marriage : an egalitarian defense of the marriage-free state*. Oxford, Oxford University Press, 2017.
- CHARTIER, Gary. *Public practice, private law : an essay on love, marriage and the state*. Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- COULANGES, Fustel de. *La cité antique : étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 12ed. Paris, Hachette, 1888.
- CRAWFORD, Elizabeth. *International private law : a Scots perspective*. Edinburgh, W Green, 2015.
- CRETNEY, Stephen Michael. *From 'odious crime' to 'gay marriage'*. Oxford/New York, Oxford University Press, 2006.
- DEN OTTER, Ronald Clifford. SHEFFIELD, Elisabeth. *Beyond same-sex marriage : perspectives on marital status possibilities*. Lanham, Lexington Books, 2016.
- DEVERS, Alain, *Le concubinage en Droit International privé*, Paris, LGDJ, 2004.
- DE WAAL, Maius Johannes. REID, Kenneth G. C.. ZIMMERMANN, Reinhard. *Intestate succession*. Oxford, Oxford University Press, 2015.
- EINHORN, Talia. *Private international law in Israel*. Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands, Kluwer Law International, 2009.

- FAWCETT, James J. NÍ SHÚILLEABHÁIN, Máire. SHAH, Saangeta. *Human rights and private international law*. Oxford, Oxford University Press, 2016.
- FERRAND, Frédérique. FULCHIRON, Hugues (dir.). *La rupture du mariage en droit comparé*. Coll. Droit Comparé et Européen. Vol. 19. Paris, Société de Législation Comparée, 2015.
- FONE, Byrne, *Homophobia : a history*. New York, Metropolitan Books, 2000.
- FULCHIRON, Hugues. MALAURIE, Philippe. *Droit de la famille*. 6 ed. Coll. Droit Civil. Paris, LGDJ, 2018.
- FULCHIRON, Hugues. PANET, Amélie. WAUTELET, Patrick (dir.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles, Bruylant, 2017.
- GALLUS, Nicole (dir.). *Droit des familles, genre et sexualité*. LGDJ? Limal? , Anthemis, 2012 .
- GARNIER, Éric. *L'homoparentalité em France : la bataille des nouvelles familles* . Paris, Éditions Thierry Marchaisse, 2012.
- GINEBRA MOLINS, María Esperança. LAUROBA LACASA, Elena. (dir.). TARABAL BOSCH, Jaume (coord.). *Régimes matrimoniaux de participation aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en europe*. Coll. droit comparé et européen. vol. 23. Paris, Société de législation comparée, 2016.
- GONZÁLEZ BEILFUS, Cristina. *Parejas de hecho y matrimonio del mismo sexo en la Unión Europea*. Madrid, M. Pons, 2004.
- GOODY, Jack. *L'évolution de la famille et du mariage en Europe* . Trad. Marthe Blinoff . Paris, Armand Colin Editeur, 2012 .
- INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ. *Aspects de Droit International privé des partenariats enregistrés en Europe*. Lausanne/Genève, Schulthess, 2004.
- JUBIN, Oriana. *Les effets de l'union libre : comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives*. Coll. Genèveoise. Genève/Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2017.
- KESSLER, *Les partenariats enregistrés en Droit International privé*, Paris, LGDJ, 2004.
- KOFFEMAN, Nelleke, *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU : the cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships*. Antwerp/Cambridge/Portland, Intersentia, 2015.
- KLARMAN, Michael J. *From the closet to the altar : courts, backlash, and the struggle for same-sex marriage*. Oxford/New York/Auckland : Oxford University Press, 2013.
- LE BRAS-CHOPARD, Armelle. *Le mariage pour tous*. Paris, Dalloz, 2017.
- LEE, Man Yee Karen, *Equality, dignity, and same-sex marriage : a rights disagreement in democratic societies*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.



- LUND-ARDENSEN, Ingrid. PETERSEN, Hanne. VILLAVERDE, José María Lorenzo. *Contemporary gender relations and changes in legal cultures*. Copenhagen, Djof publishing, 2013.
- MARCUS, Eric. *Making Gay History : the half-century fight for lesbian and gay equal rights*. New York, Harper, 2002.
- MERIN, Yuval. *Equality for same-sex couples : the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States*. Chicago, The University of Chicago Press, 2002.
- NADAUD, Stéphane. *Homoparentalité : une nouvelle chance pour la famille ?* Paris, Fayard, 2002.
- NÍ SHÚILLEABHÁIN, Máire. *Cross-border divorce law: Brussels II bis*. Oxford, Oxford University Press, 2010.
- OH, Arissa H. *To save the children of Korea : the Cold War origins of international adoption*. Stanford, Stanford University Press, 1995.
- PÅLSON, Lennart. *Marriage in comparative conflict of laws : substantive conditions*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1981.
- PERLASCA, Alberto. ZAMBON, Adolfo (dir.). *Codice di diritto canonico commentato*. 4 ed. Milano, Ancora Editrice, 2017.
- PIERRAT, Emmanuel. *Le sexe et la loi*. Paris, La Musardine, 2019.
- PHILIPS, Roderick. *A short story of divorce*. Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- PINELLO, Daniel R. *America's war on same-sex couples and their families : and how the courts rescued them*. Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- PORTELLI, Serge. RICHARD, Clélia. *Homoparentalité*. Paris, Dalloz, 2018.
- RICHARDS, David A. J. *The sodomy cases: Bowers v. Hardwick and Lawrence v. Texas*. Lawrence, University Press of Kansas, 2009.
- ROUDINESCO, Elisabeth. *La famille en désordre*. Paris, Librairie Arthème Fayard, 2002.
- SCHERF, Yvonne. *Registered partnership in the Netherlands : a quick scan*. Amsterdam, Ministère Néerlandais de Justice (Centre de Documentation et de Recherche Scientifique), 1999.
- SORGJERD, Caroline. *Reconstructing marriage: the legal status of relationships in a changing society*. Antwerp/Cambridge/Portland : Intersentia, 2012.
- SPERTI, Angioletta. *Constitutional courts, gay rights and sexual orientation*. Oxford, Hart Publishing, 2017.
- STEWART, James. *Family law : a global guide from practical law*. London, Thomson Reuters, 2015.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales : propuestas para regulación en España*. Madrid, Dykinson, 1999.

- THÉRY, Irène. *Mariage et filiation pour tous : une métamorphose inachevée*. Paris, Seuil, 2016.
- TINCANI, Persio. *Le nozze di Sodoma : la morale e il diritto del matrimonio omosessuale*. Milano, Ornitorinco, 2009.
- VAN CAILLIE, Olivia, *La protection du partenaire survivant dans le cadre des lois européennes sur la cohabitation non-maritale : étude de droit comparé et de droit internationale privé*. Bâle/Genève/Zurich, Schulthess Médias Juridiques SA, 2005.
- VERDON, Jean. *Le plaisir au moyen âge*. coll. Tempus. Paris, Perrin, 2010.
- WALCH, Agnès. *Où va le mariage ?* Paris, Fayard, 2013.
- WALLENSTEIN, Peter. *Race, sex, and the freedom to marry : Loving v. Virginia*. Lawrence, University Press of Kansas, 2014.

## 2. Articles Académiques

- BRIBOSIA, Emmanuelle. RORIVE, Isabelle. VAN DEN EYNDE, Laura. « Same-sex marriage : building an argument before the European Court of Human Rights in Light of the US experience ». *Berkeley Journal of International Law*. Vol. 32. 2014.
- CARSTEN, Gebhard. STRAND, Timmendorfer. « Gleichgeschlechtliche Ehen, Zusammenlebende und registrierte Partnerschaften im schwedischen Familienrecht ». *Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands*. n. 6. 2010. p. 173-179.
- GEEROMS Sofie. ROMANO, Gian Paolo. La loi belge du 13 février 2003 et le Droit International privé : de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2004 à l'alinéa 2 de l'article 46 du nouveau code, in *Aspects de Droit International privé des partenariats enregistrés en Europe : Actes de la XVIe Journée de Droit International privé, Genève (Schulthess) 2004*, p. 105-136.
- GROSSI, Renata. « The meaning of love in the debate for legal recognition of same-sex marriage in Australia ». *International journal of law in context*. vol. 8. n. 4. 2012. p. 487-505.
- GRUBER, Peter. « Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand ». *Revue critique de Droit International privé*. vol. CII. 2013. p. 65-73.
- KARAKOSTA, Christina. « Portability of same-sex marriages and registered partnerships within the EU ». *Cyprus human rights law review*. n. 2. 2013. p. 53-82.

- LEONARD, Arthur S. « New York Recognition of a legal status for same-sex couples : a rapidly developing story ». *New York Law School Law Review*. vol. 54. 2009/10.
- LOUIS-LUCAS, Pierre. « Qualification et répartition », *Revue critique de Droit International privé*. vol. XLVI, 1957.
- MARKARD, Nora. « Private but equal? Why the right to privacy will not bring full equality for same-sex couples ». FRANKENBERG, Günter. *Order from transfer : projects and studies of comparative constitutional law*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013. p. 87-119.
- MELCHER, Martina. « (Mutual) recognition of registered relationships via EU private international law ». *Journal of Private International Law*. vol. 9. n. 1. 2013. p. 149-170.
- MIGNOT, Marc. « Le partenariat enregistré en Droit International privé », *Revue internationale de droit comparé*. n. 3. 2001.
- OLSEN-RING, Line. RING, Gerhard. « Einführung der geschlechtsneutralen Ehe im dänischen Recht ». *Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands*. n. 9. 2012. p. 264-266.
- OLSEN-RING, Line. RING, Gerhard. « Gemeinsames Ehegesetz für hetero- und homophile Paare in Norwegen ». *Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands*. n. 10. 2008. p. 304-311.
- O'MAHONY, Conor. « Principled expediency : how the Irish courts can compromise on same-sex marriage ». *Dublin University Law Journal*. vol. 35. 2012.
- ROMANO Gian Paolo . Non-marital unions in european law, »*Revue de droit comparé* 2008, p. 27-48.
- ROY, Alain. « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », *Revue internationale de droit comparé*. n. 3. 2002.
- EMERSON, Blake. « Equality and federalism in u;s-american civil rights law : a review of two recent supreme court cases on same-sex marriage and voting rights », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 74 (2014). p. 41-59.
- JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit. « The same-sex marriage reform with special regard to concerns of religion ». *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*. n. 18. 2010. p. 1505-1508.
- OLIVEIRA, Guilherme de. « Act on Marriage between persons of the same sex in Portugal ». *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*. n. 18. 2011. p. 1464-1465.
- SANDERS, Douglas. « Out at the UN ». RUMSEY, Mary. WEISSBRODT, David. *Vulnerable and marginalized groups and human rights*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.
- SCHERPE, Jens M.. SLOAN, Brian. « Civil Partnership und nichteheliche Lebensgemeinschaften in Irland » *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*. n. 18. 2011. p. 1451-1453.

- SCHULENBERG, Shawn. « The construction and enactment of same-sex marriage in Argentina ». SMITH, Charles Anthony (ed.). *Globalizing human rights : emerging issues and approaches*. Oxford, Routledge, 2013. p. 106-125.
- TAMAKI, Teiko. « Legal and social circumstances of same-sex marriage in Japan ». *Japanese Reports*. Tokyo, ICCLP Publications (International Center for Comparative Law and Politics, University of Tokyo). vol. 11. 2011. p. 65-78.
- TORRES, Marcos Vinícius. «International adoption in Brazilian private international law ». *Yearbook of private international law*. Vol. 20 (2018-2019). München/Lausanne, Dr. Otto Schmidt Verlag & Swiss Institute of Comparative Law, 2019. p. 243-264.
- WELLER, Marc-Philippe. « Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie ». *Praxis des Internationalen Privat- un Verfahrensrechts (IPrax)*. n. 34. vol. 3. 2014.

### 3. Articles de la Presse

- PEYRE, Philippe, “Deux papas, deux mamans : une famille” In *Têtu*, n. 214, mai/juin, 2017, p. 35

### 4. Thèses

- GAUTIER, Pierre-Yves. *L’union libre en Droit International privé : étude de droit positif et prospectif*. LAGARDE, Paul (dir.). Université Panthéon-Sorbonne. Paris. 419p. 1986.
- GUILLAT-DEMONCHY, Danièle. *De la filiation face aux nouvelles techniques de procréation au regard de la Convention internationale des droits de l’enfant*. CHreproduction assistéeEGNOIS, Gerard (dir.). Université Panthéon-Assas. Paris. 517p. 2016.
- KARAM, Marie-Line. *Le rôle de la volonté en droit personnel et patrimonial de la famille : Étude du Droit International privé français et du droit des pays multiconfessionnels*. FOYER, Jacques (dir.). Université Panthéon-Assas. Paris. 520p. 2007.

- RALSER, Élise. *La célébration du mariage en Droit International privé*. FOYER, Jacques (dir.). Université Panthéon-Assas. Paris. 2 vol. 433p. 1998.
- ROKAS, Konstantinos. *L'assistance médicale à la procréation en Droit International privé comparé*. Université Panthéon-Sorbonne. Paris. 2016.
- SAADALDIN, Saad Omar. *L'évolution de la répression des conduites sexuelles déviantes de la Révolution Française à nos jours*. ARCHAN, Christophe (dir.). Université Pqris-Ouest La défense. Paris. 372p . 2013.
- TRIKI, Salma. *La coordination des systèmes légaux en Droit International privé de la famille*. MEZGHANI, Ali. MAYER, Pierre. (dir.). Université Panthéon-Sorbonne. Paris. 579p. 2013. 2016.

## **Table des tableaux**

Tableau 1. L'avancement des formes de reconnaissance légale des couples de personnes du même sexe au monde.....	47
Tableau 2 : La source de la reconnaissance des couples de personnes du même sexe.....	65

# Table des matières

<b>Introduction.....</b>	<b>15</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE : Les rapports entre les conjoints et partenaires du même sexe en Droit International privé.....</b>	<b>41</b>
<b>TITRE PREMIER : La construction des catégories pour et l'établissement de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe en Droit International privé.....</b>	<b>44</b>
Chapitre premier : Les catégories disponibles aux couples de personnes du même sexe pour l'organisation de leur vie en couple et leur qualification en Droit International privé.....	45
Section 1. La construction des catégories pour les couples des personnes du même sexe....	45
§1. Le différents parcours pour la construction des catégories.....	46
A. Les parcours historiques.....	46
1. Le premier pas : Vers la citoyenneté.....	46
2. Le deuxième pas : Vers la reconnaissance comme famille.....	48
B. Les parcours juridiques.....	49
1. Le premier pas : la consécration du partenariat enregistré.....	50
2. Le deuxième pas : l'ouverture du mariage.....	53
§2. Le différentes catégories disponibles.....	79
A. Le mariage comme une catégorie supérieure.....	79
1. Le mariage commue une catégorie universel.....	80
2. Le mariage entre personnes du même sexe comme mariage bis.....	84
B. Le partenariat comme une catégorie inférieure.....	86
1. La subsidiarité du partenariat.....	86
2. Les classifications proposées selon les contours du partenariat.....	88
a) La classification selon le contenu.....	89
b) La classification selon le formalisme.....	90
Conclusion de la Section 1.....	94
Section 2. La qualification des couples de personnes du même sexe en Droit International privé.....	95
§1. La qualification du mariage.....	97
A. La qualification <i>lege fori</i> .....	97
1. La qualification à partir de la loi du for.....	98
2. La critique de la thèse.....	99
B. Le qualification <i>lege causae</i> .....	100
1. La qualification à partir de la loi étrangère.....	101

2. La critique de la thèse.....	103
§2. La qualification des partenariats.....	104
A. La qualification <i>lege fori</i> .....	104
1. La qualification à partir de la loi du for.....	105
2. La critique de la thèse.....	106
B. La qualification <i>lege causae</i> .....	106
1. La qualification à partir de la loi étrangère.....	107
2. La critique de la thèse.....	107
Conclusion de la Section 2.....	108
Conclusion du Chapitre premier.....	109
Chapitre deuxième : La formation du lien légal et sa reconnaissance à l'étranger.....	111
Section 1. La formation du lien légal et son existence valide.....	111
§1. La formation du lien légal.....	112
A. Le mariage.....	112
1. Compétence pour la célébration du mariage.....	113
a) Compétence restrictive.....	114
b) Compétence inclusive.....	116
2. Loi applicable aux conditions exigées pour la validité du mariage.....	118
a) Loi applicable aux conditions de fond.....	119
α) Le recours à la loi personnelle des époux.....	119
β) Les solutions alternatives.....	128
b) Loi applicable aux conditions de forme.....	129
α) La prévalence de la loi de l'État de célébration du mariage.....	129
β) L'exceptionnalité des mariages consulaires.....	131
B. Les partenariats.....	133
1. Le partenariat enregistré.....	134
a) Compétence pour l'enregistrement.....	134
b) Loi applicable aux conditions exigées pour la validité.....	135
α) Conditions de forme.....	135
β) Conditions de fond.....	136
1. Le partenariat informel.....	137
a) Compétence pour constater la constitution du partenariat informel.....	138
b) Loi applicable à la constitution du partenariat informel.....	138
α) Loi applicable aux conditions pour son existence.....	138
β) Loi applicable à la preuve de son existence.....	140
§2. L'existence valide du lien légal unissant les couples de personnes du même sexe.....	141
A. Régime légal de la validité.....	141
1. Le for compétent.....	141
2. La loi applicable.....	144



B. Domaine de la validité.....	145
1. Les conditions supplémentaires.....	146
2. Les effets de l'invalidité.....	147
Conclusion de la Section 1.....	147
Section 2. La preuve et la reconnaissance des couples de personnes du même sexe à l'étranger.....	148
§1. Preuve.....	149
A. La loi applicable à la preuve.....	149
B. La circulation de la preuve.....	150
§2. Reconnaissance.....	153
A. Le Mariage.....	154
1. Reconnaissance.....	155
a) Reconnaissance comme mariage.....	156
α) Systèmes égaux.....	156
β) Systèmes différents.....	156
b) Sous-reconnaissance comme partenariat.....	157
2. Refus.....	158
a) Restrictions de conditions.....	158
b) Institution inconnue.....	159
B. Les partenariats.....	160
1. La reconnaissance des partenariats enregistrés.....	160
a) La reconnaissance.....	160
α) Dans un système qui prévoit le partenariat.....	160
β) Sur-Reconnaissance comme Mariage.....	162
a) Le refus.....	162
α) Conditions.....	163
β) institution inconnue.....	164
2. La reconnaissance des partenariats informels.....	165
a) La reconnaissance.....	165
α) Dans un système qui accepte le partenariat informel.....	165
β) Requalification en concubinage.....	166
b) Le refus.....	166
α) Dans un système qui exige la solennité.....	166
β) Institution inconnue.....	166
Conclusion de la Section 2.....	167
Conclusion du Chapitre deuxième.....	168
<b>CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....</b>	<b>168</b>

**TITRE DEUXIÈME : Les effets de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe et leur dissolution en Droit International privé.....170**

Chapitre premier : les effets de la vie en couple entre les conjoints et partenaires du même sexe .....171

Section 1. Les effets patrimoniaux.....171

§1. Le régime de biens et les droits patrimoniaux du couple.....172

A. Le régime de biens.....172

1. Le régime matrimonial.....175

a) Les rattachements envisageables.....176

    α) La *lex rei sitæ*.....176

    β) Le rapprochement à la loi régissant le statut personnel.....177

b) La place pour l'autonomie de la volonté.....178

    α) Le choix de la loi applicable.....179

    β) La mise en œuvre du choix.....183

2. Le régime patrimonial du partenariat.....186

a) La loi applicable au régime patrimonial du partenariat enregistré.....187

    α) Les rattachements possibles.....187

    β) La place pour l'autonomie de la volonté.....188

b) La loi applicable au régime patrimonial du partenariat informel.....192

    α) La restriction au recours à l'autonomie de la volonté.....193

    β) Les rattachements possibles.....193

B. Droits patrimoniaux spéciaux.....194

1. La protection du logement familial.....194

a) La protection du logement pendant la vie en couple.....194

    α) La protection de la propriété familiale.....195

    β) Le droit au bail et au logement.....196

b) La protection du logement suite à la dissolution du couple.....196

    α) Le droit au bail et au logement suite à la dissolution du couple entre vifs.....197

    β) Le droit au bail et au logement suite à la dissolution du couple à cause de mort .....197

2. L'organisation économique du couple.....198

a) La gestion du foyer et l'autonomie économique des conjoints ou partenaires...199

    α) La contribution aux frais du couple.....199

    β) L'exercice de profession et la perception des revenus propres.....200

b) L'ouverture de comptes bancaires et la protection du patrimoine.....200

    α) L'ouverture de comptes bancaires.....201

    β) Le besoin de consentement du conjoint ou partenaire pour la constitution des sûretés.....201

§2. Les devoirs pécuniaires.....203

A. Les dettes.....	203
1. Les dettes communes.....	203
a) Les dettes pour le financement du logement.....	203
b) D'autres dettes d'intérêt commun au couple.....	204
2. Les dettes personnelles.....	204
a) Les dettes personnelles envers les tiers.....	204
b) Les dettes personnelles envers l'autre conjoint ou partenaire.....	204
B. Les obligations alimentaires.....	205
1. L'établissement des obligations alimentaires.....	205
a) For compétent.....	206
b) Loi applicable.....	208
2. Le recouvrement des aliments.....	210
a) La reconnaissance des décisions étrangères en matière d'obligations alimentaires.....	210
b) L'exécution des décisions étrangères en matière d'obligations alimentaires.....	211
Conclusion de la Section 1.....	212
Section 2. Les effets personnels.....	213
§1. Les devoirs et prérogatives.....	213
A. Les devoirs.....	213
1. Les devoirs traditionnels de la vie en couple.....	213
a) Le devoir de fidélité et loyauté.....	214
b) Le devoir de cohabitation.....	215
2. Le devoir d'assistance.....	215
a) Le devoir d'assistance réciproque entre les conjoints ou partenaires.....	216
b) Le devoir d'assistance étendue par l'alliance.....	216
B. Les prérogatives.....	217
1. La légitimité pour les situations médicales et funestes.....	217
a) La légitimité pour les visites et décisions en matière médicale.....	217
b) La légitimité pour l'organisation des funérailles et la destination des dépouilles.....	218
2. La légitimité pour les situations spéciales.....	218
a) Refuser le témoignage contre le conjoint ou partenaire.....	219
b) Visitation carcérale.....	219
§2. La condition individuelle.....	220
A. Effets rattachés au statut personnel.....	220
1. Effets rattachés à l'enregistrement civil.....	220
a) L'état civil.....	221
b) Le nom.....	222
2. Effets rattachés à la capacité.....	223

a) La protection du conjoint ou partenaire vulnérable.....	223
b) L'émancipation.....	223
B. Effets rattachés au conjoint ou partenaire étranger.....	224
1. Le droit de séjour.....	224
a) La concession.....	224
b) La circulation.....	225
2. Le droit à l'acquisition de la nationalité du conjoint ou partenaire.....	226
a) La concession.....	227
b) La perte.....	230
Conclusion de la Section 2.....	231
Conclusion du Chapitre premier.....	232
Chapitre deuxième : La dissolution des couples de personnes du même sexe au Droit International privé.....	233
Section 1. La dissolution entre vifs.....	233
§1. La dissolution du mariage et ses effets à l'étranger.....	234
A. La dissolution.....	234
1. Le divorce.....	235
a) Le for.....	235
α) Le for du divorce.....	235
β) Le conflits de juridictions en matière de dissolution matrimoniale.....	241
b) La loi applicable à la dissolution.....	243
α) La loi applicable au divorce.....	243
β) La loi applicable aux effets accessoires du divorce.....	248
2. Les mesures provisoires.....	248
a) La séparation de corps.....	249
α) Le domaine légal de la séparation de corps.....	249
β) La conversion de la séparation de corps en divorce.....	251
b) D'autres mesures provisoires.....	252
α) Des mesures provisoires sur les personnes.....	252
β) Des mesures provisoires sur les biens.....	255
B. La réanalyse de certains effets du divorce et la reconnaissance de la dissolution à l'étranger.....	255
1. La réanalyse de certains effets du divorce.....	256
a) Le complément du jugement de divorce.....	256
b) La modification du jugement de divorce.....	258
2. La reconnaissance du divorce ou de la séparation de corps à l'étranger.....	259
a) La reconnaissance.....	259
α) La reconnaissance au même niveau du divorce ou de la séparation de corps.....	263
β) La sous-reconnaissance du divorce.....	265
b) Le refus.....	266

α) L'ordre public matériel.....	266
β) L'ordre public procédural.....	268
§2. La dissolution des catégories distinctes du mariage.....	269
A. Le domaine légal de la dissolution.....	269
1. La dissolution.....	270
a) Le for compétent.....	270
α) Le for naturel.....	270
β) Les fors résiduels.....	271
b) La loi applicable.....	274
α) La loi applicable à la dissolution.....	274
β) La loi applicable aux effets accessoires de la dissolution.....	278
2. Mesures provisoires.....	279
a) Mesures provisoires sur les personnes.....	279
b) Mesures provisoires sur les biens.....	281
B. La réanalyse des certains effets et la reconnaissance de la dissolution à l'étranger..	282
1. La réanalyse de certains effets de la dissolution à l'étranger.....	283
a) Le complément de la dissolution.....	283
b) La modification de la dissolution.....	284
2. Le reconnaissance de la dissolution à l'étranger.....	286
a) La reconnaissance.....	286
α) La reconnaissance au niveau du partenariat.....	289
β) La sur-reconnaissance au niveau du mariage.....	290
b) Le refus.....	291
α) L'ordre public matériel.....	292
β) L'ordre public procédural.....	293
Conclusion de la Section 1.....	294
Section 2. La dissolution à cause de mort.....	295
§1. La succession légale.....	297
A. La place du conjoint ou partenaire survivant et ses effets à l'étranger.....	298
1. La place du conjoint ou partenaire survivant dans la succession.....	298
a) L'ordre de vocation héréditaire.....	299
α) Question préalable.....	301
β) Fraude à la loi.....	302
b) Les parts successoraux.....	303
α) Droit de Prélèvement.....	303
β) Réserve héréditaire.....	305
2. Le statut du conjoint ou partenaire survivant à l'étranger.....	306
a) La reconnaissance du conjoint ou partenaire survivant comme héritier à l'étranger.....	307

b) Le rôle du conjoint ou partenaire survivant comme administrateur de la succession à l'étranger.....	309
B. Le régime légal applicable au contenu de la succession.....	310
1. L'approche scissionniste.....	311
a) La succession immobilière.....	312
α) For compétent.....	312
β) Loi applicable.....	313
b) La succession mobilière.....	314
α) For compétent.....	314
β) Loi applicable.....	315
2. L'approche unitaire.....	315
a) For compétent.....	316
b) Loi applicable.....	318
§2. La succession contractuelle.....	323
A. Testaments.....	324
1. Conditions de validité.....	326
a) Loi applicable aux conditions de forme.....	326
b) Loi applicable aux conditions de fond.....	332
α) Approche scissionniste.....	334
β) Approche unitaire.....	335
2. Reconnaissance et exécution du testament à l'étranger.....	336
a) Reconnaissance du testament à l'étranger.....	336
α) Reconnaissance.....	337
β) Refus.....	339
b) Exécution du testament à l'étranger.....	341
B. D'autres modalités de disposition à cause de mort et les libéralités inter vivos.....	342
1. D'autres modalités de disposition à cause de mort.....	343
a) Pactes successoraux.....	343
α) Pactes touchant la succession d'une personne.....	345
β) Pactes touchant la succession de plus d'une personne.....	346
b) Trust.....	347
α) Loi applicable.....	348
β) Reconnaissance.....	349
2. Les Libéralités.....	351
a) Le régime légal des libéralités.....	351
b) La réduction des libéralités.....	354
Conclusion de la Section 2.....	355
Conclusion du Chapitre deuxième.....	356
<b>CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME.....</b>	<b>356</b>

<b>Conclusion de la Première partie.....</b>	<b>358</b>
<b>SECONDE PARTIE : Les rapports entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants en Droit International privé.....</b>	<b>359</b>
<b>Titre Premier : L'établissement et le régime juridique des rapports de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants en Droit International privé.....</b>	<b>362</b>
Chapitre premier : La filiation adoptive.....	366
Section 1. Les catégories pour l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des couples de personnes du même sexe.....	368
§1. L'adoption selon sa structure.....	368
A. L'adoption unilatérale.....	369
a) L'adoption de l'enfant du conjoint ou partenaire par l'autre conjoint ou partenaire.....	371
b) La seconde adoption.....	372
B. L'adoption conjointe.....	372
§2. L'adoption selon ses effets.....	374
A. L'adoption pleine.....	374
B. L'adoption simple.....	375
Conclusion de la Section 1.....	376
Section 2. Le régime légal de la filiation adoptive pour les couples de personnes du même sexe en Droit International privé et sa reconnaissance à l'étranger.....	376
§1. Le régime légal de l'adoption.....	377
A. Le for en matière d'adoption.....	377
1. Le for pour l'établissement de l'adoption.....	378
a) Le for de l'adoptant.....	378
b) Le for de l'adopté.....	379
2. Les fors pour l'altération de l'adoption.....	380
a) Le for pour la conversion de l'adoption.....	380
b) Le for pour la révocation et l'annulation de l'adoption.....	382
B. La loi applicable en matière d'adoption.....	382
1. La loi applicable à l'établissement de l'adoption.....	383
a) Le dépeçage pour le fond de l'adoption.....	383
α) La capacité en matière d'adoption.....	383
β) Les conditions.....	386
b) La loi applicable à la forme de l'adoption.....	388
2. La loi applicable aux effets de l'adoption et à son altération.....	389
a) La loi applicable aux effets de l'adoption.....	389
α) Loi applicable aux effets rattachés à la famille adoptive de l'adopté.....	390

β) La loi applicable aux effets de l'adoption à l'égard de la famille d'origine de l'adopté.....	392
b) La loi applicable à l'altération de l'adoption.....	394
α) La loi applicable à la conversion de l'adoption.....	395
β) La loi applicable à la révocation et à l'annulation de l'adoption.....	395
§2. La reconnaissance de l'adoption faite à l'étranger.....	397
A. La reconnaissance.....	397
1. La reconnaissance <i>de plano</i> des adoptions.....	398
2. La reconnaissance des décisions en matière d'adoption à travers des procédures traditionnelles.....	399
α) La reconnaissance du lien original.....	399
β) La requalification de l'adoption.....	400
B. Le refus.....	401
Conclusion de la Section 2.....	402
Conclusion du Chapitre premier.....	402
Chapitre deuxième : La filiation à travers l'aide médicale à la procréation et les couples de personnes du même sexe en Droit International privé.....	403
Section 1. Les catégories légales pour l'établissement de la filiation par l'aide médicale à la procréation à l'égard des couples de personnes du même sexe.....	403
§1. L'AMP.....	406
A. La gestation par l'une des conjointes ou partenaires.....	407
1. L'AMP touchant un couple de femmes.....	407
2. La coparentalité.....	408
B. La « cogestation ».....	409
§2. La GPA.....	411
A. La classification selon le caractère de la GPA par rapport à l'accès à la mère porteuse.....	412
1. La GPA onéreuse.....	413
2. La GPA altruiste.....	414
B. La classification selon les acteurs de la GPA chez les couples de personnes du même sexe.....	414
1. La GPA pour les couples d'hommes.....	414
a) La GPA touchant l'un des conjoints ou partenaires comme père biologique.....	414
b) La GPA touchant à la fois les deux conjoints ou partenaires comme pères biologiques.....	415
2. La GPA pour les couples de femmes.....	416
Conclusion de la Section 1.....	416
Section 2. Le régime légal de la filiation par reproduction assistée pour les couples de personnes du même sexe en Droit International privé et sa reconnaissance à l'étranger.....	417



§1. Le régime légal de filiation par AMP pour les couples de femmes en Droit International privé.....	417
A. L'accès à l'AMP et sa reconnaissance à l'étranger.....	417
1. Le régime légal de la procédure d'AMP.....	418
α) Critères de restriction rattachés au statut personnel.....	418
β) Conditions concernant les couples de femmes.....	419
b) La loi applicable à la procédure d'AMP.....	420
α) Loi régissant la procédure et la convention d'AMP.....	420
β) Application de la loi pénale.....	420
2. La reconnaissance et les effets de l'AMP à l'étranger.....	421
a) La reconnaissance de la convention d'AMP.....	421
α) Reconnaissance.....	422
β) Refus.....	422
b) La reconnaissance de la filiation.....	422
α) Reconnaissance.....	423
β) Refus.....	423
B. La loi applicable au statut des parents.....	424
1. Le statut du couple.....	424
a) Le statut de la conjointe ou partenaire gestante.....	424
b) Le statut de l'autre conjointe ou partenaire.....	424
α) La reconnaissance découlant de la présomption de parentalité en raison du lien du couple.....	425
β) La reconnaissance ayant recours à l'adaptation à travers l'adoption.....	425
2. Le statut du donneur.....	426
a) Le donneur anonyme.....	427
b) Le donneur connu.....	427
α) Le donneur identifié.....	428
β) Le donneur à profil étendu.....	428
§2. Le régime légal de filiation par GPA pour le couples de personnes du même sexe en Droit International privé.....	428
A. La procédure de GPA et sa reconnaissance à l'étranger.....	428
1. Le régime légal de la procédure de GPA.....	429
a) Les restrictions légales aux candidates à la GPA.....	429
α) Critères de restriction rattachés au statut personnel.....	429
β) Conditions concernant les couples de personnes du même sexe.....	430
b) La loi applicable à la procédure de GPA.....	430
α) Loi régissant la procédure et la convention de GPA.....	430
β) Application de la loi pénale.....	431
2. La reconnaissance de la GPA à l'étranger.....	431

a) La reconnaissance de la convention de GPA.....	432
α) Reconnaissance.....	432
β) Refus.....	432
b) La reconnaissance des enfants nés de GPA à l'étranger.....	432
α) Reconnaissance.....	433
β) Refus.....	437
B. Le statut de la mère porteuse et des parents d'intention.....	438
1. Le statut de la mère porteuse.....	438
2. Le statut des parents d'intention.....	439
a) Le statut du parent avec un lien biologique avec l'enfant.....	439
b) Le statut du parent sans lien biologique avec l'enfant.....	440
α) La reconnaissance découlant de la présomption de parentalité en raison du lien du couple.....	440
β) La reconnaissance ayant recours à l'adaptation.....	441
Conclusion de la Section 2.....	442
Conclusion du Chapitre deuxième.....	443
<b>CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....</b>	<b>444</b>
<b>TITRE DEUXIÈME : Les effets des rapports de filiation entre les conjoints et partenaires du même sexe et leurs enfants en Droit International privé.....</b>	<b>445</b>
Chapitre premier : Les effets patrimoniaux.....	446
Section 1. Les devoirs pécuniaires.....	446
§1. Les obligations alimentaires.....	446
A. L'établissement des obligations alimentaires à l'égard des enfants du couple.....	447
1. Le for compétent.....	447
2. La loi applicable.....	448
B. Le recouvrement des aliments en faveur des enfants du couple.....	448
§2. La responsabilité civile des parents par faute de ses enfants mineurs ou incapables. .	449
A. Le régime légal.....	449
1. Le for compétent.....	450
2. La loi applicable.....	450
B. La reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité civile des parents par faute des enfants du couple.....	452
Conclusion de la Section 1.....	452
Section 2. Les droits successoraux.....	453
§1. La succession légale.....	453
A. La place de l'enfant du couple comme héritier.....	454
1. L'enfant du couple et l'ordre de vocation héréditaire.....	455
a) La question préalable.....	455

b) La théorie du droit de représentation.....	457
2. La participation de l'enfant du couple dans les parts successorales.....	458
a) La concurrence successorale entre enfants du <i>de cuius</i> .....	459
α) L'application favorable du droit de prélèvement à l'égard de l'enfant du couple .....	459
β) L'application défavorable du droit de prélèvement à l'égard de l'enfant du couple.....	460
b) La concurrence successorale entre l'enfant du couple et le conjoint ou partenaire survivant.....	460
α) L'application favorable du droit de prélèvement à l'égard de l'enfant du couple .....	461
β) L'application défavorable du droit de prélèvement à l'égard de l'enfant du couple.....	462
B. Le Régime légal.....	463
1. Le for.....	463
2. La loi applicable.....	465
§2. La succession contractuelle.....	467
A. Les testaments.....	467
1. Régime légal.....	467
a) Le for compétent.....	467
b) La loi applicable.....	468
2. Dispositions testamentaires spécifiques à l'égard de l'enfant mineur du défunt..	470
a) Dispositions testamentaires spécifiques visant la personne de l'enfant.....	470
b) Dispositions testamentaires spécifiques visant l'héritage de l'enfant.....	471
B. D'autres modalités de disposition à cause de mort et les libéralités.....	472
1. D'autres dispositions à cause de mort.....	472
a) Les pactes successoraux.....	472
α) Pactes touchant la succession d'une personne.....	473
β) Pactes touchant la succession de plus d'une personne.....	475
b) Le trust et la substitution fidéicommissaire.....	476
α) Le trust.....	476
β) La substitution fidéicommissaire.....	479
2. Les libéralités.....	479
a) Le régime légal des libéralités.....	480
b) La réduction des libéralités.....	482
Conclusion de la Section 2.....	483
Conclusion du Chapitre premier.....	484
Chapitre deuxième : Les effets personnels.....	485
Section 1. L'exercice de l'autorité parentale.....	485
§1. L'exercice général de l'autorité parentale.....	485

A. Régime légal.....	487
1. Le for.....	487
a) Le for de l'enfant.....	487
b) Les fors subsidiaires.....	488
2. La loi applicable.....	489
a) Le contenu de l'exercice de l'autorité parentale.....	491
b) La titularité pour l'exercice de l'autorité parentale.....	493
B. Les spécificités du droit de garde et du droit de visite.....	495
1. Le droit de garde.....	495
a) Le régime légal.....	496
α) Le for.....	496
β) La loi applicable.....	497
b) Des spécificités sur les effets de la garde à l'étranger.....	498
α) La reconnaissance.....	498
β) La preuve.....	500
2. Le droit de visite.....	501
a) Le régime légal.....	502
α) Le for.....	502
β) La loi applicable.....	503
b) Les effets du droit de visite à l'étranger.....	503
α) Le recours à la coopération internationale pour la promotion du droit de visite à l'étranger.....	503
β) La reconnaissance du droit de visite à l'étranger.....	504
§2. Les obstacles à l'exercice de l'autorité parentale et les mesures de protection.....	504
A. L'enlèvement d'enfants.....	505
1. La caractérisation de l'enlèvement.....	505
a) Hypothèses.....	505
α) Déplacement illicite.....	505
β) Rétention illicite.....	506
b) Légitimité pour exiger le retour de l'enfant.....	506
α) La légitimité rattachée à la titularité du droit de garde.....	506
β) La légitimité non rattachée à la titularité du droit de garde.....	507
2. Les sanctions à l'enlèvement.....	508
a) Le retour de l'enfant.....	508
b) Le refus au retour de l'enfant.....	509
B. L'aliénation parentale et les mesures de protection d'enfants.....	511
1. L'aliénation parentale.....	511
a) Contours de l'aliénation parentale.....	511
b) Effets de l'aliénation parentale.....	513
2. Mesures provisoires à l'étranger.....	514

a) Mesures de protection à l'égard de la personne de l'enfant.....	514
b) Mesures de protection à l'égard des biens de l'enfant.....	515
Conclusion de la Section 1.....	517
Section 2. La condition individuelle des enfants.....	517
§1. Les effets rattachés à la vie civile.....	518
A. Les effets rattachés au statut personnel.....	518
1. Le nom.....	518
a) Le choix du nom de l'enfant.....	519
b) La modification de nom de l'enfant.....	521
2. Les empêchements matrimoniaux et partenariaux.....	523
B. Les bénéfices sociaux.....	524
1. Les congés de parentalité.....	524
a) Les congés de maternité.....	525
α) Les congés de maternité en cas d'AMP et de GPA.....	525
β) Les congés de maternité en cas d'adoption.....	527
b) Les congés de paternité.....	528
α) Les congés de paternité en cas d'AMP et de GPA.....	528
β) Les congés de paternité en cas d'adoption.....	530
2. Les bénéfices fiscaux et d'aide sociale.....	531
a) Les bénéfices fiscaux.....	532
b) Les programmes d'aide sociale.....	532
§2. Les effets spécifiquement rattachés à la nationalité et au droit de séjour de l'enfant par rapport aux parents.....	534
A. Le droit à l'acquisition de la nationalité.....	534
a) La concession.....	534
b) La circulation.....	537
B. Le droit de séjour.....	538
a) La concession.....	538
b) La circulation.....	539
Conclusion de la Section 2.....	539
Conclusion du Chapitre deuxième.....	539
<b>CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME.....</b>	<b>540</b>
<b>Conclusion de la Seconde partie.....</b>	<b>541</b>
1. Ouvrages.....	547
2. Articles Académiques.....	551
3. Articles de la Presse.....	553
4. Thèses.....	554
<b>Table des tableaux.....</b>	<b>555</b>



## SAME-SEX COUPLES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

This thesis studies the recognition of same-sex couples in private international law. It departs from the relations between the spouses or partners, at the horizontal level, to the relations between the spouses or partners and their children, at the vertical level.

We examine how partnerships and marriages are recognized as valid or not in many countries, to criticize the extension of the effects recognized in other jurisdictions. We explore the richness of private international law : its principles, its connections, the dépeçage; as well as some specific points such as the renvoi, the adaptation, the vested rights at an international level, the qualification, the previous question, etc. We analyze the application of the principle of public policy as a mechanism of control used to recognize or not these relationships at a legal level, without disregarding that same-sex couples joy nowadays individual freedom, similar status with other couples and prohibition of discrimination based upon sexual orientation. We also consider the contribution of multilateral juridical cooperation, regional integration in the European Union and human rights regional systems in regard of same-sex couples.

**KEY-WORDS :** same-sex couples, private international law (conflict of laws), marriage, registered partnership, filiation.

## LES COUPLES DE PERSONNES DU MÊME SEXE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Cette thèse étudie la reconnaissance des couples de personnes du même sexe en Droit International privé. L'on départ des rapports entre les conjoints ou partenaires, au niveau horizontal jusqu'au rapports entre les conjoints ou partenaires et ses enfants, au niveau vertical.

L'on examine comment les partenariats et mariages sont reconnus comme valables ou non dans plusieurs États, pour faire une critique de l'étendue des effets reconnus dans d'autres juridictions. L'on explore la richesse du Droit International privé : ses principes, ses rattachements, le dépeçage; et aussi avec les figures spécifiques comme le renvoi, l'adaptation, les droits acquis au niveau international, la qualification, la question préalable, etc. L'on analyse l'application du principe de l'ordre public, comme un mécanisme de contrôle utilisé pour la reconnaissance ou non de ces rapports au niveau juridique, sans oublier que les couples de personnes du même sexe jouissent aujourd'hui de la liberté individuelle, de l'égalité entre le couples, du refus des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. L'on considère aussi la contribution de la coopération juridique multilatérale, de l'intégration régional dans l'Union Européenne et des systèmes régionaux de droits de l'Homme à l'égard des couples de personnes du même sexe.

**MOTS-CLÉS :** couples de personnes du même sexe, Droit International privé, mariage, partenariat enregistré, filiation.