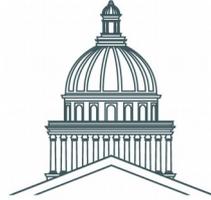


Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé (ED 09)



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 18 Novembre 2019

Contribution à l'étude de la méthode de la reconnaissance : l'exemple de la circulation du statut de couple

REITZER Camille

Sous la direction de **Monsieur Yves LEQUETTE**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)

Membres du jury :

Madame Léna Gannagé, Professeur à l'Université Saint-Joseph

Madame Sara Godechot-Patris, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil, *rapporteur*

Monsieur Patrick Kinsch, Professeur à l'Université du Luxembourg

Monsieur Nicolas Nord, Maître de conférence HDR à l'Université de Strasbourg,
rapporteur

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je voudrais prendre le temps, tout d'abord, de remercier le Professeur Yves Lequette pour sa disponibilité et sa patience tout au long de ces années. C'est au fil de ses relectures attentives, de ses remarques bienveillantes et surtout de ses critiques constructives que s'est forgée la pensée ici exprimée.

Je tiens, ensuite, à remercier les Professeurs Danièle Alexandre et Gustavo Cerqueira, ainsi que Madame Delphine Porcheron, qui ont accepté de me relire et dont les remarques m'ont permis d'affiner mes écrits et mes idées.

Il me reste alors à remercier les miens, famille et amis, qui m'ont toujours soutenue, souvent encouragée et parfois réconfortée. Leur nombre est trop important pour les citer tous ici, mais ils connaissent déjà la part qui leur revient dans la réalisation de ce travail. Je m'autoriserai, simplement, une mention particulière aux oiseaux de mon nid et au phare dans la tempête, qui a toujours montré sa confiance dans l'aboutissement de ce voyage.

Résumé (1700 caractères) :

Cette étude porte sur le rôle de la méthode de la reconnaissance dans le traitement des relations privées internationales à travers l'exemple de la circulation du statut de couple. La méthode se caractérise par l'éviction des règles de conflit du for appelé à statuer sur la validité d'un statut créé à l'étranger. Ce faisant, elle ouvre une nouvelle façon d'appréhender les situations déjà créées afin d'en garantir la continuité et répond à l'un des objectifs classiques du droit international privé : la continuité des situations internationales. La méthode conflictuelle est, alors, concurrencée, sur ce point, par la méthode de la reconnaissance qui prétend satisfaire les nouvelles exigences résultant de l'accroissement de la mobilité internationale des personnes et de leur liberté de choisir la loi applicable aux différents éléments de leur statut personnel, dont leur conjugalité. Dès lors, l'étude de cette méthode en matière de circulation du statut de couple s'impose. Pour la mener, il est d'abord proposé d'établir un état des lieux de la circulation de ces statuts tant au regard des règles de conflit qui leur sont applicables qu'à celui du contrôle qui en est fait par les juridictions européennes. Puis, après avoir démontré que ces règles permettent systématiquement la réception des statuts de couple étrangers, l'étude définit les conditions et la portée qui doivent être attachées à la méthode de la reconnaissance afin d'en démontrer les avantages et les insuffisances. Il apparaît alors que cette méthode permet, avec un renouvellement de la méthode de la qualification et des conditions de la fraude, d'assurer, mais surtout d'encadrer la circulation des statuts de couple.

Descripteurs : droit international privé, droit de la famille, statuts de couple, permanence du statut personnel, méthode de la reconnaissance, conflit de lois, droits fondamentaux libre circulation des personnes, fraude à la loi, qualification.

Title and Abstract (1700 characters):

This study examines the role of the recognition method in the treatment of international private relations through the example of the circulation of the status of the couple. The method is characterised by the exclusion of the conflict rules from the forum called upon to rule on the validity of a status created abroad. In doing so, it opens up a new way of looking at existing situations in order to guarantee their continuity and meets one of the classic objectives of private international law: the continuity of international situations. The conflictual method is then competed, on this point, by the method of recognition. This method claims to satisfy the new requirements resulting from the increase in the international mobility of persons, and their freedom to choose the law applicable to the various elements of their personal status, including their conjugality. Therefore, it is necessary to study this method for the circulation of the couple's status. To carry it out, it is first proposed to establish an inventory of the circulation of these statuses regarding both the conflict rules applicable to them and to the control that is carried out by the European courts. Then, after having demonstrated that these rules systematically allow the reception of foreign couple status, the study defines the conditions and scope that must be attached to the recognition method, in order to demonstrate its advantages and shortcomings. It then appears that this method makes it possible, with a renewal of the qualification method and the conditions of fraud, to ensure, but above all to control, the circulation of couples' status.

Keywords: Private international law, Family law, Couple's status, Conflict of law, Free movement of people, Human rights, Method of recognition, Fraud, Qualification.

Principales abréviations

<i>AJ fam.</i>	<i>Actualité juridique famille</i>	éd.	<i>édition/edition</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique Droit administratif</i>	EGBGB	<i>Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch</i>
<i>al.</i>	<i>Alinéa</i>	etc.	<i>et cætera</i>
<i>Archiv. phil. dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>	<i>et al.</i>	<i>et les autres</i>
<i>Art.</i>	<i>Article(s)</i>	Fasc.	<i>Fascicule</i>
<i>Ass. Plén.</i>	<i>Assemblée plénière</i>	<i>GAJDIP</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé</i>
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>	<i>GAJC</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>	<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>c.</i>	<i>Contre</i>	<i>GEDIP</i>	<i>Groupe européen de droit international privé</i>
<i>CA</i>	<i>Cour d'appel</i>	<i>Harv. LR</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>C. civ.</i>	<i>Code civil</i>	<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem (au même endroit)</i>
<i>CE</i>	<i>Conseil d'État</i>	<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>CEDH</i>	<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>	<i>IGREC</i>	<i>Instruction générale relative à l'état civil</i>
<i>CIEC</i>	<i>Commission Internationale de l'Etat Civil</i>	<i>Infra</i>	<i>Ci-dessous</i>
<i>Circ. min. étrangères européennes</i>	<i>Aff. et Circulaire du Ministère des Affaires étrangères et européennes</i>	<i>Introd.</i>	<i>Introduction</i>
<i>Civ. 1ère</i>	<i>Première Chambre civile de la Cour de cassation</i>	<i>IPRax</i>	<i>Praxis des Internationalen Privatund Verfahrensrechts</i>
<i>Cf.</i>	<i>Confère</i>	<i>J.-Cl. Droit international</i>	<i>JurisClasseur de droit international privé</i>
<i>Chap.</i>	<i>Chapitre</i>	<i>J.-Cl. Europe Traité</i>	<i>Jurisclasseur Europe Traité</i>
<i>Chron.</i>	<i>Chronique</i>	<i>JCP G</i>	<i>Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique), édition générale</i>
<i>CJCE</i>	<i>Cour de justice des Communautés européennes</i>	<i>JCP N</i>	<i>Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique), édition Notariale</i>
<i>Comm.</i>	<i>Commentaire</i>	<i>JDI</i>	<i>Journal du Droit international</i>
<i>Comp.</i>	<i>Comparer</i>		
<i>Conv. EDH</i>	<i>Convention européenne des droits de l'homme</i>		
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>		
<i>dactyl.</i>	<i>Dactylographiée</i>		
<i>dir.</i>	<i>Direction</i>		
<i>Dr. fam.</i>	<i>Revue Droit de la famille</i>		

<i>J.O.</i>	<i>Journal Officiel</i>	<i>RHDI</i>	<i>Revue hellénique de droit international</i>
LDIP	Loi (suisse) sur le droit international privé	<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>L.P.A.</i>	<i>Les Petites Affiches</i>	<i>Riv. crit. dir. priv.</i>	<i>Rivista critica del diritto privato</i>
n°	Numéro	<i>Riv. dir. int.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
not.	Notamment	<i>RJPF</i>	<i>Revue Juridique Personnes et Famille</i>
obs.	Observations	<i>RLDC</i>	<i>La Revue Lamy Droit Civil</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (dans l'ouvrage cité)	<i>RTD Civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
Ord.	Ordonnance	<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
p.	Page	s.	suivant(e)s
PACS	Pacte Civil de Solidarité	S.	<i>Recueil Sirey</i>
pp.	Pages	sp.	Spécialement
préc.	précité(s)	<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>RabelsZ</i>	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>	TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye</i>	TUE	Traité sur l'Union européenne
<i>RCDIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i> (antérieurement dénommée <i>Revue de droit international privé et de droit pénal international</i> (1905 - 1923), <i>Revue de droit international privé</i> (1924 - 1933) et <i>Revue critique de droit international</i> (1934- 1946)	t.	Tome
<i>REDH</i>	<i>Revue européenne des droits de l'homme</i>	trad.	Traduction
<i>RD Suisse</i>	<i>Revue de Droit Suisse</i>	<i>TCFDIP</i>	<i>Travaux du Comité français de Droit international privé</i>
rééd.	Réédition	TGI	Tribunal de grande instance
<i>Rep. Droit Int.</i>	<i>Répertoire de droit international Dalloz</i>	V.	Voir (ou versus)
Req.	Requête	Vol.	Volume

Sommaire

Résumé (1700 caractères) :.....	6
Title and Abstract (1700 characters):.....	7
Introduction.....	23
Partie I.....	47
La justification de la méthode : la permanence du statut du couple.....	47
Titre I - La permanence répondant à la volonté des parties.....	50
Chapitre I - La permanence perdue : le libre accès aux statuts de couple.....	52
Section I - Le rattachement à la nationalité : la dissolution du lien entre la permanence et l'application de la loi nationale.....	53
§ I - La nationalité et la formation du couple.....	53
A. Le maintien de la compétence de la loi nationale pour l'essentiel des conditions de fond du mariage.....	54
1. La compétence de principe de la loi nationale pour la majorité des conditions de fond du mariage.....	54
2. La compétence de la loi nationale permissive pour la condition de sexe des époux. .55	
B. La nationalité française : chef de compétence visant à assurer l'application de la loi française aux Français.....	56
1. Les règles de compétence relatives au mariage.....	57
a) L'article 171-1 du Code civil : la compétence des autorités consulaires et diplomatiques françaises.....	57
α) La compétence des autorités françaises pour les couples franco-français. 57	
β) La compétence des autorités françaises pour les couples formés par un Français et un étranger.....	59
b) L'article 171-9 du Code civil : la compétence des officiers de l'état civil.....	60
2. La compétence des autorités consulaires et diplomatiques françaises en matière de PACS.....	62
§ II - L'éviction de la loi étrangère non conforme aux conceptions du for en matière de mariage homosexuel.....	65
A. L'éviction de la loi nationale prohibitive par la règle de conflit.....	66
1. L'éviction quasi systématique de la loi nationale.....	66
a) L'abandon du principe d'exclusivité du rattachement à la nationalité.....	66
b) La double éviction de la loi nationale prohibitive.....	71
α) La mise en concurrence du rattachement par la nationalité avec d'autres éléments de rattachement.....	71
β) L'abandon du principe de l'application distributive de sa loi à chaque époux.....	72
2. L'évolution de l'objectif poursuivi par le rattachement à la loi nationale.....	75

B. L'éviction de la loi nationale étrangère non conforme par le jeu de l'ordre public.....	76
1. Le droit de se marier entre personnes de même sexe intégré à l'ordre public international.....	77
2. La mise en œuvre de l'ordre public de proximité.....	79
a) L'appréciation spatiale de la proximité.....	80
α) La nature et le nombre des liens de proximité retenus.	80
β) L'ancrage géographique des liens de proximité.....	81
b) L'ancrage personnel des liens de proximité.....	87
Section II - Les éléments de rattachement concurrents : de la permanence au rayonnement des conceptions françaises en matière de couple.....	89
§ I - Le rayonnement international des conceptions françaises en matière de couple.....	89
A. Le rayonnement international de la liberté matrimoniale à la française.....	90
1. Le choix du rattachement alternatif.....	91
2. La désignation quasi systématique d'une loi permissive.....	94
B. Le rayonnement international des dispositions françaises relatives au PACS.....	95
1. Le rattachement à l'autorité d'enregistrement.....	95
2. L'application quasi systématique de la loi française lors de l'enregistrement d'un partenariat enregistré en France.....	98
§ II - La transformation du statut personnel.....	100
A. La difficile circulation des couples créés en France.....	101
1. Les obstacles à la circulation liés aux divergences entre les législations étatiques..	102
2. Les obstacles à la circulation liés aux éléments de rattachement retenus.....	106
B. La liberté des parties dans le choix du statut de couple.....	109
1. Le pouvoir des parties dans la détermination de la loi applicable à la formation du couple.....	110
a) Le choix indirect de loi en matière de partenariat enregistré.....	110
b) Le choix implicite de loi en matière de mariage homosexuel.....	114
2. Le risque de tourisme conjugal.....	115
Conclusion du Chapitre I.....	118
Chapitre II - La permanence retrouvée : le respect des prévisions des parties.....	120
Section I - Le respect <i>a posteriori</i> des prévisions des parties : la reconnaissance des couples formés à l'étranger.....	120
§ I - La circulation des mariages homosexuels.....	121
A. La reconnaissance des mariages étrangers soumis aux règles de conflit de droit commun.....	122
1. La reconnaissance des mariages célébrés après le 19 mai 2013.....	123
2. La reconnaissance des mariages célébrés avant le 19 mai 2013.....	124
B. La reconnaissance des mariages soumis aux règles de conflit conventionnelles.....	127
§ II - La circulation des partenariats enregistrés.....	129
A. La reconnaissance des partenariats enregistrés.....	129

1. La qualification des partenariats enregistrés.....	130
2. Le rattachement des conditions de formation des partenariats enregistrés.....	132
B. Le respect du statut étranger choisi par les partenaires.....	134
1. La soumission des effets et de la dissolution à la loi de l'autorité créatrice.....	135
2. Les effets exclus de l'article 515-7-1.....	137
C. Appréciation de la règle de conflit.....	141
1. Les liens entre la règle de conflit et d'autres mécanismes de droit international privé	141
2. La lacune de notre règle de conflit.....	145
Section II - Le respect <i>a priori</i> des prévisions des parties : le choix de loi pour les effets de la relation de couple.....	148
§ I - Le choix de loi : le choix dans la soumission.....	149
A. Un choix d'adhésion.....	150
1. L'inadaptation des éléments de rattachement traditionnellement mis en œuvre en matière de couple.....	151
2. La marque d'une intégration à une communauté étatique.....	154
B. Un choix encadré.....	155
1. L'encadrement résultant des exigences de proximité.....	156
a) La proximité dans le choix de la loi.....	156
b) La proximité et l'internationalité du rapport de droit.....	162
2. L'encadrement lié au respect de l'intégrité des ordres juridiques touchés par le rapport de droit.....	163
a) L'interdiction du dépeçage du rapport de droit.....	164
b) Le respect de l'ordre public.....	165
c) Le jeu des lois de police.....	169
§ II - Le choix de loi : la prise en considération des attentes légitimes des particuliers.....	172
A. La reconnaissance d'un droit à l'anticipation de la loi applicable.....	173
1. La clause de choix de loi : la sécurisation de l'anticipation opérée en vertu du droit interne.....	173
2. La clause d'élection de for : la sécurisation du choix de loi.....	176
B. Le respect de « l'optimisation juridique » de la relation de couple.....	179
1. La réunification de la relation de couple sous l'empire d'une seule loi.....	179
2. Le dépeçage volontaire de la relation de couple.....	182
Conclusion du Chapitre II.....	183
Conclusion du Titre I.....	185
Titre II - La permanence répondant aux exigences de la circulation.....	188
Chapitre I - La circulation de la relation de couple garantie par le droit du Conseil de l'Europe : le respect de la vie privée et familiale.....	189
Section I - La reconnaissance d'un droit à la circulation de la relation de couple.....	190
§ I - Les relations de couple protégées par l'article 8 de la Convention.....	190

A. Le couple marié.....	191
B. Le couple non marié.....	193
1. Le couple hétérosexuel non marié.....	193
2. Le couple de la personne transsexuelle non mariée.....	196
3. Le couple homosexuel non marié.....	198
C. Le couple homosexuel et le couple hétérosexuel : une protection équivalente quelle que soit l'orientation sexuelle du couple.....	200
1. L'obligation d'offrir un statut juridique aux couples homosexuels.....	200
a) L'interdiction de discrimination dans l'accès au partenariat enregistré.....	200
b) La consécration d'une obligation positive d'instaurer un statut de couple ouvert aux personnes homosexuelles.....	202
2. L'obligation d'offrir des statuts juridiques équivalents aux couples homosexuels et aux couples hétérosexuels.....	203
D. Les couples exclus de la protection conventionnelle.....	206
§ II - L'application aux relations de couple du droit à la circulation de la relation de famille.....	207
A. L'origine du droit à la circulation des relations de couple.....	208
1. La consécration du droit à la circulation de la relation de famille : la circulation du lien entre parents et enfant.....	209
a) La circulation du lien de famille résultant d'une adoption.....	209
b) La circulation du lien de famille résultant d'une gestation pour autrui.....	212
2. L'extension du droit à la circulation : la circulation de la relation de couple.....	214
a) Les prémices du droit à la circulation de la relation de couple.....	215
b) La reconnaissance du droit à la circulation des relations de couple.....	217
B. La portée du droit à la circulation de la relation de couple.....	219
1. La circulation de la « réalité sociale » de la relation de couple.....	220
2. Les difficultés résultant des différences de conception du couple entre les États parties.....	226
Section II - L'impact du droit à la circulation sur les mécanismes de droit international privé.....	228
§ I - Les possibles restrictions au droit à la circulation.....	229
A. Une mesure prévue par la loi et poursuivant un but légitime.....	230
B. Une mesure nécessaire dans une société démocratique.....	231
1. La marge d'appréciation des États.....	232
2. Les besoins impérieux justifiant l'ingérence.....	234
a) Le rejet de l'homosexualité.....	234
b) La lutte contre la polygamie et la polyandrie.....	236
c) La lutte contre la fraude à la loi.....	239
d) Le respect de l'ordre public.....	241
§ II - La nécessaire adaptation des règles de droit international privé.....	242
A. L'évolution du rôle de l'ordre public.....	243

B. L'ordre public atténué et le contrôle de proportionnalité de l'article 8.....	248
Conclusion du Chapitre I.....	252
Chapitre II - La circulation du couple garantie par le droit de l'Union européenne : la liberté de circulation du citoyen.....	253
Section I - Le refus de droit dérivé opposé au conjoint du citoyen : l'entrave à la circulation et au séjour du citoyen.....	254
§ I - De la reconnaissance d'un droit dérivé au conjoint et au partenaire du citoyen de l'Union.....	255
A. Le droit dérivé reconnu au conjoint et au partenaire du citoyen en vertu de la directive.....	256
B. Le droit dérivé reconnu au conjoint du citoyen en vertu du TFUE.....	260
1. Le droit dérivé issu de la libre circulation du travailleur.....	261
2. Le droit dérivé issu de la libre circulation du citoyen.....	262
a) Le conjoint du citoyen qui, après avoir fait usage de la libre circulation, rejoint son État d'origine.....	262
b) Le conjoint du citoyen qui, après avoir fait usage de sa libre circulation, acquiert la nationalité de son État d'accueil.....	264
§ II - ... à l'obligation de reconnaître la relation de couple du citoyen.....	266
A. La consécration de l'obligation de reconnaître la relation de couple du citoyen de l'Union.....	267
1. L'obligation de reconnaître le mariage d'un citoyen de l'Union.....	267
a) La caractérisation de l'entrave à la libre circulation du citoyen en cas de non-reconnaissance du mariage du citoyen.....	267
b) La question du caractère homosexuel du mariage.....	269
c) L'étendue de la reconnaissance.....	271
2. L'obligation de reconnaître le partenariat du citoyen ?.....	272
B. La possible justification du refus de reconnaissance.....	274
Section II - L'impermanence du statut personnel du citoyen : l'inconvénient sérieux à la libre circulation.....	275
§ I - Le principe de la permanence du nom patronymique du citoyen.....	276
A. La consécration de l'obligation de reconnaître le nom des citoyens de l'Union.....	277
1. Le risque d'entrave à la libre circulation du citoyen en cas de divergence de noms.....	279
a) Le risque d'inconvénients sérieux dans preuve de l'identité du citoyen.....	280
b) Le risque d'inconvénient sérieux dans la preuve de la relation de famille.....	283
2. Les justifications à l'entrave.....	285
a) Les considérations objectives pouvant justifier l'entrave à la libre circulation... ..	286
b) Le contrôle de proportionnalité.....	290
B. L'impact du droit à la circulation du nom du citoyen sur les droits internationaux privés étatiques.....	292
§ II - La nécessaire permanence de la relation de couple.....	298

A. La justification à la consécration du principe de permanence de la relation de couple	299
B. La nécessité de la consécration du principe de permanence de la relation de couple	301
1. La persistance des divergences de conceptions étatiques en matière de couple	301
2. L'absence de circulation des relations de couple dans les règlements européens	303
a) La circulation quasi inexistante des relations de couple dans les règles de droit international privé européen	304
α) La question préalable de la reconnaissance des relations de couple	304
β) Les règles particulières destinées à respecter les conceptions étatiques de chaque État membre	306
i) L'article 13 du règlement Rome III	306
ii) Les articles 9 des règlements applicables au régime matrimonial et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés	309
b) L'absence de circulation de la relation du couple dans le règlement « documents publics »	310
Conclusion du Chapitre II	315
Conclusion du Titre II	316
Conclusion de la Partie I	318
Partie 2 :	323
L'application de la méthode aux statuts de couple	323
Titre I - Les conditions posées à la reconnaissance	328
Chapitre I - Les conditions liées à la formation et à la nature du statut de couple	330
Section I - Les statuts de couple valablement cristallisés à l'étranger	330
§ I - Un statut de couple cristallisé dans son État d'origine	331
A. La cristallisation de la relation de couple comme limite au jeu des règles de conflit	332
1. La distinction entre la création et l'efficacité de la situation : nouvelle <i>summa divisio</i> du droit international privé	332
2. La cristallisation de la situation : marqueur de l'existence de la situation dans son ordre juridique d'origine	335
B. Les modes de cristallisation des statuts de couple	338
1. La cristallisation de la relation de couple par l'intervention d'une autorité publique	341
2. La cristallisation de la relation de couple sans intervention d'une autorité publique	345
§ II - Un statut de couple valable	349
A. Un contrôle assoupli de la validité du statut à reconnaître	350
B. La présomption de validité dans l'ordre juridique d'origine	355
Section II - Un statut de couple « recevable » dans l'ordre juridique d'accueil	357
§ I - La condition de conformité à l'ordre public du for	357
A. La nécessaire protection des valeurs du for face aux statuts étrangers de couple	358

1. Le rôle essentiel de l'ordre public dans la circulation du statut de couple.....	358
a) L'importance de l'exception d'ordre public dans la méthode de la reconnaissance	359
b) Le rôle pivot de l'ordre public dans les conventions prévoyant des règles de reconnaissance en matière de couple.....	360
2. Le contenu de l'ordre public en matière de couple.....	364
a) La liberté matrimoniale.....	366
b) Le respect de l'institution du mariage tel que conçu par le droit français.....	369
c) L'égalité de l'homme et de la femme face à l'union matrimoniale.....	370
d) Le droit au respect de la vie privée et familiale.....	370
B. L'adéquation entre l'ordre public atténué et la logique circulatoire de la reconnaissance	371
1. La proximité entre l'ordre public atténué et la méthode de la reconnaissance.....	372
2. L'adaptation de l'ordre public atténué aux exigences de Cour européenne des droits de l'homme.....	373
§ II - L'absence de statut inconciliable préexistant dans l'ordre juridique de reconnaissance	376
A. Le principe de l'inconciliabilité comme motif de non-reconnaissance du statut étranger.	379
B. Le cas particulier de la célébration d'un mariage à l'étranger après l'enregistrement d'un PACS en France.....	381
Conclusion du Chapitre I.....	383
Chapitre II - Les conditions relatives à la proximité entre le couple et les différents ordres juridiques concernés.....	384
Section I - Le contrôle de la proximité existant entre le statut de couple et son État de constitution.....	385
§ I - La justification du contrôle de proximité.....	386
A. Les éléments justifiant l'abandon d'un tel contrôle.....	386
B. Les arguments justifiant le maintien d'un tel contrôle.....	388
§ II - Les modalités du contrôle de la proximité.....	391
A. L'adaptation du principe de proximité aux règles de reconnaissance.....	391
1. La souplesse du contrôle de proximité.....	392
2. La proximité : indicateur de l'intégration du couple dans l'État de création du statut	394
B. Les éléments de contrôle à prendre en compte en matière de couple.....	396
1. Le choix d'une appréciation qualitative ou quantitative de la proximité.....	399
2. La date d'appréciation de l'élément de rattachement.....	401
Section II - Le contrôle de la proximité entre la relation de couple et son ordre juridique de reconnaissance.....	403
§ I - Le renouveau du contrôle de la fraude.....	405

A.	Les raisons justifiant le maintien du contrôle de l'absence de fraude.....	405
1.	La nécessité du contrôle de la fraude au regard des éléments de rattachement retenus en matière de couple.....	406
2.	La nécessité du contrôle de la fraude au regard de la méthode de la reconnaissance.	409
B.	L'évolution de la notion de fraude.....	412
1.	L'inadéquation de la notion de fraude à la loi au regard de la réalité des comportements frauduleux.....	412
2.	L'adaptation de la fraude au contexte actuel : la fraude à la loi internationale.....	416
§ II -	La mise en œuvre du contrôle de l'absence de fraude à la loi internationale.....	419
A.	La caractérisation du faux conflit.....	419
1.	Faux conflit et situations internes locales.....	420
2.	Faux conflit et situations internationales liées à la France.....	423
B.	La prise en compte du facteur temps.....	426
1.	... dans la caractérisation de la fraude.....	426
2.	... dans la sanction de la fraude.....	429
	Conclusion du Chapitre II.....	433
	Conclusion du Titre I.....	437
	Titre II - La portée de la reconnaissance.....	440
	Chapitre I - Les effets attendus de la reconnaissance.....	442
	Section I - La circulation de la validité du statut de couple.....	442
	§ I - La reconnaissance de la validité du statut de couple.....	443
	§ II - La contestation de la validité du statut de couple.....	444
	A. L'État compétent pour se prononcer sur la validité de la relation.....	446
	B. Le droit applicable en cas de contestation de la validité de la relation de couple.....	447
	Section II - La circulation des effets de la relation de couple.....	448
	§ I - L'assimilation du statut étranger aux statuts connus du droit du for de reconnaissance.....	448
	A. Illustrations en droit positif de la théorie de l'assimilation.....	450
	1. Illustration en droit français de la théorie de l'assimilation de la relation étrangère	450
	2. Illustrations en droit comparé de la théorie de l'assimilation de la situation étrangère	451
	B. La critique de la théorie de l'assimilation des effets.....	453
	§ II - La reconnaissance des effets d'origine de la relation.....	455
	A. La permanence du statut par l'importation de ses effets.....	456
	1. Le respect des prévisions des parties.....	457
	2. La circulation des effets d'origine de la relation de couple par le biais des règles de conflits.....	459
	B. Les effets soumis à la méthode de la reconnaissance.....	463
	1. Les effets épuisés par la formation de la relation de couple.....	463
	2. Les effets simplement potentiels à la date de la formation du couple.....	469

Conclusion du Chapitre I.....	473
Chapitre II - Les difficultés non résolues par la méthode de la reconnaissance.....	474
Section I - Les difficultés liées à la qualification du statut de couple.....	475
§ I - La loi applicable à la qualification du statut de couple étranger.....	475
A. La qualification préalable à la reconnaissance.....	476
1. La nécessité de qualifier le statut de couple aux fins de reconnaissance.....	476
2. La qualification <i>lege originis</i>	478
B. La qualification postérieure à la reconnaissance.....	482
1. La qualification de droit international : la qualification <i>lege fori</i>	482
2. La qualification de droit interne : la qualification <i>lege causae</i>	486
§ II - La requalification des partenariats-institutions.....	489
A. Le critère de la requalification.....	490
1. L'exclusion de la requalification du statut de couple fondée sur l'orientation sexuelle du couple.....	490
2. L'admission de la requalification des partenariats-institutions fondée sur les effets du partenariat.....	492
B. La requalification et la permanence du statut.....	495
Section II - Les difficultés liées à la concurrence des statuts.....	499
§ I - L'existence de statuts concurrents dans deux ordres juridiques étrangers : limite à l'efficacité de la méthode de la reconnaissance.....	501
A. Les sources de la concurrence de statuts.....	501
1. La création d'un second statut entrant en concurrence avec un statut préexistant. . .	501
2. La requalification d'un statut en cas de franchissement d'une frontière.....	503
3. La non-reconnaissance dans un État du statut précédemment créé dans un autre État	504
B. La dynamique entre la concurrence de statuts et la méthode de la reconnaissance.....	505
§ II - Le traitement de situations de concurrence de statuts : l'adaptation de la méthode de la reconnaissance.....	508
A. La reconnaissance des deux statuts : la conciliation de leurs effets.....	509
1. Exemples de conciliation des effets des statuts.....	509
2. Les limites de la conciliation des effets des statuts concurrents.....	513
B. La reconnaissance d'un seul des statuts : le choix du statut prévalent.....	517
1. Le choix fondé sur un critère chronologique.....	518
2. Le choix fondé sur la volonté des parties.....	520
3. Le choix fondé sur l'effectivité des statuts.....	521
Conclusion du Chapitre II.....	523
Conclusion du Titre II.....	525
Conclusion de la Partie II.....	526
Conclusion Générale.....	530

Bibliographie.....533

Index.....585

Introduction

1. À l'origine du statut personnel.

Dès sa naissance, l'individu est porté par le droit. À l'enfant né vivant et viable, le droit octroie une personnalité et une capacité juridiques et attache un nom, une filiation, une nationalité¹, un sexe...

Ainsi, dans les premiers temps de sa vie, l'individu est pourvu d'une série de « qualités juridiques » qui fondent son identité et permettent son identification au sein d'une société. Ces qualités marquent, à la fois, son individualité — il est le seul à répondre à cette combinaison de qualités — et son appartenance à une cellule familiale - il porte ce nom parce qu'il est l'enfant d'untel, il est français dès sa naissance parce qu'il est né d'un Français. Ces éléments composent le « statut personnel » de l'individu.

2. Il apparaît alors que la notion même de statut personnel a évolué. Chez les postglossateurs, elle visait « les *lois* qui suivent les personnes, quels que soient leurs déplacements »². Aujourd'hui, elle peut aussi désigner la « catégorie de rattachement »³ qui recouvre ces lois. Le statut personnel est, tout à la fois, l'« ensemble [des] qualités juridiques de la personne (status) pour lequel il s'agit de déterminer la loi applicable » et « la loi (statutum) elle-même qui régit la personne quant à cet ensemble de qualités juridiques »⁴. Le statut personnel est, ainsi, l'enveloppe juridique qui entoure et définit la personne physique à laquelle il est attaché.

3. La mutabilité du statut personnel.

À l'instar de l'être humain qu'il définit, le statut personnel est mouvant. Étroitement liées les unes aux autres, les différentes composantes de ce statut personnel peuvent évoluer dans le temps. Ainsi, une filiation peut disparaître au profit d'une autre, une nouvelle

¹La question de l'intégration de la nationalité dans le statut personnel ne fait toutefois pas l'objet d'un consensus, v. sur ce point A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de reconnaissance mutuelle*, th. dactyl., Lyon III, 2014, sp. 16, § 11.

²I. Fadlallah, « Statut personnel », *Rep. Droit Int.*, Dalloz, septembre 2003 (actualisation 2011), § 1.

³A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 15, § 8.

⁴Ph. Francescakis, « Statut personnel », *Rep. Droit Int.*, Dalloz, 1969 ; V. dans le même sens, la définition donnée par B. Audit et L. d'Avout, selon lesquels « on désigne par statut personnel l'ensemble des questions concernant la personne dans la société civile ou, selon le cas, l'ensemble des lois qui s'y appliquent ». (*Droit international privé*, 7ème éd. refondue, Economica, 2013, § 19).

nationalité peut être acquise et un nom peut être changé. Et souvent, l'évolution de l'une de ces composantes influera sur les autres. À l'enfant qui est adopté, est octroyé un nouveau nom et parfois une nouvelle nationalité. L'individu qui acquiert une nouvelle nationalité pourra modifier son nom. La mutabilité des composantes du statut personnel lui permet de s'adapter à la réalité de la personne dont il est le reflet juridique, et ce à chaque moment de sa vie.

4. Au surplus, le statut personnel de chaque individu peut s'enrichir de nouveaux éléments au cours de sa vie. L'un de ces enrichissements découle, notamment, de la décision de former un couple. Issu du latin « *copula* », le vocable de couple renvoie à l'idée de lien, d'union. Ainsi, par le couple, un individu se lie, s'attache à un autre.

Toutefois, le couple n'est pas une « qualité juridique » et ne saurait, en lui-même, être considéré comme une composante du statut personnel. Il est une simple réalité factuelle qui naît de la rencontre de deux volontés portées vers un même but : mener une vie en commun. Pour entrer dans le monde du juridique, le couple, tel qu'il existe dans les faits, doit répondre à certaines exigences⁵ afin de devenir une relation consacrée par le droit. Cette consécration est la condition *sine qua non* de son intégration dans le statut personnel. Dès lors, seul le statut d'époux ou de partenaire modifiera, en France, le statut personnel de l'individu. Par la consécration juridique de la relation du couple, un statut conjugal se greffe aux statuts individuel⁶ et familial ou relationnel⁷. Ou pour l'exprimer de façon plus précise, le statut conjugal créé par la formation d'un statut de couple intègre le statut familial de la personne.

5. Il en découle que la notion de « relation de couple » telle qu'elle est envisagée dans le cadre de cette étude ne recouvrira que les statuts de couple juridiquement reconnus. Selon les hypothèses où l'expression sera utilisée dans le texte, celle-ci pourra désigner le statut résultant de la célébration d'un mariage, celui découlant de l'enregistrement d'un partenariat ou parfois les deux statuts considérés ensemble. Le concubinage qui n'entraîne aucun effet sur le statut personnel, au moins en droit français, est en revanche exclu du cadre de cette étude. Il ne sera que ponctuellement évoqué afin d'illustrer certaines questions particulières.

⁵Ces exigences sont, notamment, liées à la nature du couple — il faut que celui-ci remplisse certaines conditions de fond — mais aussi, en droit français, à l'intervention d'une autorité publique selon les modalités prévues par la loi — sa formation doit, ainsi, répondre à certaines conditions de forme.

⁶I. Fadlallah, « Statut personnel », *préc.*, § 8.

⁷*Ibid*, § 8.

6. **La confrontation du statut personnel à la mobilité de la personne : le besoin de permanence du statut personnel.**

L'individu vit, aujourd'hui bien plus qu'hier, dans un espace de mobilité. C'est, là, l'une des caractéristiques essentielles de notre monde globalisé : les idées, les biens, les capitaux ainsi que les personnes circulent en permanence. Le fait de circulation « recouvre un nombre considérable de réalités différentes »⁸ et si seule la circulation de la personne, porteuse d'un statut personnel, à travers les frontières étatiques nous intéresse ici, elle est un phénomène d'importance. Pour preuve, près de quatre pour cent de la population mondiale sont composés de personnes résidant dans un autre État que celui dans lequel elles sont nées⁹. En 2017, 77,9 millions de migrants vivaient sur le continent européen, dont 7,9 millions se sont installés sur le territoire français¹⁰. Un peu plus de la moitié des migrants résidant en Europe était d'origine européenne¹¹. Il en découle une multiplication des familles présentant un élément d'extranéité, et une étude Eurostat de 2012 a ainsi estimé qu'entre 2008 et 2010 un mariage européen sur douze impliquait une personne née à l'étranger¹². En France, la part des mariages célébrés dont au moins un conjoint est étranger s'est stabilisée entre 15 et 17 pour cent depuis 2008¹³.

7. Cette circulation de la personne entraîne alors nécessairement un certain nombre de questions juridiques d'importance variable. Le sujet de cette étude n'en retiendra qu'une seule : comment limiter l'impact du franchissement de la frontière sur le statut personnel et ses composantes ?

En effet, toutes les qualités juridiques qui sont attribuées à la personne le sont en vertu d'un droit, celui considéré comme applicable dans leur ordre juridique d'origine. Lorsque l'individu se déplace d'un État à un autre, il quitte un ordre juridique pour un autre. Chacun des ordres juridiques désignant par ses propres règles de rattachement la loi applicable au statut personnel, le phénomène de circulation de la personne risque d'entraîner un autre phénomène. Celui-ci est décrit par le Professeur Bergé, comme la

⁸J.-S. Bergé, « Le fait de circulation interterritoriale : la méthode du juriste en question », *JDI*, 2016, n° 1, doct. 2, § 16.

⁹*International Migration Report 2017*, Division de la Population, Département des Affaires économiques et sociales (DAES), Nations unies, consultable à l'adresse : http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017_Highlights.pdf.

¹⁰J.-S. Bergé, « *Le fait de circulation interterritoriale : la méthode du juriste en question* », *préc.*, § 16.

¹¹*Ibid.*

¹²Eurostat, *Merging populations - A look at marriages with foreign-born persons in European countries*, 29/2012 (<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3433488/5584928/KS-SF-12-029-EN.PDF/4c0917f8-9cfa-485b-a638-960c00d66da4>, lien consulté le 30 août 2016). L'étude porte sur les pays de l'Union européenne des 27, ainsi que l'Islande, la Norvège et la Suisse, et seuls les mariages impliquant une personne née à l'étranger au sens strict sont comptabilisés : les mariages impliquant deux conjoints nés à l'étranger sont exclus (p. 1).

¹³Chiffres publiés sur le site de l'INSEE à l'adresse http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=MARNATEP.

« dissociation entre le droit invocable [- celui en vertu duquel certaines qualités juridiques ont été attribuées ou auraient pu être attribuées à la personne dans un État A-] et le droit applicable [- celui en vertu duquel son État B d'accueil lui aurait ou va lui attribuer ces qualités juridiques] »¹⁴. Ainsi, le droit appliqué ou applicable aux yeux de l'État B ne sera pas nécessairement celui qui l'était dans l'État A. Dès lors soumis à des règles matérielles différentes, le statut personnel pourrait être modifié en raison du franchissement de la frontière.

8. Or, le statut personnel, en ce qu'il définit la personne, requiert permanence et stabilité. Ainsi que le soulignait Pillet, il « serait inadmissible qu'en passant d'un État dans un autre, un homme perde les qualités d'enfant légitime, d'époux, de père de famille, qu'il avait régulièrement acquises ». En effet, le besoin de permanence du statut personnel est dû « à son inhérence à la personne elle-même »¹⁵, et le besoin de voir respecter son identité ne disparaît pas par le franchissement de frontière. L'enveloppe juridique attachée à la personne ne saurait être modifiée au motif que celle-ci circule entre différents États.

9. **Le rattachement à la nationalité : la permanence du statut assurée par la permanence de la loi applicable.**

C'est ainsi, « la continuité des situations [préoccupation très ancienne et très forte, spécialement en matière de statut personnel], qui a conduit à toujours rechercher des rattachements aussi solides et constants que possible »¹⁶. En France, l'article 3 alinéa 3 du Code civil prévoit, depuis 1804, que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Conçue à son origine comme une règle unilatérale, la solution a rapidement été bilatéralisée par la jurisprudence¹⁷. La loi personnelle, loi qui s'applique à la détermination du statut personnel, est la loi nationale, qu'elle soit la loi française ou une loi étrangère.

10. La permanence est alors assurée à un double titre. D'abord, le rattachement à la nationalité est un rattachement fort en ce qu'il est parmi les rattachements les plus stables. Ainsi que le soulignait le Professeur Pataut, « on change moins de nationalité que de

¹⁴J.-S. Bergé, « *Le fait de circulation interterritoriale : la méthode du juriste en question* », *préc.*, § 23.

¹⁵K. Elgeddawy, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1971, préface H. Batiffol, § 6.

¹⁶J.-P. Laborde, « Retour sur la pluralité des points de rattachements en droit international privé français des personnes et de la famille », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 207, sp. 220.

¹⁷CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta, S.*, 1814, 2, p. 393, *GAJDIP*, 2006, Y. Lequette, B. Ancel, 5e éd., Dalloz, n° 1.

résidence »¹⁸. Aussi, la loi nationale ne varie que très rarement dans le temps et la personne sera, aux yeux de l'ordre juridique français, soumise à la même loi tout au long de sa vie. Elle est alors, en quelque sorte, enchaînée aux dispositions matérielles de son État d'origine.

Ensuite, le rattachement à la loi nationale est très représenté dans le monde¹⁹, et si d'autres États retiennent le rattachement au domicile, la notion de *domicile of origin* telle que conçue par les États de *common law* se rapproche de la notion de nationalité retenue dans les pays de droit civil²⁰. Il apparaît alors qu'une personne sera, dans la grande majorité des ordres juridiques, soumise à la même loi.

Dès lors, la permanence est assurée, à la fois, sur un plan « temporel » et sur un plan « spatial ». La loi applicable ne varie pas selon les déplacements de la personne, qui reste toujours soumise à la même loi — la permanence se constate sur le plan temporel — et ce quelle que soit la nationalité de l'autorité compétente — la permanence se réalise sur le plan spatial.

11. Il faut alors souligner que le rattachement à la nationalité, comme le rattachement domiciliaire, est soutenu par « l'idée de sujétion des individus à un État souverain ou d'autorité de la loi sur eux »²¹. Soumettre le statut personnel d'un individu à sa loi nationale permet de préserver l'autorité des lois dans un domaine où, pour l'essentiel et traditionnellement, les intéressés ne se sont pas vu reconnaître la disponibilité de leurs droits²². De fait, ce rattachement met en exergue la volonté de l'État de maintenir ses citoyens sous son contrôle pour les matières qui relèvent de leur personne²³. Ainsi, il a pu être écrit qu'« il semble bien que la raison d'être d'une loi personnelle soit cette nécessité de la permanence de certaines prescriptions. Si la loi hollandaise ne permet le divorce que pour des causes déterminées, il ne doit pas suffire à un Hollandais domicilié en Hollande de demander le divorce au juge d'un État voisin dans un cas interdit par la loi hollandaise pour être considéré comme régulièrement divorcé en Hollande »²⁴. La permanence du

¹⁸E. Pataut, *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, coll. Corpus, 2014, sp. 37.

¹⁹E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, t. 251, p. 33, sp. 175.

²⁰H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en ciel) : cours général », *RCADI*, 2005, t. 312, p. 13, sp. 210, § 195.

²¹B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé, préc.*, § 211.

²²*Ibid*, § 191.

²³V. en ce sens T. Vignal, *Droit international privé*, Sirey, 3ème éd., 2014, sp. 137.

²⁴H. Batiffol, « Principes de droit international privé », *RCADI*, 1959, t. 97, p. 431, sp. 503.

statut personnel est conçue comme « la permanence de l'autorité de l'État sur ses sujets »²⁵ ou plus précisément comme « la permanence de l'État de rattachement »²⁶.

12. Toutefois, il est commun, aujourd'hui, d'observer le morcellement du statut personnel²⁷. La catégorie est, désormais, « éclatée »²⁸ entre différents éléments de rattachement, comme le domicile²⁹, la résidence habituelle ou l'autonomie de la volonté³⁰, qui concurrencent directement la nationalité. Cet éclatement de la matière, mais surtout la nature des rattachements retenus, soulève alors nécessairement la question de la permanence du statut. En effet, la soumission de certaines de ses composantes à des lois désignées par des éléments aussi mouvants ou aussi peu représentés en droit comparé menace l'équilibre mis en place par le rattachement à la nationalité.

13. **La reconnaissance des situations créées à l'étranger : la permanence assurée par la reconnaissance des éléments du statut.**

La méthode de la reconnaissance des situations créées à l'étranger se veut une réponse possible au besoin de stabilité du statut personnel. Présentée pour la première fois en France par le Professeur Lagarde³¹, cette méthode propose l'éviction de la règle de conflit du for lorsque celui-ci est amené à se prononcer sur la validité d'une situation déjà créée dans un autre ordre juridique. Son objectif est qu'un statut, « une fois créé, ne soit pas

²⁵E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions : étude de droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999, préface P. Lagarde, sp. 41.

²⁶Intervention de B. Audit lors des débats suivant l'intervention d'E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2008, p. 71, sp. 101.

²⁷I. Fadlallah, « Statut personnel », *préc.*, § 8 s.

²⁸A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de reconnaissance mutuelle*, *préc.*, sp. 20, § 19.

²⁹Au sens des pays de droit civil.

³⁰Voir notamment D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 285 ; J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992 ; P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *RCDIP*, 1992, p. 425 ; V. Heuzé, « La volonté en droit international privé », *Droits*, n° 28, 1999, p. 113 ; A. E. von Overbeck, « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619.

³¹P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe envioie d'unification : quelques conjonctures », *RabelsZ*, 2004, p. 225 ; V. par la suite la doctrine abondante sur le sujet P. Lagarde, « La reconnaissance, mode d'emploi », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 481 ; P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Le droit international privé, Esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 537 ; G.-P. Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité, Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457 ; S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 307 ; E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006 - 2008, Pédone, 2009, p. 71 ; Ch. Pamboukis, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513 ; plus précisément sur la reconnaissance en droit de l'Union européenne A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, *préc.* ; S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 2017 ; L. Rass-Masson, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, th. dactyl., Paris 2, 2015 ; plus largement A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, 2009, t. 341, spéc. § 207 ; R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, 2011, t. 348, p. 253 s. Spécifiquement sur la reconnaissance des liens de couple, voir A. Devers, « La circulation des statuts de couple dans l'espace européen », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, coll. Thèmes et commentaires, p. 81.

remis en cause lors des déplacements de la personne concernée, au motif qu'il n'aurait pas été créé selon la loi qui aurait été compétente selon le droit international privé de l'État de reconnaissance »³². Visant à assurer « que les personnes qui se déplacent d'un État à l'autre gardent effectivement le même statut »³³, la méthode permet d'assurer la permanence de ce statut³⁴.

14. Il apparaît, toutefois, que la reconnaissance procède d'une modification de la perception de la permanence du statut personnel. En effet, la méthode ne cherche pas à garantir que la personne soit soumise en tout lieu et en tout temps à la même loi puisque, de fait, elle se désintéresse de la question du droit applicable³⁵. Son objectif est que les éléments du statut personnel qui ont déjà été créés dans un ordre juridique soient reconnus dans un autre ordre juridique. La permanence recherchée n'est pas une permanence « abstraite », mais la permanence « concrète »³⁶ de « l'identité [de la personne] telle que déterminée dans un État »³⁷. Cette permanence n'est pas, ici, centrée sur la loi applicable, mais sur l'individu et son statut. Ceci est d'autant plus vrai que, comme le souligne le Professeur Mayer, un élément du statut personnel sera reconnu pour la seule raison qu'une personne a pu fonder des prévisions légitimes sur sa validité³⁸. Il semble, alors, que l'harmonie internationale des solutions, dont la permanence du statut est un avatar, se transforme dans le cadre de la méthode de la reconnaissance en un « droit individuel »³⁹. Parce qu'il a fondé des prévisions légitimes sur la validité, dans un ordre juridique, de son statut, l'individu peut légitimement s'attendre à ce que celui-ci soit reconnu dans un autre ordre juridique.

15. En ce sens, la méthode offre une nouvelle illustration d'un phénomène plus général : « le respect des personnes passe [désormais] devant l'intérêt des États au respect de leurs propres lois »⁴⁰. Ainsi, si la question de la méthode de la reconnaissance se pose aujourd'hui, c'est parce qu'elle répond à un mouvement profond du droit international

³²P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ.*, 2004, p. 225, sp. 231.

³³E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 82.

³⁴P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », *préc.*, sp. 491, §13 ; E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 82.

³⁵P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 360, § 27.

³⁶P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », *préc.*, sp. 491, § 13.

³⁷A. Bucher, « La migration de l'état civil », *Un engagement au service du droit international privé Mélanges en l'honneur de Hans von Loon*, Intersentia, 2013, p. 101, sp. 102.

³⁸P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 362, § 29.

³⁹A. Bucher, « La migration de l'état civil », *préc.*, sp. 102.

⁴⁰*Ibid.*

privé qui tend à une prise en considération accrue de l'individu et de ses besoins⁴¹. La perception du rôle de la matière a changé⁴², celle-ci est désormais conçue comme ayant vocation à résoudre des « conflits entre personnes et non plus des conflits entre systèmes juridiques »⁴³. Il ne s'agit plus alors d'arbitrer « la concurrence de plusieurs lois » afin de satisfaire « au mieux les intérêts des personnes privées, ceux de la société étatique et ceux d'une société internationale en gestation », mais d'offrir « aux consommateurs de droits [des produits juridiques] en fonction de leurs appétits, de leurs désirs, voire de leurs caprices »⁴⁴. En cela, le droit international privé devient un droit au service des seules personnes qui sont en droit d'attendre « de [leur] environnement qu'il s'organise autour de [leurs] intérêts »⁴⁵.

16. Les origines de la méthode de la reconnaissance.

Si la méthode de la reconnaissance répond à l'évolution actuelle du droit international privé, elle puise « dans des idées ancestrales le terreau de l'innovation »⁴⁶. La filiation existant entre la méthode de la reconnaissance des situations et d'anciennes théories du droit international privé classique a été soulignée dans la doctrine⁴⁷.

17. Ainsi, le Professeur Pataut présente la méthode de la reconnaissance⁴⁸, comme une variation de la théorie des droits acquis. Selon cette théorie, telle qu'elle a été développée en France par Pillet, « toutes les fois qu'un droit a été régulièrement acquis dans un pays quelconque, ce droit doit être respecté, et les effets qu'il produit doivent lui être garantis dans un autre pays »⁴⁹. L'auteur opère une distinction entre le conflit de lois et les droits

⁴¹En marge de la méthode de la reconnaissance, un certain nombre d'évolutions du droit international privé illustre cette nouvelle vision de la matière. L'expansion du domaine de l'autonomie de la volonté, notamment en droit de la famille, en est l'un des exemples les plus frappants. Mais le même constat peut être fait à l'égard de la multiplication des règles de conflit à coloration matérielle tournées vers l'obtention d'un résultat particulier au détriment de la localisation du rapport de droit selon les liens qu'il entretient avec un ordre juridique, ou de l'abandon du contrôle de la loi appliquée lors de la reconnaissance des jugements étrangers.

⁴²A. Bucher, « La migration de l'état civil », *préc.*, sp. 102.

⁴³Marc Fallon, « Introduction aux conditions d'exercice de l'autonomie de la volonté dans les règlements européens », in A. Panet, H. Fulchiron, P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 1ère éd. 2017, p. 171.

⁴⁴Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2015, t. 387, p. 9 s., sp. 592, § 372.

⁴⁵B. Louvel, « Vers une plus grande prévisibilité dans la jurisprudence internationale », Discours prononcé lors des journées internationales 2015 de la société de législation comparée, disponible à cette adresse : [https://www.courdecassation.fr/IMG//Vers%20une%20plus%20grande%20pr%C3%A9visibilit%C3%A9%20dans%20la%20jurisprudence%20internationale%20-%20par%20B.%20Louvel%20\(publication\).pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//Vers%20une%20plus%20grande%20pr%C3%A9visibilit%C3%A9%20dans%20la%20jurisprudence%20internationale%20-%20par%20B.%20Louvel%20(publication).pdf).

⁴⁶A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, *préc.*, sp. 13, § 4.

⁴⁷E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*

⁴⁸De la même façon, le Professeur Gothot soulignait la proximité existant entre la théorie des droits acquis et celle du conflit de systèmes développée par le Professeur Franciscakis, théorie qu'il a pu qualifier de « nouvelle doctrine des droits acquis » (P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP*, 1971, p. 1, p. 209 et p. 514).

⁴⁹A. Pillet, « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, 1925, t. 8, p. 485, sp. 492.

acquis, le droit acquis étant entendu comme le « droit constitué suivant les conditions légales de son existence, le droit réunissant tout ce qui contribue à sa perfection et poussé à un point tel qu'il peut produire son effet ou qu'il l'ait déjà produit ou qu'il ait pu le produire sur l'aire nationale. Pratiquement, c'est donc à ce signe que le droit est assez complet pour avoir pu produire ou pour avoir produit son effet que l'on reconnaîtra un droit régulièrement acquis »⁵⁰.

Selon Pillet, le conflit de lois vise à déterminer la loi compétente pour la constitution d'un rapport de droit alors que les droits acquis n'impliquent qu'une question de reconnaissance du rapport de droit déjà constitué. La principale critique portée à l'encontre de cette théorie a été formulée pour la première fois par Savigny qui souligne que « pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il [faut] d'abord savoir d'après quel droit local [il convient de] juger de leur acquisition »⁵¹. Il n'existe, dès lors, aucune différence entre le conflit de lois et les droits acquis, les deux supposant la recherche de la loi applicable au rapport de droit. À cette critique, Pillet apporte une réponse. L'auteur différencie les droits acquis qui, au moment de leur naissance, ne présentaient aucun élément d'extranéité et les autres⁵². Les premiers doivent logiquement relever de la loi de leur pays d'origine, alors que les seconds doivent être soumis à la loi désignée par la règle de conflit du for de reconnaissance⁵³. Il apparaît toutefois que la réponse ici apportée ne suffit pas à démontrer la nécessité de distinguer entre le conflit de lois et les droits acquis. La théorie est alors affectée d'un vice logique, dénoncé notamment par Arminjon⁵⁴.

18. La méthode de référence à l'ordre juridique compétent de Picone se fonde de la même manière sur une distinction entre la création et la reconnaissance de la situation. Toutefois, la méthode proposée dépasse le simple cadre de la reconnaissance et vise à résoudre, tout à la fois, le conflit de lois, la reconnaissance des situations et la compétence juridictionnelle⁵⁵. Elle peut, ainsi, être utilisée « en vue de la constitution dans le for de situations juridiques déterminées, ou bien en vue de la reconnaissance dans le for de situations juridiques acquises ou existantes à l'étranger »⁵⁶.

⁵⁰A. Pillet, « La théorie générale des droits acquis », *préc.*, sp. 496.

⁵¹F. C. von Savigny, *Traité de droit romain*, T. VIII., reprint éd. Panthéon-Assas, 2002, sp. 131, § 361.

⁵²A. Pillet, « La théorie générale des droits acquis », *préc.*, sp. 496-497.

⁵³*Ibid.*

⁵⁴P. Arminjon, « La notion de droit acquis en droit international privé », *RCADI*, 1933, t. 44, p. 1, sp. 103.

⁵⁵E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 77.

⁵⁶P. Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, 1999, t. 276, p. 9, sp. 123 ; Du même auteur, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, 1986, t. 197, p. 233.

19. La proposition de Picone vise à « éviter l'existence [...] de situations juridiques "boiteuses" »⁵⁷, en assurant que seules des situations susceptibles d'être reconnues à l'étranger soient constituées par le for, mais aussi que les situations juridiques déjà créées soient reconnues par lui. Pour parvenir à un tel résultat, la méthode s'appuie sur la prise en considération du point de vue concret de l'ordre juridique de référence, et non seulement du point de vue abstrait exprimé par ses règles de droit. En définitive, Picone subordonne « la réaction du for à la réaction concrète de l'ordre juridique compétent »⁵⁸, qu'il s'agisse de créer ou de reconnaître un rapport de droit. Il apparaît que le rôle de la règle de conflit du for subit alors un bouleversement profond. Loin de permettre la désignation de la seule loi applicable, elle désigne « directement et globalement l'ordre juridique compétent »⁵⁹. Appliquée aux situations créées à l'étranger, la méthode suppose qu'elles soient reconnues « à la seule condition de produire concrètement [leurs effets] à l'intérieur de l'ordre juridique étranger pris comme référence et sans plus procéder à aucun contrôle autonome ni de la loi appliquée à [leur formation], ni de la compétence internationale de l'organe (de l'État étranger ou d'un État tiers) qui [les] aurait, par hypothèse, [créées] »⁶⁰.

20. Deux autres théories se rapprochent de la méthode de la reconnaissance en ce qu'elles proposent l'éviction de la règle de conflit du for à certaines conditions. En effet, tant la théorie du conflit de systèmes de Francescakis⁶¹ que la distinction entre le for de jugement et le for de raisonnement proposée par Droz « sont orientées autour d'une même idée fondamentale : celle d'un alignement du droit international privé du for sur celui d'un autre État »⁶².

Elles se fondent, au surplus, sur le même postulat de départ. Chaque État prévoit ses propres lois et la coexistence de ses lois peut mener à des conflits de lois. La pluralité de lois potentiellement applicables à un même rapport de droit, qui provoque concrètement un conflit de lois, est régie par les règles de conflit de lois. Ces règles de conflit de lois forment ce qu'il convient d'appeler un système de conflit de lois. Or, chaque État use de son propre système de conflit de lois. Et la pluralité de système de conflit de lois potentiellement applicables à un même rapport de droit entraîne un conflit. Ce conflit est alors un conflit de systèmes. Ces conflits sont, quant à eux, réglés par des règles de conflit

⁵⁷P. Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *préc.*, sp. 123.

⁵⁸E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.* sp. 77.

⁵⁹A. Bilyachenko, *La circulation internationale des situations juridiques*, th. dactyl., La Rochelle, 2016, sp. 73, § 94.

⁶⁰P. Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *préc.*, sp. 131.

⁶¹Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958.

⁶²E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 75.

de systèmes. Ainsi, schématiquement, la règle de conflit de systèmes permet de désigner la règle de conflit de lois applicable au rapport de droit et cette règle de conflit de lois désigne la loi matérielle applicable au rapport de droit.

Francescakis propose alors que dans certaines situations, la règle de conflit de systèmes du for écarte les règles de conflit de lois de ce for au profit de règles de conflit de lois étrangères. Ce ne doit être possible, selon cet auteur, que lorsque la situation en cause ne présentait aucun lien avec l'ordre juridique du for au moment de sa constitution. En effet, « la situation juridique en cause ne saurait être légitimement réglée que par des systèmes avec lesquels elle présentait des contacts »⁶³.

Ainsi, la validité d'une situation qui ne présentait aucun lien, à la date de sa création, avec le for doit être appréciée à l'aune de la loi compétente en vertu du système conflictuel de l'ordre ou des ordres juridiques en contact avec elle à cette date. Lorsque la situation ne présentait de lien qu'avec un seul État au moment de la formation, la loi de cet État s'applique⁶⁴. Si au contraire, elle présentait des attaches avec plusieurs États, deux possibilités se présentent. Soit les systèmes de conflit de lois des différents États concernés s'accordent quant à la loi applicable, et la validité de la situation s'apprécie sous l'empire de cette loi, soit ils ne s'accordent pas. La détermination de la loi applicable passe, alors, par le renvoi.

21. Droz s'appuie sur la même idée et constate que les règles relatives au renvoi, celles ayant vocation à régir le conflit de systèmes donc, ne sont pas identiques dans tous les États. Les divergences entre ces règles « peuvent provoquer des conflits à la troisième puissance dans la mesure non pas où [elles] divergent, comme [dans le cas des règles de conflits de lois], mais au contraire dans la mesure où [elles] concordent dans leurs solutions : si les deux fors intéressés acceptent le renvoi au premier degré à leur loi interne le conflit négatif se transforme, on le sait, en conflit positif, si les ordres juridiques refusent tous deux le renvoi et appliquent la loi interne de l'autre pays on est encore en présence d'un conflit positif inversé »⁶⁵. Ce conflit, situé à un niveau supérieur à celui mis en lumière par Francescakis, est un « conflit d'ordres juridiques »⁶⁶. Pour le régler, l'auteur propose de faire une distinction entre le for de raisonnement et le for de jugement⁶⁷ lorsque la « situation litigieuse pénètre dans le système du for saisi après que ses éléments ont pris

⁶³Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, préc.*, sp. 194, § 203.

⁶⁴*Ibid.*, sp.192, § 201.

⁶⁵G. Droz, « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI*, 1991, t. 229, p. 9, sp. 349.

⁶⁶*Ibid.*, sp. 350.

⁶⁷*Ibid.*, sp. 351.

corps »⁶⁸. Dans ces hypothèses, le for peut « à titre exceptionnel [...], se prononcer sur la situation juridique [bien que] la compétence internationale aurait dû appartenir au contraire au for d'un autre pays. Dans ces conditions il devient possible de raisonner comme l'aurait fait le juge que l'on considère comme normalement compétent et de tenir compte non seulement de ses règles de conflit de lois, mais aussi de ses règles de conflit de systèmes »⁶⁹.

22. Les deux théories procèdent d'une logique assez similaire, bien qu'elles ne visent pas la résolution de conflits situés au même niveau. Elles partent du constat que les divergences entre les règles de droit international privé de chaque État peuvent provoquer des conflits et proposent que la résolution de ces conflits passe par l'éviction des règles du for dans certaines situations.

23. **Application de la méthode de la reconnaissance en matière de statut personnel par les conventions internationales.**

L'exemple le plus ancien, mais aussi « le plus pur »⁷⁰ de la méthode de la reconnaissance dans un texte international est celui de la Convention de La Haye de 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages⁷¹. Résolument moderne, voire « en avance sur son temps »⁷², elle n'a connu qu'un succès très limité puisqu'elle n'a été signée que par 6 États⁷³ et ratifiée que par la moitié d'entre eux⁷⁴. Le texte se découpe en 4 chapitres dont les deux premiers sont consacrés, respectivement, à la célébration puis à la reconnaissance des mariages. Le premier constat qui frappe à la lecture de la Convention est que l'idée de *favor matrimonii*⁷⁵ irrigue l'ensemble de ses dispositions. Son deuxième chapitre, considéré comme « l'aspect essentiel » du texte⁷⁶, instaure un régime de circulation des mariages extrêmement libéral. Son article 7 impose, en effet, que tous les

⁶⁸*Ibid*, sp. 364.

⁶⁹*Ibid*, sp. 352 s.

⁷⁰H. van Loon, « La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international de La Haye », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, Paris, 2013, p 121, sp 122.

⁷¹Le texte de la Convention est consultable sur le site de la Conférence de La Haye <https://assets.hcch.net/docs/bfa98840-a3ef-40f3-8f20-af0fcedc563e.pdf> , Pour une analyse de la convention, v. H. Batiffol, «La treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *RCDIP*, 1977, p. 467 s. et C. Roehrich, «La convention de La Haye du 1^{er} octobre 1977 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages», *TCFDIP*, 1977-1979, Pedone, 1980, p. 3 (l'auteur précise qu'il ne s'agit pas de la convention du 1er octobre 1977, non encore ouverte à la signature, mais celle du 14 mars 1978).

⁷²Aperçu de la Convention de La Haye de 1978 sur la célébration et la reconnaissance du mariage sur le site de la Conférence de La Haye <https://assets.hcch.net/docs/bcf49e71-a96c-4773-b61d-e68a9e6c37b6.pdf>.

⁷³La Convention a été signée par l'Australie, l'Égypte, la Finlande, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Portugal.

⁷⁴La Convention n'a été ratifiée que par l'Australie, le Luxembourg et les Pays-Bas.

⁷⁵C. Roehrich, « La convention de La Haye du 1^{er} octobre 1977 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages », *préc.*, sp. 5.

⁷⁶*Ibid*, sp. 8.

États contractants reconnaissent la validité des mariages célébrés à l'étranger, quel que soit leur État d'origine. La logique circulatoire, ici, mise en place ne se limite pas à la communauté des États contractants, mais est étendue à la la totalité des États du globe et seules deux limites sont posées, par ce texte, à la reconnaissance des mariages. La première touche à la validité de l'union. Celle-ci doit, en vertu de l'article 9, avoir été valablement célébrée, ou être devenue ultérieurement valable, au regard du « droit » de l'État de célébration. Le principe de la reconnaissance s'exprime alors dans le sens qui est donné au « droit » et qui englobe, tout à la fois, les dispositions matérielles et conflictuelles de l'État d'origine du mariage. Ainsi aucun contrôle de la loi appliquée à la célébration n'est prévu dans la convention. La seconde limite, celle de l'ordre public international, est posée par les articles 14 et 11 du texte. L'article 14 prévoit une réserve générale d'ordre public selon laquelle un État peut refuser de reconnaître un mariage qui serait manifestement incompatible avec son ordre public. L'article 11, quant à lui, énonce une série de clauses spéciales d'ordre public. Sont énumérés, dans ce texte, les « cas incompressibles »⁷⁷ pouvant constituer des motifs de refus de reconnaissance, tels que la polygamie, l'inceste, l'âge des époux, l'absence de capacité à consentir et le vice de consentement. En dehors de ces deux limites, rien ne peut faire obstacle à la reconnaissance d'un mariage. De fait, aucune condition de proximité entre le couple et l'État de célébration n'est prévue par le texte⁷⁸. Il est alors indéniable que le régime de circulation des mariages se veut, ici, très libéral, avec la limite que seule la reconnaissance de la validité de l'union est envisagée par le texte.

24. La même logique de reconnaissance a été retenue dans la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale⁷⁹. Signée le 29 mai 1993, la convention est entrée en vigueur en France en 1998. L'un des objectifs affichés par le texte est d'assurer la reconnaissance dans tous les États contractants des adoptions réalisées conformément à ses conditions. La convention se décompose en deux parties, la première énonçant les conditions de réalisation de l'adoption et la seconde définissant le régime de leur circulation.

La première différence entre cette convention de 1993 et celle de 1978 apparaît sur ce point. Si la circulation des mariages est assurée, quelle que soit son origine, celle des

⁷⁷*Ibid.*, sp. 12.

⁷⁸P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international contemporain », *RCADI*, 1986, t. 196, p. 9, sp. 191, § 204.

⁷⁹Le texte de la convention est consultable sur le site de la Conférence de La Haye <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=69>.

adoptions est limitée aux adoptions qui ont eu lieu dans un État contractant. Les deux textes présentent une seconde différence concernant les effets des statuts à reconnaître. Alors que la convention applicable aux mariages reste silencieuse sur la circulation de leurs effets, la convention de 1993 énumère les effets qui devront être reconnus dans le for d'accueil de l'adoption⁸⁰. Ceux-ci sont l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et ses parents adoptifs, la responsabilité parentale octroyée aux parents adoptifs à l'égard de l'enfant et finalement la suppression du lien de filiation préexistant si l'adoption a produit cet effet dans son État d'origine⁸¹. En marge de ces deux différences, les Conventions fonctionnent selon la même logique, le statut créé à l'étranger doit être reconnu dans les États contractants sans que ceux-ci contrôlent la loi qui a été appliquée à cette création, le seul obstacle à la reconnaissance étant celui résultant du jeu de l'exception d'ordre public. Ainsi, l'article 24 de la Convention de 1993 prévoit qu'un État peut refuser de reconnaître une adoption qui serait manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

25. En parallèle des Conventions de La Haye, la Commission internationale de l'état civil offre d'autres illustrations de la méthode de la reconnaissance aux éléments du statut personnel. Le premier est porté par la Convention n° 31 relative à la reconnaissance des noms signée à Ankara le 16 septembre 2005⁸². Ce texte prévoit, en effet, plusieurs règles de reconnaissance applicables tant aux déclarations faites sur leur nom par les époux ou les partenaires à la suite de la formation de leur statut⁸³ et déclarations faites par eux sur leur nom après la dissolution ou l'annulation du statut⁸⁴ qu'au nom attribué à la naissance aux personnes binationales⁸⁵ ou modifié par la suite⁸⁶. La logique circulatoire mise en place par cette convention est, toutefois, plus encadrée que celle des Conventions de La Haye dans la mesure où elle est limitée tant par des considérations d'ordre public⁸⁷ que de proximité⁸⁸. Le second exemple, plus récent, est la Convention de 2007 applicable aux partenariats

⁸⁰ Article 26 de la convention.

⁸¹ Avec la possibilité pour l'État d'accueil de convertir l'adoption étrangère qui n'a pas pour effet de rompre le lien de filiation préexistant en une adoption entraînant une telle conséquence à certaines conditions (article 27).

⁸² Le texte de la convention est consultable sur le site de la CIEC http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/5BYAAPCoyjVZc1RZ2ZVaHVhKgA.

⁸³ Articles 1 et 3 de la convention.

⁸⁴ Articles 2 alinéa 1 et 3 de la convention.

⁸⁵ Article 4 de la convention.

⁸⁶ Article 5 de la convention.

⁸⁷ Article 7 de la convention.

⁸⁸ Les éléments de proximité contrôlés entre le nom et son État de son attribution varient, dans cette convention, selon le motif d'attribution du nom (mariage, divorce, naissance...).

enregistrés⁸⁹. Le texte s'inspire très largement de la Convention de La Haye de 1978⁹⁰ lorsqu'il énonce les règles de reconnaissance applicables tant à la validité⁹¹, aux effets⁹² qu'aux dissolution et annulation des partenariats enregistrés⁹³. Cette proximité entre les conventions de 1978 et de 2007 ne saurait toutefois occulter les différences qui les séparent. Ainsi, la convention relative à la circulation des partenariats enregistrés énumère certains effets devant être reconnus en même temps que la validité des statuts. Cette liste reste toutefois relativement courte puisqu'elle ne vise que les effets d'empêchement à mariage ou à contracter un second partenariat⁹⁴ et les effets relatifs au nom des partenaires⁹⁵. De plus, lorsque le texte de 2007 énonce les motifs pour lesquels un État pourrait refuser de reconnaître un partenariat enregistré étranger, il reprend la liste prévue dans la convention de 1978 (lien de parenté/alliance, existence d'une autre union avant l'enregistrement du partenariat, âge des partenaires, absence de capacité à consentir, vice de consentement ou violation manifeste de l'ordre public) à laquelle il ajoute une considération de proximité. Ainsi, la reconnaissance d'un partenariat peut être refusée si, au moment de la déclaration de volonté devant l'autorité compétente, aucun des deux partenaires ne se rattachait, par la nationalité ou par la résidence habituelle, à l'État du lieu d'enregistrement.

Il apparaît alors que le régime circulatoire mis en place en matière de partenariats est à la fois plus large (en ce qu'il entraîne la reconnaissance de certains effets du statut), mais aussi plus encadré (par le contrôle de proximité entre l'État d'enregistrement et les partenaires) que celui prévu pour les mariages.

26. Le choix de la relation de couple comme sujet d'étude.

Si le couple est proposé comme point d'ancrage de cette étude de la méthode de la reconnaissance, c'est parce qu'il constitue, aujourd'hui, le lieu de rencontre de deux mouvements qui concourent à modifier la notion de permanence du statut telle qu'elle est entendue traditionnellement.

⁸⁹Convention n° 32 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés signée le 5 septembre à Munich consultable sur le site de la CIEC http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/5BYAAPCoyjVZc11RZ2ZVaHVhKgA, Pour une analyse de la convention, v. H. Muir Watt et G. Goldstein, « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI*, 2010, p. 1085; P. Lagarde, « La convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », in *Lebendiges Familienrecht – Festschrift für Rainer Frank*, Francfort-sur-le-Main / Berlin, Verlag für Standesamtswesen, 2008, p. 125.

⁹⁰P. Lagarde, « La convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *préc.*

⁹¹Article 2 de la convention.

⁹²Article 3 de la convention.

⁹³Article 8 de la convention.

⁹⁴Article 4 de la convention.

⁹⁵Article 6 de la convention.

27. Le premier de ces mouvements relève d'une évolution interne au droit du couple dans la mesure où une place de plus en plus importante y est accordée à la volonté des parties.

Il est, en effet, indéniable que le mariage de 1804, fondé sur des règles d'ordre public et dont les effets relevaient d'un monopole étatique⁹⁶, n'est plus. Défini, à l'époque, comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée »⁹⁷, il n'était considéré qu'au travers des devoirs qu'il imposait. En cela, l'union matrimoniale, base de la famille vectrice d'« ordre entre les générations »⁹⁸, était « le gage essentiel de la stabilité »⁹⁹ de la société. Seule forme de couple reconnue en droit, elle cristallisait une « petite forme d'État » dans l'État, gouvernée par la puissance de l'homme, mari et père.

28. Or, si le mariage n'a, jusqu'à nos jours, fait l'objet d'aucune réforme d'ensemble¹⁰⁰, la conception de la relation de couple qu'il portait a été, depuis 1804, profondément transformée. Les premières atteintes portées à cette conception de la relation conjugale l'ont été en creux, par la voie du divorce. Si le mariage civil était, à ses origines¹⁰¹, considéré comme indissoluble, il n'est plus qu'une union relativement temporaire. Alors qu'en 1975 survivait encore l'idée qu'il fallait « subordonner [le divorce] à des conditions strictes, propres à prévenir ses dérives : les caprices de l'un des époux »¹⁰², il apparaît, en 2019, que rien ne peut désormais s'opposer à un tel « caprice ». Il suffit que l'un des époux désire la dissolution de l'union et l'organise judiciairement¹⁰³, pour que personne, ni le juge, ni le conjoint, ne puisse s'y opposer. Au surplus, la nature institutionnelle du mariage

⁹⁶J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 2014, sp. 205.

⁹⁷J.-E.-M. Portalis, « Présentation du projet de loi sur le mariage au Corps législatif, le 16 ventôse an XI », dir. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, p. 140.

⁹⁸J.-C. Roehrig, « La famille du troisième millénaire », *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 309, sp. 311.

⁹⁹*Ibid.*, sp. 312.

¹⁰⁰J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République, préc.*, sp. 205.

¹⁰¹Le divorce fut, toutefois, permis entre 1804 et 1816. Il était, alors, strictement encadré dans la mesure où il n'était possible qu'en cas d'adultère de la femme, pour sévices ou injures graves, lorsque l'un des époux avait été condamné à une peine infamante, en cas de consentement mutuel et persévérant après deux ans de mariage, ou en dernier lieu, lorsque l'époux infidèle faisait vivre sa maîtresse au domicile conjugal. La loi Bonald, du 8 mai 1816, mis fin à l'institution du divorce pour revenir à l'état du droit sous l'ancien régime. Il fallut, alors, attendre la loi Naquet, du 27 juillet 1884, pour que le divorce soit autorisé en France.

¹⁰²J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République, préc.*, sp. 224.

¹⁰³L'article 238 du Code civil prévoit, par exemple, que l'altération définitive du lien conjugal, résultant de la seule absence de cohabitation entre les époux pendant au moins deux ans, suffit à justifier le prononcé d'un divorce.

a été réduite comme une peau de chagrin par la nouvelle possibilité de divorcer sans juge¹⁰⁴. La loi de 2013¹⁰⁵ ouvrant le mariage aux couples homosexuels posa la dernière pierre à ce travail de modification de la relation matrimoniale. Dépouillé de sa fonction procréatrice, le mariage n'est plus le berceau de la famille, mais le simple point de rencontre de deux volontés individuelles de cohabiter.

29. La mise en concurrence du mariage avec une seconde forme de couple, version allégée de l'union matrimoniale marque, de la même façon, la liberté de chacun dans le choix de sa relation de couple. Alors que jusqu'à 1999¹⁰⁶, il n'existait pas de couple sans mariage¹⁰⁷, il est possible, désormais, à « chacun de choisir la formule qui lui convient »¹⁰⁸. Entre mariage et PACS, l'individu a le choix. Ainsi que l'écrit le doyen Carbonnier, « à chacun sa famille, à chacun son droit »¹⁰⁹ et, au travers du choix de sa relation de couple, chacun doit pouvoir parvenir à « la réalisation de soi »¹¹⁰. La relation de couple se façonne à l'image des exigences de chaque individu, ce n'est plus l'individu qui s'adapte aux exigences de la relation de couple.

Ainsi, désormais, chacun peut entrer dans la relation qui lui convient et la dissoudre quand il lui convient. Le lien unissant les deux membres du couple n'existe que dans la mesure où et tant qu'il répond aux attentes de ces deux personnes. La relation de couple ne se veut plus un statut unique, rigide et organisé par l'État, mais la consécration officielle de l'attachement que deux personnes se portent. Le droit du couple est alors le reflet d'une société individualiste et consumériste où rien ne saurait faire obstacle aux désirs de l'individu. En effet, si l'individu est le « centre de gravité » du statut personnel, la volonté de l'individu est, désormais, celui de son statut conjugal.

30. Cette transformation du droit du couple ne se constate pas qu'au niveau du droit français et le droit comparé, en la matière, autorise un constat : celui d'une extrême diversité entre les Etats à travers le monde. Cette diversité s'illustre à deux niveaux. D'abord, les Etats ne reconnaissent pas tous les mêmes formes de couple. Seul le mariage est présent dans tous les pays du monde alors que le partenariat enregistré n'est apparu que

¹⁰⁴N. Dissaux, « Divorce : cas de divorce », *Rep. Droit Int.*, Dalloz, avril 2017 (actualisation 2018), § 17.

¹⁰⁵La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

¹⁰⁶La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 a institué le pacte civil de solidarité.

¹⁰⁷X. Labée, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2ème ed., 2012, sp. 17.

¹⁰⁸J.-C. Roehrig, « La famille du troisième millénaire », *préc.*, sp. 312.

¹⁰⁹J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 3ème éd., 2005, sp. 167.

¹¹⁰J. Commaille, « La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique », in C. Brunetti-Pons (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, sp. 11.

dans certains ordres juridiques. Or si ce statut se développe rapidement dans certaines régions, notamment en Europe ou en Amérique, il n'existe que dans une petite minorité de pays à l'échelle de la planète. L'écart est alors flagrant entre les Etats qui offrent une réelle option aux individus en leur permettant de choisir entre deux statuts celui qui correspond le mieux à leurs attentes, et les pays les plus conservateurs dans lesquels le couple ne peut exister que dans les liens du mariage. Il ne faut pas oublier que certains de ces Etats prohibent encore toute vie commune entre un homme et une femme en dehors des liens du mariage. C'est notamment le cas de pays de droit musulman comme le Maroc dont l'article 490 du Code pénal interdit toute relation physique entre personnes de sexe différent n'étant pas unies par les liens du mariage.

31. Ensuite, la donne s'est considérablement complexifiée avec la reconnaissance juridique des couples homosexuels. Un nouveau fossé s'est alors creusé entre les Etats qui accordent un statut aux couples de personnes de même sexe, de plus en plus nombreux, et ceux qui le refusent encore. Si la tendance actuelle va vers une meilleure acceptation de l'homosexualité et vers l'admission au niveau juridique des couples homosexuels, cette tendance reste géographiquement limitée à l'Europe et à l'Amérique, où la quasi totalité des Etats offrent à ces couples l'opportunité de bénéficier d'un statut juridique. Il faut noter, en sus, que les Etats membres du Conseil de l'Europe qui le refusent encore, n'ont d'autre choix, à court terme, que de se mettre en conformité avec l'article 8 de la Conv. EDH¹¹¹. En revanche, cette reconnaissance est extrêmement rare en Afrique et en Asie, où souvent les relations homosexuelles sont pénalement prohibées. Ainsi, en 2013, 36 Etats d'Afrique subsaharienne criminalisaient encore les relations homosexuelles¹¹².

32. Cette diversité entre les législations étatiques en matière de couple se double d'une certaine porosité entre les différents statuts reconnus.

Au niveau interne déjà, un rapprochement entre les mariages et les partenariats est visible dans nombre d'Etats qui connaissent les deux institutions. En France, les deux statuts se distinguaient essentiellement par les effets qu'ils produisaient. Or, les réformes successives qu'a connues le PACS le rapprochent, chaque jour, un peu plus du mariage. Parmi les modifications les plus significatives sur ce point, il convient de souligner que le

¹¹¹En effet, la Cour a posé, dans son arrêt *Oliari* (CEDH, 7 juillet 2015, req. 18766/11 et 36030/11), l'existence d'une obligation positive à la charge des États d'instaurer, dans leur droit interne, un statut de couple ouvert aux couples de personnes homosexuelles. V. infra § 369.

¹¹²V. le rapport d'Amnesty International, « Quand aimer devient un crime », disponible à cette adresse <https://www.amnesty.org/fr/documents/AFR01/001/2013/fr/>.

PACS fait désormais, à l'instar du mariage, l'objet d'une mention sur l'acte de naissance des partenaires depuis la loi du 23 juin 2006¹¹³ et peut être enregistré par un officier de l'état civil en mairie depuis le 1^{er} novembre 2017¹¹⁴.

Dans d'autres pays, comme l'Angleterre ou l'Allemagne, la différence entre le partenariat enregistré et le mariage était essentiellement marquée par la question du sexe des membres de couple. Le mariage était ouvert aux seuls couples de personnes de même sexe alors que le partenariat enregistré était réservé aux couples homosexuels. La frontière entre les deux statuts s'est alors sensiblement brouillée avec l'ouverture dans ces Etats¹¹⁵ du mariage aux personnes de même sexe.

33. Au niveau international, les frontières entre le mariage et le partenariat sont tout aussi floues. Ce qui peut être considéré comme mariage dans un État A ne le sera pas forcément dans un État B. Par exemple, l'ouverture des mariages aux personnes de même sexe a, dans les pays où elle a eu lieu, profondément modifié la notion même du mariage. Il n'est plus sûr que la notion de mariage telle qu'elle est entendue en France corresponde encore à celle en cours dans des Etats prohibitifs. Ainsi, un mariage célébré entre deux personnes de même sexe en France ne s'apparente pas aux mariages célébrés en Italie, qui ne connaît que du mariage entre personnes de sexe différent.

Mais surtout, les partenariats enregistrés qui peuvent exister de par le monde recouvrent des réalités très différentes les unes des autres. Dans certains Etats, comme la France, ce partenariat est perçu comme une forme de mariage allégé avec des droits et obligations plus lâches et plus malléables que l'union maritale. Il est, au surplus, ouvert à tous les couples quelle que soit leur orientation sexuelle. Il est possible de parler dans ce cadre de « partenariat-convention » ou de « partenariat-contrat ». Dans d'autres Etats, au contraire, comme la Suisse¹¹⁶, l'Autriche¹¹⁷ ou l'Italie¹¹⁸, les partenariats ne sont ouverts qu'aux personnes de même sexe et les statuts mis en place sont extrêmement proches de celui des mariages. Ces partenariats intègrent alors la catégorie des « partenariats-institutions ». Au sein même de la catégorie des partenariats enregistrés, il existe alors une grande variété de statuts différents qui répondent chacun aux nécessités de l'ordre juridique

¹¹³ Article 47 de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

¹¹⁴ Article 48 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹¹⁵ Le mariage entre personnes de même sexe est, en effet, possible en Allemagne depuis le 1^{er} octobre 2017 et en Angleterre depuis une loi du 17 juillet 2013.

¹¹⁶ V. la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 18 juin 2004, *RO 2005*, p. 5685 ; commentée par P. Pichonnaz, « Le partenariat enregistré : sa nature et ses effets », *RD suisse* 2004, p. 389.

¹¹⁷ Loi n° 135 du 30 déc. 2009, *Eigentragene Partnerschaft-Gesetz*.

¹¹⁸ K. Trilha Shappo et M. Winkler, « Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistrés », *RCDIP*, 2017, p. 319.

dans lequel ils ont vu le jour¹¹⁹. Ce qui dans un État pourra être considéré comme un partenariat sera sur un autre territoire vu comme un mariage. Ainsi, le partenariat enregistré suisse s'apparente concrètement plus à un mariage homosexuel français qu'à un PACS. Bien que les deux statuts n'appartiennent pas, dans leur État d'origine, à la même catégorie juridique, ils recouvrent la même réalité factuelle. En sens inverse, le PACS français ne retrouve, concrètement, aucun équivalent dans les ordres juridiques allemand ou suisse, et ce bien qu'il soit juridiquement qualifié comme un partenariat enregistré, au même titre que le *eingetragene Lebenspartnerschaft*¹²⁰ ou que le partenariat suisse. Il apparaît alors que cette diversité et cette porosité entre les différents statuts entraînent nécessairement un certain nombre de difficultés en droit international privé.

34. Les évolutions du droit français du couple se sont alors répercutées sur les règles de rattachement applicables à la matière, qu'il s'agisse de celles relatives à la formation ou de celles relatives à la détermination des effets des statuts. En effet, si les rattachements retenus pour ces deux questions ne sont pas les mêmes, ils autorisent un constat commun : les particuliers ont désormais « leur mot à dire » tant sur la loi applicable à la constitution de la relation que sur celle applicable à ses effets.

35. D'abord, la formation du couple, qu'il s'agisse de la célébration du mariage ou de l'enregistrement du partenariat enregistré, est, aujourd'hui, marquée par l'éviction du principe de l'exclusivité du rattachement à la loi nationale. En effet, si ce rattachement est, en partie, maintenu en matière de mariage, il a été totalement mis à l'écart en matière de partenariats enregistrés¹²¹. Ceux-ci relèvent de la loi de l'autorité d'enregistrement. De la même façon, la condition de sexe des futurs époux fait, depuis la loi du 19 mai 2013, l'objet d'une nouvelle règle¹²² visant, par le biais d'un rattachement alternatif, à permettre la désignation d'une loi permissive de façon quasi systématique¹²³.

Plusieurs remarques peuvent alors être faites à l'égard de ces règles de rattachement.

¹¹⁹V. sur ce point, G. Kessler, « Partenariat enregistré », *Rép. Droit Int.*, Dalloz, mars 2012 (actualisation octobre 2015), § 1 s.

¹²⁰E. Wenner, « Le partenariat enregistré en Allemagne : vers un mariage homosexuel ? », in G. Fauré, J. Flauss-Diem (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, Puf., 2005, p. 62 ; D. Martiny, « Private international law aspects of same-sex couples under German law », in K. Boele-Woelki et A. Fuchs (dir.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2eme ed., Cambridge, Anvers, Portland, Intersentia, 2012, p. 189.

¹²¹Article 515-7-1 du Code civil.

¹²²Article 202-1 alinéa 2 du Code civil.

¹²³La règle de conflit prévoit, en effet, que le mariage peut être célébré si la loi de la résidence, du domicile ou de la nationalité de l'un des époux l'autorise.

En premier lieu, il convient de souligner qu'aucune obligation logique ou technique n'imposait, pour les nouvelles formes de conjugalité, la modification du rattachement traditionnellement retenu. Tant les mariages entre personnes de même sexe que les partenariats enregistrés auraient pu rester soumis au principe de l'application distributive des lois nationales. Ce constat appelle alors une seconde remarque. Si les modifications apportées ne résultent pas d'une obligation technique, elles répondent à un objectif du législateur : assurer le rayonnement maximal des nouvelles conceptions françaises en matière de couple¹²⁴. Il s'agit, en effet, d'offrir au plus grand nombre de personnes le bénéfice des nouvelles libertés françaises : celle d'enregistrer un partenariat comme celle de conclure un mariage avec la personne de son choix, et ce quel que soit son sexe.

Or pour parvenir à un tel résultat, le législateur retient des éléments de rattachement laissant une place importante à la volonté des personnes. Ainsi, le rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement, s'il ne peut être assimilé au principe de l'autonomie de la volonté, offre la possibilité aux futurs partenaires de choisir indirectement la loi applicable à leur partenariat. Il leur suffit, pour cela, de saisir l'autorité dont la loi leur semble la plus attractive. Le même constat peut être fait en matière de mariage. Si la possibilité de choix se fait plus subtile dans l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil, il n'en demeure pas moins qu'elle existe. En effet, les futurs époux, lorsqu'ils engagent une procédure en vue de se marier en France, choisissent en réalité de se soumettre à l'une des lois permissives désignées par la règle de conflit, si une telle loi existe.

36. En parallèle, les effets des relations de couple sont, pour une grande part, soumis au principe de l'autonomie de la volonté. En effet, les règlements européens offrent aux particuliers la possibilité de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial¹²⁵, aux effets patrimoniaux de leur partenariat enregistré¹²⁶, aux obligations alimentaires qui pourraient découler de leur relation de couple¹²⁷, à leur succession,¹²⁸ mais aussi à leur divorce¹²⁹.

¹²⁴P. Hammje, « "Mariage pour tous" et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *RCDIP*, 2013, p. 773, § 4.

¹²⁵Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

¹²⁶Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

¹²⁷Règlement (CE) 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, qui renvoie pour les règles de conflit au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

¹²⁸Règlement (UE) No 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

¹²⁹Règlement (UE) No 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

C'est, ainsi, l'ensemble des conséquences patrimoniales attachées à la formation d'un statut de couple, mais aussi les modes de dissolution de l'un de ces statuts, qui sont déterminés en vertu de la volonté des particuliers.

37. Le second des mouvements perturbant la perception classique de la permanence du statut personnel consiste en l'apparition d'une nouvelle forme de traitement du fait de circulation. Il faut, ici, souligner que le droit international privé est défini comme « le droit spécial, applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales »¹³⁰, il ne s'intéresse au fait de circulation que par voie de conséquence : par le biais de ses effets. C'est parce qu'une situation a circulé, et donc présente un élément d'extranéité, que le droit international privé s'applique afin de définir quelle loi pourra être applicable à la situation, quelle autorité sera compétente pour s'en saisir ou comment une décision judiciaire rendue à son égard pourra être reconnue dans un autre ordre juridique. La circulation est alors un préalable à l'application des règles de droit international privé qui intervient afin de définir le traitement juridique d'une situation tout en prenant en compte l'existence du fait de circulation. Or, il apparaît que le fait de circulation peut aussi être considéré comme un objet du droit et non seulement comme une condition de son application. Dans cette hypothèse, le droit n'intervient pas en aval du fait de circulation, pour en régir les effets, mais, en amont, dans le but d'en faciliter ou d'en protéger la réalisation.

Le premier exemple d'une telle prise en compte du phénomène de circulation ressort, bien sûr, du droit de l'Union européenne. La citoyenneté de l'Union¹³¹, statut fondamental¹³² des ressortissants de chacun des États membres, est une citoyenneté de « mouvement »¹³³ à laquelle est attachée une liberté de circulation¹³⁴. Le droit de circuler fait, alors, partie des attributs essentiels de la personne du citoyen et la volonté d'assurer l'effectivité de ce droit constitue le point de départ du raisonnement de la Cour lorsqu'elle apprécie la conformité de mesures étatiques au droit de l'Union. Toutes ces mesures sont contrôlées par le prisme de leur impact sur la circulation.

¹³⁰P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, préc.*, sp. 18, § 2.

¹³¹Article 20 du TFUE.

¹³²CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk*, C-184/99, *Droit social*, 2001, p. 1103, note J.-Ph. Lhernoud ; *RDSS*, 2002, p. 396, obs. I. Daugareilh ; *RTD Eur.*, 2003, p. 553, note F. David ; *RDUE*, 2001, n° 4, p. 1008, chron. A. Alemanno ; *RAE*, 2002, p. 775, note A. Iliopoulou.

¹³³J. Pertek, « Citoyenneté de l'Union », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 185, novembre 2008, § 52.

¹³⁴Définie à l'article 21 du TFUE.

Dans cette optique, la protection de la permanence du statut personnel est apparue comme un moyen d'assurer l'effectivité de la liberté de circulation. En effet, « si l'individu est amené, en usant de sa liberté de circulation, à changer de statut, en ce sens que les éléments qui contribuent à définir son identité personnelle et familiale sont altérés, il est à craindre qu'il ne fasse pas usage de cette liberté »¹³⁵.

38. Le droit du Conseil de l'Europe offre un second exemple de ce phénomène au travers du droit au respect de la vie privée et familiale. Au fil de sa jurisprudence, la Cour européenne a donné une « dimension internationale »¹³⁶ à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Depuis les arrêts *Wagner*¹³⁷ et *Négrépontis-Giannisis*¹³⁸, il est, en effet, admis que cette disposition protège tout autant les relations de famille qui ne se vivent qu'au sein d'un seul ordre juridique que celles qui circulent à travers les frontières. La protection juridique qui est accordée à une telle relation par un ordre juridique doit être maintenue dans tout autre ordre juridique sur le territoire duquel les membres de la famille s'installent. C'est, ainsi, la relation de famille, dans sa mobilité, qui est protégée. Si au rebours du droit de l'Union, le droit de Conseil de l'Europe ne consacre textuellement aucun droit à la circulation, il n'en demeure pas moins que la protection de la mobilité d'une relation de famille fait, désormais, partie intégrante du droit au respect de la vie privée et familiale, et « la discontinuité dans l'espace [qui affecterait] les relations de famille [constitue] une ingérence injustifiée au sens de l'article 8 »¹³⁹.

39. De la rencontre de ces deux mouvements résulte une dévaluation certaine de la désignation conflictuelle au profit de la circulation des statuts de couple, et par là, de la permanence du statut personnel. La question se pose alors de savoir si la combinaison de cette dévaluation et de cette nouvelle perception de la permanence suffit à justifier qu'une méthode de reconnaissance « supplante les règles de conflit »¹⁴⁰ en matière de circulation des relations de couple. Répondre à cette question suppose, dans un premier temps, d'établir un état des lieux de cette circulation en application des règles de rattachements

¹³⁵A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 38, § 52.

¹³⁶A. Bucher, « La famille en droit international privé », préc., intitulé du § 58, p. 101.

¹³⁷CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. 76240/01, *JCP G*, 2007.I.182, obs. F. Sudre ; *AJDA*, 2007.1920, obs. J.-F. Flauss ; *D.*, 2007, p. 2700, note F. Marchadier ; *RCDIP*, 2007, p. 807, note P. Kinsch ; *JDI*, 2008, p.183, note L. d'Avout.

¹³⁸CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, req. 56759/08, *RCDIP*, 2011, p. 889 ; *RCDIP*, 2011, p. 817, note P. Kinsch ; *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609, note P. Franzina ; *JDI*, 2012, p. 213, note A. Dionisi-Peyrusse.

¹³⁹R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », préc., sp. 467, § 186.

¹⁴⁰S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, th. dactyl., Paris II, 2017, sp. 27, §8.

compétentes, ceci dans le but de mettre en lumière les améliorations qui pourraient lui être apportées. À cet égard, il apparaît que la réception des statuts étrangers est, aujourd'hui, quasi systématique, sans réel encadrement du for d'accueil et que, de fait, la permanence du statut est garantie par la méthode conflictuelle. Il n'en demeure pas moins que le droit international privé est un droit d'équilibre entre des intérêts individuels et l'organisation sociale étatique. Que son « point d'équilibre [ait été] déplacé [...] vers l'épanouissement des droits individuels » ne signifie pas « que cet équilibre n'est pas nécessaire »¹⁴¹. Or le libéralisme des règles de rattachement actuelles semble à même de remettre en cause cet équilibre au détriment des intérêts du for d'accueil. Il convient alors, dans un second temps, d'examiner les modalités d'application qui pourraient être attachées à la méthode de la reconnaissance afin de rechercher les améliorations qu'il est possible d'apporter au traitement de la circulation des statuts de couple.

Partie I. La justification de la méthode : la permanence du statut du couple

Partie II. L'application de la méthode aux statuts de couple

¹⁴¹V. J. Hauser, « Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Droit des personnes et de la famille – Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, Paris, LGDJ, 1994, p. 235, sp. 242. V. aussi, sur ce point, F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, p. 249, sp. 250-251, et M.-T. Meulders-Klein, « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », *Droit et société*, 1993, 23-24, p. 163-197 et p. 194-195.

Partie I

La justification de la méthode : la permanence du statut du couple

40. Ainsi que le soulignait le Professeur Lagarde, « la justification de la méthode de la reconnaissance est [...] le besoin de permanence du statut de la personne »¹⁴². L'auteur plaidait alors pour une approche concrète de la permanence¹⁴³, celle-ci n'étant plus perçue comme une permanence appréciée en amont selon laquelle, quel que soit le juge saisi, la réponse apportée est la même, mais comme une permanence en aval qui suppose que les relations de couple créées accompagnent leurs titulaires dans tous les ordres juridiques. Ce ne serait plus la loi, *abstraite*, qui accompagne la personne dans ses déplacements, mais la réponse *concrète* donnée qui la suit.

L'étude du droit international du couple permet alors de constater que cette transformation de la notion de permanence du statut s'enracine déjà dans le droit positif. Il est, en effet, incontestable que l'exigence de prévisibilité n'est plus, en matière de couple, appréhendée de manière abstraite mais bien de façon concrète. Elle ne vise plus le respect des « prévisions qu'il est raisonnable que des parties désincarnées forment dans une situation-modèle » mais s'attache, au contraire, à celui des « prévisions formées par les parties réellement impliquées dans une situation particulière donnée »¹⁴⁴. La permanence répond, désormais, tant à la volonté des parties (Titre I) qu'aux exigences du phénomène de circulation des personnes (Titre II).

¹⁴²P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », *préc.*

¹⁴³*Ibid.*

¹⁴⁴S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *préc.*, sp. 173, § 162.

Titre I - La permanence répondant à la volonté des parties

41. Le droit international privé français du couple se caractérise, depuis une dizaine d'années, par un profond bouleversement de ses rattachements. Longtemps soumise à la loi nationale, sa formation est désormais éclatée entre une multiplicité de rattachements répondant à la diversité des statuts désormais reconnus par le droit interne. En parallèle, les effets patrimoniaux de ces statuts, comme la dissolution du mariage, relèvent, désormais, du principe de l'autonomie de la volonté. Incontestablement, « la nationalité comme critère de rattachement du conflit de lois est en voie sinon de disparition, en tout cas de sévère amaigrissement »¹⁴⁵.

42. Dans son article dans les *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, le Professeur Bourdelois demandait, alors, si les règlements européens, porteurs du choix de loi, exprimaient « le devenir d'un principe dominant des relations familiales qui en modifierait le rattachement »¹⁴⁶. Il apparaît que les récentes transformations des règles de conflit applicables aux couples permettent de répondre positivement à cette question. Il est, en effet, indéniable que « de plus en plus de place est faite à la volonté individuelle pour régler le conflit de lois en matière familiale » et plus précisément en matière de couple¹⁴⁷. Cette place faite à la volonté des particuliers transparait de façon différente selon les matières concernées. Prenant la forme d'*optio juris* en matière d'effets de la relation de couple, elle se fait plus subtile lorsqu'est en cause la formation de la relation. Il n'en demeure pas moins que les éléments de rattachement retenus pour cette question répondent à l'objectif précis visé par le législateur : assurer qu'un maximum de personnes puisse s'engager dans les liens du statut de couple qui lui convient le mieux.

43. Les rapports entre l'idée que « les individus ont leur mot à dire »¹⁴⁸ sur la loi qui leur est applicable et le nécessaire respect de la permanence du statut personnel se font alors équivoques.

¹⁴⁵E. Pataut, *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, Coll. Corpus, 2014, p. 27.

¹⁴⁶B. Bourdelois, « Relations familiales internationales et *professio juris* », *Les relations privées internationales Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 137, sp. 140.

¹⁴⁷H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *Liber amicorum Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255, sp. 261.

¹⁴⁸B. Bourdelois, « Relations familiales internationales et *professio juris* », *préc.*, sp. 140.

Il apparaît, en effet, que l'objectif de permanence s'efface, dans les règles de conflit applicables à la formation des relations de couple, devant la volonté des parties qui peuvent accéder au statut de leur choix (Chapitre I). La volonté d'assurer la permanence du statut ne réapparaît que dans un second temps, lorsqu'une relation de couple a déjà été formée. Elle prend la forme du respect des prévisions des parties (Chapitre II).

Chapitre I - La permanence perdue : le libre accès aux statuts de couple

44. Le rattachement à la nationalité est traditionnellement justifié par la nécessité d'assurer la permanence du statut personnel en ce qu'il permet de donner compétence à une loi prévisible. De fait, la loi nationale est prévisible à deux points de vue. Tout d'abord, elle présente une prévisibilité qui se constate dans le temps. La nationalité est un élément de rattachement parmi les plus stables, car dans la grande majorité des cas, une personne garde la même nationalité tout au long de sa vie. La prévisibilité de la loi nationale s'apprécie aussi au niveau géographique. En effet, un grand nombre d'États dans le monde soumet le statut personnel à la loi nationale des individus. La nationalité est, en ce sens, « gage de permanence et d'identité »¹⁴⁹.

De ces deux constats découle une double conséquence. Soumettre le statut personnel à la loi nationale de la personne permet d'assurer que chacune d'entre elles soit, en tout temps et tout lieu, soumise à la même loi. Qu'importe qu'elle franchisse des frontières et réside dans des États différents, le rattachement à la nationalité présente l'indéniable avantage de garantir que, durant toute sa vie, une personne soit à même de savoir en vertu de quelle loi et à quelles conditions elle peut s'engager dans un statut de couple. Le consensus qui existe au niveau mondial permet, en sus, de s'assurer que l'individu sera soumis à la même loi aux yeux d'un grand nombre d'États.

C'est par là que se réalise la permanence du statut personnel tel qu'elle est entendue traditionnellement.

45. Il en découle alors que l'éviction du rattachement à la nationalité en matière de formation de couple influence alors nécessairement la notion de permanence du statut personnel et, aujourd'hui, la compétence de la loi nationale n'est maintenue que dans les situations où l'exigence de permanence ne l'impose pas. Ainsi, il est possible de dire que l'application de la loi nationale n'est plus, désormais, commandée par la nécessité d'assurer la permanence du statut (Section I). C'est, en effet, précisément dans les situations où la volonté d'assurer la circulation des relations de couple aurait imposé de tenir compte des prohibitions étrangères portées par les lois nationales que leur application

¹⁴⁹E. Pataut, *La nationalité en déclin, préc.*, p. 37.

est écartée au profit de lois permissives désignées par des éléments de rattachement concurrents (Section II).

Section I - Le rattachement à la nationalité : la dissolution du lien entre la permanence et l'application de la loi nationale

46. La reconnaissance juridique des nouvelles formes de conjugalités a profondément bouleversé le droit français du couple et a mené le législateur à repenser le rattachement retenu pour la formation des statuts de couple. Il est, aujourd'hui, incontestable que le recours à la nationalité est désormais dépourvu de toute considération de permanence du statut conjugal.

En effet, si la nationalité intervient encore, que ce soit comme élément de rattachement ou comme chef de compétence des autorités françaises, dans la formation du couple (§I), son intervention sera conditionnée par sa capacité à en assurer la validité.

En revanche, dès lors que la loi nationale étrangère n'est pas conforme aux conceptions françaises en la matière, et ne permet pas d'assurer la formation du couple, elle sera évincée (§II).

§ I - La nationalité et la formation du couple

47. Au cours des récentes réformes, la loi nationale a perdu une partie de son emprise sur la matière de la formation du couple. Longtemps rattachement exclusif de la formation du mariage, elle a été totalement évincée de la formation du partenariat enregistré. Il n'en demeure pas moins que la loi nationale a gardé une compétence certaine en matière de formation du mariage (A).

48. En parallèle, la nationalité française fait preuve de toute sa vigueur lorsqu'en tant que critère de rattachement, elle permet d'assurer que tous les Français, où qu'ils se

trouvent, peuvent bénéficier des nouvelles dispositions françaises tant en matière de mariage qu'en matière de PACS (B).

A. Le maintien de la compétence de la loi nationale pour l'essentiel des conditions de fond du mariage

49. La nationalité des particuliers n'a pas été totalement évincée en matière de formation du mariage, elle reste d'ailleurs le rattachement de principe pour l'essentiel des conditions de fond (1). Il faut, alors, souligner que si la compétence de la loi nationale prohibitive du mariage entre personnes de même sexe est écartée, celle de la loi permissive est maintenue (2).

1. La compétence de principe de la loi nationale pour la majorité des conditions de fond du mariage

50. Le rattachement à la nationalité reste encore aujourd'hui le rattachement de principe en matière de condition de fond du mariage¹⁵⁰. Cette solution ancienne résultait, jusqu'à la loi du 17 mai 2013, de l'article 3 alinéa 3 du Code civil qui prévoit l'application de la loi française à l'état et à la capacité des Français. La solution avait été bilatéralisée dans l'arrêt *Busqueta*¹⁵¹ rendu en matière de capacité matrimoniale puis confirmée par l'article 171-1 du Code civil qui énonce que le mariage d'un Français célébré à l'étranger est considéré comme valable si l'époux ou les époux français n'ont pas contrevenu aux dispositions matérielles françaises relatives aux conditions de fond du mariage.

51. Le principe de l'application de la loi nationale des époux aux conditions de fond du mariage est aujourd'hui inscrit à l'article 202-1 alinéa 1 du Code civil. « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux

¹⁵⁰I. Barrière Brousse, « Mariage. -Conditions de fond », *préc.*, § 19.

¹⁵¹CA, Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, *préc.*

par sa loi nationale ». Le principe pluriséculaire de l'application distributive des lois nationales est ainsi confirmé par le législateur.

C'est l'essentiel de la formation du mariage qui relève de cette loi nationale dans la mesure où elle est applicable notamment aux questions d'âge, de capacité à se marier, de bigamie ou encore d'inceste. Une exception notable est toutefois faite pour la question du consentement des époux qui sera, quelle que soit la loi applicable aux autres conditions, soumise aux articles 146 et 180 du Code civil.

52. Il apparaît alors que l'atteinte portée au rattachement à la nationalité se limite à une seule condition de formation du mariage : la question du sexe des époux.

2. La compétence de la loi nationale permissive pour la condition de sexe des époux

53. S'il est incontestable que le rattachement à la nationalité a été profondément ébranlé par l'article 202-1 alinéa 2 applicable à la seule condition de sexe des époux, il n'a pas été totalement mis à mal par ce texte.

Cette disposition, qui a fait l'objet de nombreux commentaires¹⁵², prévoit toujours l'application de la loi nationale des époux dès lors qu'elle permet la célébration du mariage. « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

54. Il découle de cette disposition que la loi nationale permissive reste compétente pour la question du sexe des époux. Seule la loi nationale prohibitive sera concurrencée par les autres lois liées au couple et pourra être évincée. La compétence de cette loi nationale, si

¹⁵²A. Boiché, « Aspects de droit international privé », *AJ Famille*, juin 2013, p. 362 ; H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G*, 2013, p. 658, n. 20 et « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *JDI*, 2013, doct. 9, p. 1055 ; H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, *D.*, 2014, pan. DIP p. 1059 ; S. Godechot-Patris et J. Guillaumé, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Perspectives de droit international privé », *D.* 2013, p. 1756 ; P. Hammje, « "Mariage pour tous" et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *préc.*, V. Legrand, « Les implications de la loi autorisant le mariage pour tous en droit international privé », *L.P.A.*, 21 août 2013, n° 167, p. 6 ; A. Panet, « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Dr. Famille*, 2013, dossier 29 ; M. Revillard, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé », *Defrénois*, 15 juill. 2013, n° 13-14, p. 743 ; M. Schmitt « "Mariage pour tous". Nouvelles perspectives dans l'ordre international », *JCP N*, 2013, p. 1165.

elle est conditionnée par son contenu, n'est, au moins théoriquement, pas systématiquement écartée. En sus, lorsque la loi nationale d'un époux est appliquée, elle est dotée d'une vigueur toute particulière dans la mesure où elle pourra permettre l'éviction des lois rattachées au conjoint. La nationalité française présente, par ailleurs, une vigueur particulière lorsqu'elle est mise en œuvre en tant que chef de compétence permettant à tout Français, où qu'il réside, de bénéficier de l'application de la loi française.

B. La nationalité française : chef de compétence visant à assurer l'application de la loi française aux Français

55. Les règles de principe de compétence des officiers de l'état civil français en matière de mariage imposent que le couple présente un lien, plus ou moins étroit, avec le territoire français. Selon les articles 74 et 165 du Code civil, les autorités françaises sont compétentes pour la célébration d'un mariage lorsque l'un des époux ou l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence sur le territoire français. Si ces règles donnent une compétence très large aux officiers de l'état civil, il n'en demeure pas moins que tous les Français ne présentent pas nécessairement de tels liens avec le territoire français. Or, dans la mesure où le mariage entre personnes de même sexe est encore peu reconnu à travers le monde, un grand nombre de ces Français ne pourront pas faire célébrer leur mariage à l'étranger, et ce malgré la faveur du droit français pour ce type de mariage. Des règles de compétence particulières pourront permettre aux Français qui ne présentent aucun lien territorial avec la France de bénéficier de la compétence d'une autorité française afin de célébrer leur mariage (1).

La situation est peu ou prou la même en matière de PACS. Si la compétence des autorités françaises sises sur le territoire français n'est que très peu encadrée, le législateur français a prévu une règle de compétence particulière pour les autorités consulaires et diplomatiques qui permettra à tout Français, où qu'il se trouve, d'enregistrer un partenariat enregistré de droit français (2).

1. Les règles de compétence relatives au mariage

56. En marge des règles de compétence de principe qui imposent l'existence d'un lien territorial avec la France pour qu'un Français puisse se marier en France, le législateur prévoit deux types de règles particulières visant à assurer que les Français qui ne seraient rattachés à la France que par la nationalité puissent bénéficier de la compétence d'une autorité française qui acceptera de célébrer leur mariage conformément à leur loi nationale. La première de ces règles, relativement ancienne, donne compétence aux autorités consulaires et diplomatiques françaises pour célébrer le mariage de ressortissants français résidant dans l'État où elles sont en poste (a). Toutefois, cette règle, applicable tant pour les mariages hétérosexuels que pour les mariages homosexuels, ne permettra pas en toute circonstance d'assurer la conclusion du mariage homosexuel d'un Français. Dans cette optique, le législateur a créé une nouvelle règle de compétence relative aux seuls mariages de personnes de même sexe qui, elle, permettra à tout Français de bénéficier de la compétence d'un officier de l'état civil sur le territoire français (b).

a) L'article 171-1 du Code civil : la compétence des autorités consulaires et diplomatiques françaises

57. Selon cette disposition, les autorités consulaires françaises peuvent être compétentes tant pour la célébration du mariage unissant deux ressortissants français (α) que pour la célébration d'un mariage mixte (β).

a) La compétence des autorités françaises pour les couples franco-français

58. L'article 171-1 alinéa 2 du Code civil, qui reprend les termes de l'ancien article 170 alinéa 2, valide les mariages célébrés entre deux Français par les autorités diplomatiques et consulaires françaises. Si cette règle ne prend pas la forme d'une règle de compétence, elle

en a les effets. Selon elle, les autorités diplomatiques et consulaires françaises peuvent célébrer le mariage de deux Français résidant à l'étranger. L'idée n'est pas nouvelle puisque ce principe existait depuis plus de cent ans dans l'article 170 du Code civil qui a été abrogé en 2007.

59. En vertu de ce texte, deux Français peuvent se marier conformément à la loi française devant les autorités consulaires ou diplomatiques françaises. La nationalité française des deux époux justifie la compétence des autorités françaises qui vont appliquer la loi française, tant pour le fond que pour la forme, lors de la célébration du mariage.

60. Toutefois, si les règles françaises donnent compétence aux autorités consulaires et diplomatiques, il est nécessaire que la loi locale confirme cette compétence. En effet, selon l'article 5. f de la Convention de Vienne de 1963¹⁵³, les autorités consulaires et diplomatiques peuvent agir en qualité d'officier de l'état civil « pour autant que les lois et règlements de l'État de résidence ne s'y opposent pas »¹⁵⁴.

Les autorités françaises doivent, dès lors, être « autorisées à exercer de telles fonctions par l'État d'accueil »¹⁵⁵. Il faut pour qu'elles puissent célébrer des mariages que la loi de cet État l'accepte, ou, au moins, ne l'interdise pas. La grande majorité des États tolèrent cette compétence¹⁵⁶.

61. Il faut de plus que le mariage espéré puisse être célébré. Il ne s'agit pas seulement de savoir si les autorités françaises peuvent être considérées comme compétentes, mais aussi de savoir si elles peuvent célébrer ce mariage en particulier. De manière générale, la célébration d'un mariage entre deux personnes de sexe différent ne soulève pas de difficulté. En revanche, la célébration d'un mariage entre deux personnes de même sexe par les autorités consulaires et diplomatiques françaises sera plus problématique. En effet, le mariage homosexuel n'est aujourd'hui reconnu que par un nombre restreint d'États et la grande majorité des pays dans le monde refuse encore toute possibilité de se marier aux couples de personnes de même sexe. Or, en vertu de l'article 5 de la Convention, la célébration d'un mariage ne peut être faite par une autorité consulaire ou diplomatique qu'à la condition que la loi locale ne s'y oppose pas. Dès lors que le couple désirerait se

¹⁵³Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963.

¹⁵⁴Article 5.f de la Convention de Vienne.

¹⁵⁵C. Bidaud-Garon, « Mariage consulaire... pour tous ? », *JCP G*, 16 décembre 2013, p. 1325, § 51.

¹⁵⁶A l'exclusion des États-Unis, de la Suisse et de l'Autriche notamment.

marier devant une autorité française en poste sur le territoire d'un État prohibitif, cette autorité serait dans l'obligation de refuser de procéder à la célébration de cette union¹⁵⁷.

β) La compétence des autorités françaises pour les couples formés par un Français et un étranger

62. La compétence des autorités consulaires et diplomatiques françaises pour la célébration d'un mariage mixte entre un Français et un étranger n'a pas toujours été acceptée. Ainsi, dans l'arrêt *Sommaripa*¹⁵⁸, la Cour de cassation avait annulé le mariage d'un Français et d'une Ottomane célébré devant le vice-consul de France à Istanbul.

Ce n'est que bien plus tard, en 1901¹⁵⁹, que la compétence des autorités consulaires et diplomatiques françaises a été élargie à la célébration de mariage lorsqu'un seul des époux est français. Cette compétence est aujourd'hui codifiée à l'article 171-1 alinéa 3 du Code civil¹⁶⁰.

63. Les autorités consulaires et diplomatiques ne pourront toutefois pas célébrer d'unions matrimoniales dans tous les États. La liste des pays dans lesquels les autorités françaises pourraient célébrer un mariage entre un Français et un étranger a été fixée par un décret de 1939¹⁶¹, modifié en 1959¹⁶². La liste est limitative et ne doit pas être étendue à des pays non visés dans les décrets¹⁶³.

64. Toutefois, si les autorités françaises peuvent, dans ces États, célébrer le mariage de couples formés d'un Français et d'un ressortissant étranger, il apparaît qu'un couple de personnes de même sexe ne pourra tirer profit de cette compétence. En effet, les limites rencontrées pour les mariages entre Français dans le cadre du second alinéa de

¹⁵⁷C. Bidaud-Garon, « Mariage consulaire... pour tous ? », *préc.*; I. Barrière-Brousse, « Mariage Conditions de forme », *J.Cl. Dr. Int.*, Lexisnexis, 2007, Fasc. 546-20 ; Circulaire de la loi du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, sp. 8.

¹⁵⁸Cass. Civ., 10 août 1819, *Sommaripa*, S., 1819, 1, p. 432.

¹⁵⁹Loi du 29 novembre 1901, *D.*, 1902, p. 18.

¹⁶⁰Par la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 qui a abrogé l'ancien article 170 du Code civil.

¹⁶¹Décr. du 26 oct. 1939, *BLD*, 1939, p. 1322 ; *RCDIP*, 1939, p. 496.

¹⁶²Décr. du 15 déc. 1959, *JO* 19 déc. 1959. Ces États sont actuellement le Liban, la Syrie, l'Afghanistan, l'Arabie Saoudite, la Chine, l'Égypte, l'Irak, l'Iran, le Japon, le Maroc (zone de Tanger), Oman (Mascate), la Thaïlande, le Yémen, le Cambodge et le Laos.

¹⁶³M. Revillard, « Consul : attributions », *Rep. Dr. Int.*, Dalloz, janvier 2006 (actualisation : mai 2018), § 228.

l'article 171-1 sont ici applicables. Pour qu'un mariage puisse être célébré par les autorités consulaires et diplomatiques françaises, ce mariage doit être autorisé par le droit local. Or aucun des États visés par cette liste ne l'autorise, certains d'entre eux pénalisant encore l'homosexualité¹⁶⁴. Il ne sera donc pas possible aux autorités françaises de célébrer un mariage homosexuel sur le territoire de ces États.

65. Il apparaît, alors, que les règles de compétence des autorités consulaires et diplomatiques françaises, relativement anciennes et applicables à tous les mariages, ne permettront qu'exceptionnellement à un Français de se marier devant une autorité française. En effet, la seule hypothèse où l'autorité saisie pourrait procéder à la célébration du mariage est celle où la loi locale autorise ce type d'union.

En revanche, l'article 171-9 du Code civil, spécialement applicable au mariage homosexuel, pourra très fréquemment permettre la conclusion d'un mariage devant un officier de l'état civil français.

b) L'article 171-9 du Code civil : la compétence des officiers de l'état civil

66. La volonté d'assurer un rayonnement maximal aux nouvelles dispositions du droit français a poussé le législateur à élaborer une règle de compétence spécialement applicable aux mariages entre personnes de même sexe. Ce nouvel article 171-9 va, à la manière d'une « voiture-balai », permettre d'assurer que tout Français, domicilié ou résident dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à la célébration d'une telle union, pourra bénéficier de la compétence d'un officier de l'état civil français.

Cette règle particulière est réservée aux seules personnes qui souhaitent se marier avec une personne de même sexe. Elle est présentée comme une dérogation à la règle posée aux articles 74 et 165 qui seront applicables en premier lieu. L'article 171-9 n'interviendra que lorsqu'aucun des époux n'a de domicile ou de résidence en France pouvant justifier la compétence d'une autorité française.

¹⁶⁴Ainsi, par exemple, en Afghanistan, en Irak, en Iran, en Syrie comme au Yémen, l'homosexualité est encore passible de la peine de mort.

Deux conditions doivent nécessairement être remplies pour que cette nouvelle règle puisse être mise en œuvre.

De façon logique, il faut que l'un au moins des époux soit de nationalité française. La disposition n'a pas vocation à permettre à tout individu de venir se marier en France, mais de permettre à tout Français de bénéficier du nouveau droit français du mariage.

En outre, l'article 171-9 n'est applicable que si les deux époux sont domiciliés ou résidents dans un État qui n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe et sur le territoire duquel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent célébrer leur union. Concrètement, il doit être impossible pour l'époux français de se marier dans l'État où il a son domicile ou sa résidence. Il ne s'agit pas de permettre aux Français de se marier, par convenance, dans le pays où ils auraient encore des attaches familiales, comme dans le cas des articles 74 et 165, mais bien de leur offrir l'opportunité de se marier en France lorsqu'il leur est impossible de le faire ailleurs. Si ces deux conditions sont remplies, le ressortissant français pourra se marier devant un officier de l'état civil français.

67. Une fois acquise la compétence des autorités françaises, il faut encore déterminer quelle autorité sera spécialement compétente. Deux cas de figure peuvent se présenter. Dans le premier, le couple présente un rattachement territorial avec la France. Ce sera le cas lorsque l'un des deux époux est né ou a résidé sur le territoire français. Ce sera aussi le cas lorsque l'un des parents de l'un des époux est domicilié ou résident en France¹⁶⁵. Dans ces hypothèses, l'officier de l'état civil de la commune où se réalise le rattachement sera compétent. Il apparaît alors que le rattachement pris en compte peut être très léger. Il suffit d'être né dans une commune française pour bénéficier d'une compétence.

68. Le deuxième cas de figure est celui où le couple ne présente aucun élément de rattachement territorial avec la France. Aucun des époux n'est né ou n'a résidé en France, et aucun de leur parent n'y vit. Dans ce cas, les époux peuvent choisir n'importe quel officier de l'état civil français. La seule nationalité française de l'un des époux suffit alors à justifier de la compétence française.

Le parallèle entre les règles de compétence et la règle de conflit est flagrant. Une autorité française sera compétente pour célébrer un mariage homosexuel dès lors que l'un des

¹⁶⁵Il est, ici, surprenant que l'article 171-9 du Code civil fasse référence au domicile ou à la résidence des parents. En effet, si cet article est une dérogation aux règles de principe, il ne devrait intervenir que lorsque ces règles ne permettent pas de donner compétence à une autorité française. Ce qui devrait signifier qu'aucun des parents des futurs époux n'a son domicile ou sa résidence en France.

époux est français ou domicilié ou résident en France, et pourra le célébrer en vertu de la loi française permissive dans chacune de ces situations.

Le régime dérogatoire du mariage homosexuel ne se limite pas au conflit de lois, mais s'étend au conflit d'autorités. La réforme du droit interne s'est en réalité doublée d'une réelle réforme du droit international privé du mariage dans toutes ses composantes. Cela indique bien l'importance que peut avoir le mariage homosexuel aux yeux de législateur français qui accorde à cette question une valeur toute particulière et vise à en faire bénéficier le plus grand nombre. De fait, « pour assurer l'efficacité internationale du mariage pour tous, le texte garantit ainsi un “droit au mariage entre personnes de même sexe” à tout français »¹⁶⁶.

2. La compétence des autorités consulaires et diplomatiques françaises en matière de PACS

69. Relativement aux règles de compétence en matière de PACS, il faut noter que la compétence des autorités françaises locales est très largement entendue. Si la compétence des officiers de l'état civil est limitée par la résidence des partenaires sur le territoire français¹⁶⁷, celle des notaires n'est régie, en la matière, par aucune règle particulière. Aucune condition, qu'elle soit liée à la nationalité, au domicile ou à la résidence des partenaires, n'est exigée pour la saisine d'un notaire français. Tout Français, où que soit sa résidence ou son domicile, peut alors bénéficier de la compétence d'une autorité locale française qui appliquera la loi française en vertu de l'article 515-7-1 du Code civil.

Cependant, cette possibilité n'est pas limitée aux seuls ressortissants français et ne saurait, à elle seule, démontrer la volonté d'assurer un accès au PACS à tous les ressortissants français. En effet, dans la mesure où aucun critère de compétence n'est imposé, tout couple de partenaires, même étrangers, peut hypothétiquement décider d'enregistrer un PACS devant un notaire français.

70. La volonté du législateur se constate, alors, dans le dernier alinéa de l'article 515-3 du Code civil. Cet alinéa traite de la compétence des autorités consulaires et diplomatiques

¹⁶⁶P. Hammje, « “Mariage pour tous” et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *préc.*

¹⁶⁷Article 515-3 alinéa 1 du Code civil.

françaises pour l'enregistrement d'un PACS et remplit la même fonction que l'article 171-1 du Code civil en matière de mariage. Il s'agit de permettre aux Français expatriés de bénéficier d'une compétence française dans leur État de résidence.

Cette compétence est limitée, selon le texte, aux partenariats conclus entre deux partenaires dont au moins un a la nationalité française. C'est ainsi la nationalité française de l'un des membres du couple qui entraîne, directement, la compétence d'une autorité française et donc, indirectement, celle de la loi française. Par cette disposition, le législateur vise à garantir que tous les ressortissants français puissent conclure un PACS, et ceci sans nécessairement se rendre en France métropolitaine.

La portée de cette disposition doit, toutefois, être lue à la lumière de l'article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires¹⁶⁸. Selon ce texte, la compétence des autorités consulaires et diplomatiques doit être étudiée au regard de la loi locale. Ainsi, « l'enregistrement d'un partenariat par une autorité consulaire ou diplomatique, conformément à la loi de l'État qui l'a instituée, n'est [...] possible qu'autant que la loi locale de l'État où elle est en poste l'autorise »¹⁶⁹.

71. Deux situations sont alors envisageables. Il est possible que les partenaires, dont l'un au moins est français, désirent enregistrer leur PACS devant les autorités consulaires et diplomatiques en poste sur le territoire d'un État permissif. L'enregistrement du partenariat sur le fondement du droit français est alors possible, sous réserve du respect des conditions posées par le droit local. Par exemple, l'enregistrement d'un PACS ne sera possible aux Pays-Bas qu'à la condition qu'aucun des partenaires ne soit néerlandais¹⁷⁰. Dans ces hypothèses, l'autorité française compétente procède à la création d'un statut avec l'accord de la loi locale et le statut devrait alors être reconnu, sans difficulté, par l'État du lieu d'enregistrement. L'utilité d'un tel enregistrement devant une autorité consulaire ou diplomatique française est que le statut ainsi créé est un PACS de droit français et non un partenariat tel que conçu par le droit de l'État sur le territoire duquel il a été enregistré.

¹⁶⁸Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires.

¹⁶⁹A. Devers, « Le couple non marié », in P. Murat (dir.), *Points de procédure et illustrations*, Dalloz action, droit de la famille, 2016, § 526-43.

¹⁷⁰Selon l'article 1§3 de la loi du 6 juillet 2004, les représentations diplomatiques et consulaires étrangères ne sont autorisées à enregistrer un partenariat enregistré que « lorsqu'aucune des parties ne possède exclusivement ou notamment la nationalité néerlandaise » (L. néerlandaise, 6 juill. 2004, portant règlement des conflits de lois en matière de partenariat enregistré, art. 1, § 3 – V. *RCDIP*, 2005, p. 538).

72. Il est aussi possible que les partenaires, résidant dans un État prohibitif, cherchent à évincer les prohibitions locales par l'enregistrement d'un PACS devant les autorités françaises. Au regard de la Convention de Vienne, l'enregistrement devrait être refusé. Suivant cette logique, la circulaire du ministère des Affaires étrangères et européennes du 28 septembre 2007¹⁷¹, relative au PACS, prévoyait que l'autorité française devait, lorsque l'ordre public local prohibait la vie de couple, hors mariage, de deux personnes de sexe différent ou du même sexe, refuser l'enregistrement. Toutefois, le Conseil d'État avait estimé que la circulaire ne pouvait sans « méconnaître le principe d'égalité, soumettre à un régime de transcription différent les pactes civils de solidarité dont les deux partenaires sont ressortissants français et ceux associant une personne de nationalité française et une personne de nationalité étrangère »¹⁷².

La circulaire de 2007 a été remplacée par la circulaire du 19 janvier 2008¹⁷³ qui prévoit, elle, que l'autorité française procède à l'enregistrement du PACS dès lors que les dispositions du Code civil sont respectées. Peu importe dès lors que l'ordre public local prohibe l'enregistrement de telles formes de couple, ce qui compte est que le Français qui remplit les conditions posées par la loi française puisse bénéficier du statut français. Tout au plus, la circulaire prévoit-elle que dans ces hypothèses, « l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire, une fois le pacte enregistré, dans les pays où il existe un risque tiré des lois et règlements ou des usages sociaux de l'État de résidence et lié notamment à la vie commune, met systématiquement en garde chacun des partenaires. Cette mise en garde s'adresse également au partenaire étranger d'un ressortissant français. Elle prend la forme d'une notice rappelant la réglementation en vigueur dans l'État de résidence et dont les partenaires accusent réception »¹⁷⁴.

73. Ainsi, la nationalité française de l'un des futurs époux ou partenaires aura pour effet de lui permettre de bénéficier de la compétence d'une autorité française lorsqu'il ne présente aucun autre rattachement avec l'ordre juridique français.

Il apparaît alors que la nationalité garde toute sa vigueur quand sa mise en œuvre, que ce soit comme élément de rattachement ou comme chef de compétence, permettra la célébration du mariage ou l'enregistrement d'un PACS.

¹⁷¹Circ. min. aff. étrangères et européennes du 28 septembre 2007, *JCP*, 2008, II, p. 10013.

¹⁷²CE, ord., 18 déc. 2007, req. n° 310837, *JCP*, 2008, II, p. 10013, note Devers.

¹⁷³Circ. min. Aff. étrangères et européennes, 19 janv. 2009, MAEF0801234C, relative au pacte civil de solidarité ; Rép. min. no 03038, JO Sénat Q 25 sept. 2008, p. 1928 ; Rép. min. no 02820, JO Sénat Q 13 mars 2008, p. 484.

¹⁷⁴Circ. min. Aff. étrangères et européennes, 19 janv. 2009, *préc.*, pt. 7.

Néanmoins, le maintien du rattachement à la nationalité en matière de mariage ne saurait masquer le fait que, dans la pratique, la loi nationale qui interdit les unions entre personnes de même sexe sera évincée dans la grande majorité des situations.

Une distinction doit alors être faite entre les lois nationales permissives et les lois nationales prohibitives. Si les premières sont appliquées, les secondes seront évincées de façon quasi systématique.

§ II - L'éviction de la loi étrangère non conforme aux conceptions du for en matière de mariage homosexuel

74. Qu'une loi étrangère non conforme aux conceptions essentielles du for soit évincée n'est pas, en soi, une nouveauté. C'est, en effet, l'objet de l'ordre public qui peut intervenir en toute matière, et notamment en matière de couple.

Toutefois l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe en France donne une nouvelle dimension à cette possibilité d'éviction. En effet, la règle de conflit posée à l'article 202-1 alinéa 2 conditionne la prise en considération de la loi nationale à son contenu. Si elle autorise la célébration du mariage, alors sa compétence sera assurée. En revanche, si elle l'interdit, sa compétence pourra être évincée au profit d'une autre loi, si elle est permissive (A). Ce qui au regard de la reconnaissance du mariage homosexuel dans le monde sera la situation la plus fréquente.

Il faut alors noter qu'en marge de la règle de conflit de droit commun, la France est liée par une série de conventions bilatérales qui prévoient chacune des règles de conflit conventionnelles en matière de statut personnel ou de mariage. Selon ces règles de conflit, l'ensemble des conditions de fond du mariage sont soumises à la loi personnelle des intéressés. Le risque de désignation d'une loi nationale prohibitive est alors élevé lorsque ces règles sont applicables. Dans ces hypothèses, l'ordre public intervient afin d'assurer que le mariage puisse être célébré sur le territoire français dans les mêmes conditions que si les époux étaient soumis à la règle de conflit de droit commun (B).

Il apparaît dès lors que l'éviction interviendra de façon si fréquente qu'il est désormais impossible de parler d'exclusivité du rattachement à la nationalité.

A. L'éviction de la loi nationale prohibitive par la règle de conflit

75. En parallèle de la règle de conflit de principe relative aux conditions de fond du mariage, le législateur a prévu une disposition particulière relative à la seule question du sexe des époux. Cette règle dont l'objectif est d'assurer la célébration des mariages entre personnes de même sexe en France aura pour effet d'évincer de façon quasi systématique la loi nationale qui n'autorise pas cette célébration (1). Il apparaît alors que l'application de la loi nationale, lorsqu'elle est maintenue, n'a plus pour objectif d'assurer la permanence du statut, mais d'atteindre le résultat concret souhaité par le législateur (2).

1. L'éviction quasi systématique de la loi nationale

76. Par la règle de conflit posée à l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil, le législateur a mis fin au principe d'exclusivité du rattachement à la nationalité dans la mesure où ce rattachement sera concurrencé par deux autres rattachements (a). L'éviction de la loi nationale pourra désormais se faire par deux biais, la loi nationale de l'un des époux est désormais concurrencée par les autres lois liées à la personne de cet époux, mais aussi par celles liées à la personne de son conjoint (b).

a) L'abandon du principe d'exclusivité du rattachement à la nationalité

77. Deux versions de ce qui allait devenir l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil ont été élaborées. Si ces deux versions présentent des structures différentes, elles visent toutes les deux un même but : « la promotion internationale des mariages homosexuels »¹⁷⁵. Pour parvenir à ce résultat, le législateur a, dans les deux versions du texte, renoncé à l'application distributive des lois nationales de chacun des époux. La condition de sexe des

¹⁷⁵A. Gorand, « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de personnes de même sexe », *L.P.A.*, 4 juillet 2013, p. 24, § 133.

époux fait, désormais, l'objet d'une règle particulière rompant ainsi avec la méthode traditionnellement employée en matière de conditions de fond du mariage¹⁷⁶.

78. La version prévue dans le projet de loi n'a pas été retenue. Selon ses termes, « la loi personnelle d'un époux est écartée, sous réserve des engagements internationaux de la France, en tant qu'elle fait obstacle au mariage de deux personnes de même sexe, lorsque la loi de l'État sur le territoire duquel est célébré le mariage le permet ». Cette disposition appelle plusieurs remarques.

79. En premier lieu, la réserve faite aux engagements internationaux de la France semble, ici, soit inutile, soit inexacte selon le sens qui lui est donné. Si le législateur entendait souligner que cette disposition n'est pas applicable aux époux ressortissants d'États liés à la France par des conventions applicables en la matière, la réserve n'était pas nécessaire. En vertu du principe de la supériorité des traités sur la loi, ces ressortissants devaient rester soumis aux règles de conflit conventionnelles et la nouvelle règle de droit international privé ne leur était pas applicable.

En revanche, s'il voulait indiquer que la loi nationale de ces mêmes ressortissants ne pouvait pas être écartée, c'était oublier l'exception d'ordre public qui peut intervenir pour contrer l'application de lois étrangères désignées par une règle de conflit conventionnelle¹⁷⁷.

80. En second lieu, l'originalité de cette disposition en rend la qualification difficile. *A priori*, le texte suit la logique de l'ordre public. Il permet, ici, d'écarter la loi normalement applicable — la loi personnelle d'un époux —, en raison de sa non-conformité aux conceptions du for — la possibilité de se marier entre personnes de même sexe. La règle met alors en œuvre le mécanisme de l'ordre public¹⁷⁸. Toutefois, la référence à « la loi de l'État sur le territoire duquel le mariage est célébré » laisse perplexe. L'ordre public a traditionnellement vocation à protéger les valeurs que le for considère comme fondamentales. Peu importe qu'elles soient ou non partagées par d'autres ordres juridiques

¹⁷⁶D. Bureau, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *Mélanges en l'honneur du Professeur Audit Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 155, § 24.

¹⁷⁷ Il apparaît d'ailleurs que la Cour de cassation a déjà, par le biais de l'exception d'ordre public, écarté l'application d'une loi prohibitive du mariage homosexuel désignée par une règle de conflit conventionnelle (C. Cass., civ. 1, 28 janvier 2015, n° 13-50059, V. infra § 100 s.) ; D. Bureau, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *préc.*, § 17.

¹⁷⁸H. Fulchiron, « Le mariage pour tous en droit international privé : le législateur français à la peine... », *Droit de la famille*, janvier 2013, doc 9.

en contact avec le rapport de droit. Évoquer, ici, le contenu d'une loi étrangère surprend. Selon le Professeur Fulchiron¹⁷⁹, la loi de l'État de célébration deviendrait, dans ce texte, la « loi de référence ». La loi nationale prohibitive ne serait pas évincée au profit de la *lex fori* mais de la loi de l'État de célébration.

L'explication de cette norme par la théorie de l'ordre public a, alors, été mise en doute¹⁸⁰. D'autres propositions d'explication ont pu être faites, mais aucune d'entre elles ne semble convaincante. Il a pu être avancé que ces nouvelles « dispositions de droit international privé [constitueraient] en réalité de nouvelles règles unilatérales de faveur du mariage homosexuel »¹⁸¹. S'il est vrai que cette disposition est d'une facture originale, il est difficile de la qualifier d'unilatérale. Bien que, dans ce texte, les valeurs du for soient clairement mises en avant, celui-ci ne prévoit pas l'application systématique de la *lex fori*. La loi de l'État de célébration peut tout autant être la loi française qu'une loi étrangère. Le caractère bilatéral du rattachement exclut de la même façon la qualification de loi de police¹⁸². Et si « une bilatéralisation du critère de rattachement d'une loi de police » n'est pas à exclure, il manque à cette règle ce « qui est aujourd'hui perçu comme étant de l'essence même de la loi de police : l'identification d'une règle précise dont la teneur commanderait le domaine d'application. »¹⁸³.

81. Il apparaît que ce texte s'éloignait des canons de l'orthodoxie du droit international privé. « Ni véritable exception d'ordre public international, ni loi de police, la nouvelle règle de droit international privé énoncée dans le projet de loi paraît relever d'un hybride, dans lequel on pourrait déceler un avatar de l'«ordre public de rattachement», issu de la théorie allemande de l'*Inlandsbeziehung* »¹⁸⁴.

82. La version finalement retenue présente une structure tout à fait différente. L'article 202-1 alinéa 2 tel qu'il a existé entre 2013 et 2014, énonçait que « toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa

¹⁷⁹H. Fulchiron, « Le mariage pour tous en droit international privé : le législateur français à la peine... », *préc.*

¹⁸⁰D. Sindres, « Brèves réflexions autour de l'article 202-1 alinéa 2 du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *L.P.A.*, 1 février 2013, p. 4, § 24.

¹⁸¹L. Aynes, « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *D.*, 2012, p. 2750.

¹⁸²D. Sindres, « Brèves réflexions autour de l'article 202-1 alinéa 2 du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *préc.*, § 24.

¹⁸³*Ibid.*

¹⁸⁴*Ibid.*

résidence le permet ». L'adverbe « toutefois », qui ouvre la disposition, indiquait la nature du lien de principe/exception qui unissait l'alinéa 1 et l'alinéa 2 de l'article 202-1. Le principe restait, alors, celui de l'application distributive de la loi nationale de chacun des époux. Si ce rattachement ne permettait pas la célébration du mariage espéré, l'exception prévue à l'alinéa venait au secours des futurs époux en évinçant la ou les lois nationales prohibitives. Il faut alors souligner que la dialectique du principe et de l'exception était dans cette disposition complètement renversée. Au regard de l'interdiction du mariage homosexuel dans la très grande majorité des États, l'exception avait vocation à jouer à une fréquence qui n'avait rien d'exceptionnel.¹⁸⁵

83. La combinaison des deux alinéas de l'article 202-1 a pu amener certains auteurs¹⁸⁶ à lire dans ces nouvelles règles une illustration de la mécanique de l'ordre public. Ces deux dispositions, lorsqu'elles étaient appliquées à un même rapport de droit, procédaient en effet de la même logique. Il s'agissait « d'évincer une loi désignée par une règle de conflit [l'alinéa 1] pour y substituer une loi permissive [l'une de celles désignées par l'alinéa 2] », la seule originalité étant que la loi finalement appliquée pouvait ne pas être la *lex fori*¹⁸⁷.

Une autre lecture de l'alinéa 2 avait été proposée¹⁸⁸. Celui-ci ne serait pas une mise en œuvre de l'exception d'ordre public, mais une règle de conflit à coloration matérielle. Ces règles visent la réalisation d'un résultat concret et non la désignation d'une loi applicable, choisie en raison des liens qu'elle présente avec le rapport de droit. Plus précisément, ces règles ne prescrivent en aucun cas l'application d'une loi particulière¹⁸⁹. La loi désignée n'est pas appliquée, mais « simplement prise en considération dans le résultat qu'elle consacre »¹⁹⁰. En réalité, « la désignation de la loi étrangère n'est plus l'effet juridique de la règle, mais entre au contraire dans son présupposé »¹⁹¹. Le résultat escompté n'est pas obtenu par l'application de la loi désignée, mais par l'application de la règle de droit international privé. Tel est, en effet, le cas en matière de mariages

¹⁸⁵D. Bureau, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *préc.*, § 28 ; G. Khairallah, « Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de couples de même sexe », *Mélanges en l'honneur du Professeur Audit Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 485.

¹⁸⁶H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *préc.* ; A. Panet, « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *préc.*

¹⁸⁷A. Panet, « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *préc.*

¹⁸⁸D. Bureau, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *préc.*, §28.

¹⁸⁹P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, préf. H. Batiffol, sp. 123.

¹⁹⁰D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Puf, Thémis droit, 3ed., 2014, sp. 616, § 531.

¹⁹¹*Ibid.*

homosexuels. « La conséquence de [l'article 202-1 alinéa 2 est] exclusivement consacrée à l'affirmation de la licéité du mariage homosexuel »¹⁹².

Pour que le mariage soit valablement célébré — effet juridique de la règle française —, il suffit que l'une des 6 lois désignées l'autorise. Ainsi, un couple pourra se marier en France si la loi nationale, du domicile ou de la résidence d'un seul des époux connaît ce type d'union, sans qu'il ne soit établi de hiérarchie entre ces différentes lois. Et si l'on ne sait laquelle de ces 6 lois sera appliquée¹⁹³, c'est qu'aucune d'entre elles ne le sera. L'une (voire plusieurs) d'entre elles, sans qu'il soit nécessaire de savoir laquelle, sera prise en considération afin de parvenir au résultat prescrit par la règle française.

84. Cette lecture en termes de règle à coloration matérielle de l'article 202-1 alinéa 2 est confortée par la nouvelle formulation du texte. Celui-ci a été modifié par la loi du 4 août 2014¹⁹⁴ qui supprime l'adverbe « toutefois ». Désormais, la relation qui lie les deux alinéas de l'article 202-1 n'est plus une relation de principe à exception, mais de règle générale à règle spéciale. La suppression de l'adverbe entraîne la suppression du lien de subordination entre les deux textes qui fonctionnent, alors, de façon autonome. Lorsqu'une autorité française devra se prononcer sur la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe, elle fera directement application de l'alinéa 2 sans passer par l'application préalable de l'alinéa 1. Le second ne corrige plus les effets de l'application du premier ; il ne vise plus à évincer la règle désignée par le premier. La logique de l'ordre public disparaît alors, et ne reste qu'une disposition qui, par une série de 6 rattachements alternatifs, maximise les possibilités de se marier.

Ainsi, s'il était possible d'écrire, au lendemain de la loi de 2013 que « le risque [était] grand de voir l'alinéa 2 [...] s'appliquer dans le cas le plus fréquent »¹⁹⁵, il est acquis, aujourd'hui, que celui-ci s'applique de façon systématique. L'alinéa 1 n'est, tout simplement, plus applicable à la question du sexe des époux. De ce fait, le rattachement à la nationalité perd sa qualité de rattachement de principe¹⁹⁶ pour cette condition de fond du mariage. La nationalité « est tombée de son piédestal »¹⁹⁷ et n'est, pour cette question, qu'un élément de rattachement parmi d'autres.

¹⁹²D. Bureau, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *préc.*, § 28.

¹⁹³A. Boiché, « Aspects de droit international privé », *AJ Famille*, 2013, p. 362.

¹⁹⁴Modifié par loi n° 2014-873 du 4 août 2014 - art. 55.

¹⁹⁵G. Khairallah, « Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de couples de même sexe », *préc.*, sp. 488.

¹⁹⁶E. Pataut, *La nationalité en déclin*, *préc.*, sp. 42.

¹⁹⁷*Ibid.*

b) La double éviction de la loi nationale prohibitive

85. Le risque d'éviction sera d'autant plus fréquemment avéré, que le législateur s'assure par deux biais que le rapport de droit pourra être rattaché à une loi permissive.

En effet, l'article 202-1 aliéna 2 met en concurrence le rattachement à la nationalité avec les deux autres éléments de rattachement que sont la résidence et le domicile (α). Mais surtout, et en cela il multiplie fortement les possibilités de célébration du mariage, il abandonne le principe de l'application distributive de sa loi personnelle à chacun des époux (β).

α) La mise en concurrence du rattachement par la nationalité avec d'autres éléments de rattachement

86. Telle qu'elle a été formulée, la règle de conflit posée par l'article 202-1 aliéna 2 du Code civil permet la célébration du mariage dès que la loi nationale, du domicile ou de la résidence de l'un des époux le permet. Elle met alors en place une série d'éléments de rattachement alternatifs, sans qu'aucune hiérarchie soit établie entre eux. La nationalité n'est plus l'élément de rattachement exclusif en matière de conditions de fond au mariage, mais elle n'est pas non plus considérée comme supérieure aux autres éléments. Elle n'est plus qu'un rattachement comme un autre¹⁹⁸ qui peut être écarté lorsqu'il ne convient pas¹⁹⁹.

Les deux autres éléments de rattachement ici utilisés sont ceux qui sont habituellement mis en œuvre en matière de statut personnel, que ce soit le domicile ou la résidence²⁰⁰.

¹⁹⁸E. Pataut, *Le déclin de la nationalité, préc.*, sp. 42.

¹⁹⁹*Ibid.*

²⁰⁰Pour un examen plus précis des rattachements au domicile et à la résidence, V. infra § 129.

β) L'abandon du principe de l'application distributive de sa loi à chaque époux

87. L'atteinte portée à la loi nationale des futurs époux ne s'arrête pas à la mise en concurrence qui vient d'être évoquée. En effet, la nouvelle règle de conflit prévoit que le mariage peut être célébré si l'une des lois liées à un seul des époux le permet.

Par exemple, une femme hongroise, domiciliée et résidente en Hongrie pourrait se marier en France avec une autre femme hongroise résidente, elle, au Portugal. La loi portugaise sera appliquée aux deux épouses. Ainsi, la loi « personnelle »²⁰¹ permissive de l'une des épouses est appliquée à sa future conjointe.

88. Deux constats peuvent être faits. En premier lieu, l'article 202-1 alinéa 2 prévoit une *application alternative* des lois désignées au profit des lois permissives. En d'autres termes, il n'est plus nécessaire que chacun des époux remplisse les conditions posées par leur propre loi « personnelle », mais il suffit qu'ils répondent tous deux aux prescriptions de l'une de ces différentes lois. Ce mécanisme n'est pas sans rappeler celui de l'application cumulative des lois nationales mis en œuvre pour les « empêchements bilatéraux ». Cette application cumulative se justifie par la nature de la condition qui doit être respectée. Ainsi, une distinction est faite entre les conditions qui touchent à l'aptitude personnelle d'une personne à se marier et celles qui touchent à la nature de la relation créée par le mariage. Ces dernières conditions ne visent pas à empêcher une personne de se marier, mais à lui interdire de se marier avec une personne en particulier.

89. Pour les premières, le principe est l'application distributive des lois nationales. Ce sera, par exemple, le cas de la condition d'âge minimum pour se marier. Dans le cadre d'un couple franco-malien, le conjoint français devra respecter les prévisions de la loi française, et le conjoint malien, celles de la loi malienne. Un homme français de 19 ans²⁰² pourra alors épouser une jeune femme malienne de 16 ans²⁰³.

²⁰¹Il est possible de parler, ici, de loi personnelle dans la mesure où l'on retient une acception large de la notion de « loi personnelle ». Celle-ci étant entendue comme la loi liée à une personne par l'un des rattachements retenus dans l'alinéa 2 de l'article 202.

²⁰²L'article 144 du Code civil français autorise le mariage dès 18 ans révolus.

²⁰³L'article 4 du chapitre III du Code du mariage et de la tutelle du Mali prévoit que la femme ne peut contracter mariage avant ses 15 ans.

Pour les secondes, dans la mesure où elles touchent à la relation elle-même, elles doivent être remplies par les deux époux. Elles imposent que la loi qui les prévoit soit appliquée cumulativement à chacun d'eux²⁰⁴, les deux devant respecter les conditions prévues par les deux lois. En d'autres termes, le mariage ne pourra être célébré qu'en l'absence d'empêchement dans les deux lois.²⁰⁵

90. L'exemple topique de ce type de conditions est l'interdiction de la bigamie prévue à l'article 147 du Code civil. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu énoncer, en 2002, que cette disposition française édictait un empêchement à mariage « bilatéral et absolu »²⁰⁶. Dans cette affaire, une femme française avait épousé, en Égypte, un homme libanais, déjà marié à une première épouse libanaise. La juridiction française avait refusé de reconnaître des effets à cette seconde union sur le territoire français en faisant une application cumulative de la loi française et de la loi étrangère. L'époux libanais, étant déjà marié, ne remplissait pas l'obligation de célibat nécessaire, selon le droit français, à la célébration d'un mariage, celui-ci ne pouvait être considéré comme valable sur le territoire français. L'utilité d'une telle application est ici flagrante.

Si le principe de l'application distributive avait été maintenu face à l'empêchement de bigamie, le mariage aurait été valable aux yeux du droit français. L'épouse française était célibataire avant la seconde union et respectait la loi française, alors que l'époux libanais, bien que déjà marié, ne violait aucune des conditions posées par sa loi nationale. L'application cumulative était alors nécessaire pour préserver le sens de la prohibition française : l'interdiction des mariages polygamiques.

91. L'interdiction du mariage entre personnes de même sexe a, aussi, pu être présentée comme un empêchement bilatéral²⁰⁷. Pourtant, il n'est pas sûr que pour cet empêchement à mariage l'éviction du principe de l'application distributive ait été réellement nécessaire. L'application distributive des lois nationales ne permet pas à un homme, ressortissant d'un État prohibitif, de se marier avec un autre homme, que celui-ci soit de statut permissif ou prohibitif. La permission accordée par la loi nationale de l'un des futurs époux ne suffit

²⁰⁴D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, préc.*, sp. 724.

²⁰⁵H. Fulchiron, « Mariage et partenariats enregistrés en droit international privé français », *RIDC*, 2006, vol. 58, p. 409, sp. 423.

²⁰⁶C. Cass., civ 1, 24 septembre 2002, n° 00-15789, *RJPF*, 2013, n° 1, janvier, p. 14, note F. Oudin, « Les Français ne doivent pas épouser des polygames » ; *JCP G*, 2003, n°9, 15 janvier, JP, 10007, p. 81, note A. Devers ; *Dr. Pat.*, 2003, n° 111, janvier, p. 120, F. Monéger, « La validité d'un mariage contracté à l'étranger entre une Française et un étranger déjà marié » ; *D.*, 2003, n° 29, 28 août, Comm, p. 1935, note J.-J. Lemouland.

²⁰⁷H. Fulchiron, « Mariage et partenariats enregistrés en droit international privé français », *préc.*, sp. 423.

pas, dans une logique distributive, à annuler la prohibition posée par la loi nationale de son compagnon.

Pour cette raison, le législateur français a, afin d'assurer un rayonnement maximum aux nouvelles dispositions relatives aux mariages homosexuels, abandonné l'*application distributive* des lois relatives à la question du sexe des époux au profit d'une *application alternative*. La permission de se marier entre personnes de même sexe ne suffisait pas, en cas d'application distributive, à autoriser la célébration du mariage d'un étranger, ressortissant d'un État prohibitif, avec un Français. Depuis 2013, il suffit que l'une des lois liées à l'un des époux autorise l'union pour qu'elle soit célébrée, malgré l'éventuelle opposition des lois liées à l'autre époux.

92. Le parallèle entre le mécanisme de l'empêchement bilatéral et la règle de l'article 202-1 alinéa 2 est alors frappant. Dans le premier cas, la loi prohibitive est appliquée aux deux époux et évince l'autre loi nationale, dans le second, c'est la loi permissive qui est appliquée aux deux époux, et ceci au détriment de l'autre loi « personnelle ». L'autorisation de se marier entre personnes de même sexe pourrait alors être considérée comme une « autorisation bilatérale », de la même façon que l'interdiction de la bigamie est un « empêchement bilatéral ».

93. Il en résulte, et c'est là le deuxième constat, que le législateur poursuit en matière de mariage l'ouvrage entamé en matière de partenariat enregistré. Il procède à une réelle dislocation du « lien qui existe entre le statut personnel et son rattachement en considération de la personne »²⁰⁸. Ainsi, la loi nationale prohibitive d'un époux pourra être évincée par la loi de son domicile ou de sa résidence, mais aussi par l'une des trois lois - celle du domicile, de la résidence ou de la nationalité- liées à son conjoint.

94. Finalement, la règle de conflit relative à la question du sexe des époux aboutit concrètement à soustraire l'un des éléments les plus problématiques de la formation du mariage, bastion inexpugnable du statut personnel, à l'empire de la loi nationale²⁰⁹.

²⁰⁸G. Khairallah, « Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de personnes de même sexe », *préc.*, sp. 487.

²⁰⁹G. Khairallah, « Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de personnes de même sexe », *préc.*, sp. 487.

2. L'évolution de l'objectif poursuivi par le rattachement à la loi nationale

95. Les évolutions du droit interne en matière de mariage n'imposaient en aucun cas la modification de la règle de conflit applicable aux conditions de fond de l'union. Au contraire, au regard de la reconnaissance des mariages homosexuels dans le monde, s'il était une condition de fond pour laquelle l'application de la loi nationale était bien nécessaire à assurer la permanence du statut, c'était celle touchant au sexe des époux.

Pourtant, c'est pour cette seule condition que le législateur a choisi « de rompre avec un rattachement plusieurs fois séculaire » et de négliger « les impératifs qui président au rattachement du statut personnel »²¹⁰. Ce choix est pour le moins audacieux. Le mariage entre personnes de même sexe soulève deux des questions qui touchent le plus intimement aux fondements moraux, religieux et culturels d'une société : le mariage et la sexualité. En effet, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels modifie profondément ce qu'est l'essence du mariage. Il fut un temps, pas si lointain, où il était universellement conçu comme l'union d'une femme et d'un homme dans un but procréatif. Aujourd'hui, une réelle fracture divise les États permissifs et ceux qui sont restés prohibitifs. Cette fracture n'est pas sans rappeler les difficultés rencontrées en matière de polygamie. Tout comme les mariages polygames, les mariages entre personnes de même sexe sont tolérés, voire favorisés dans certains pays, alors qu'ils sont interdits dans d'autres États.

Plus généralement, la reconnaissance juridique des couples homosexuels a trait au rapport qu'une société entretient avec la sexualité, et plus précisément l'homosexualité. Or, il ne faut pas oublier que dans un certain nombre d'États, parmi les plus peuplés, l'homosexualité n'est pas admise et reste parfois pénalement réprimée.

96. C'est alors sur l'un des aspects les moins consensuels de notre conception du mariage que le législateur a décidé de faire fi des prohibitions étrangères. En cela, il apparaît que la loi de 2013 ne se soucie pas des conséquences à l'étranger des mariages qu'elle permet de célébrer en France. La règle de conflit qu'elle prévoit va nécessairement mener à la célébration d'unions qui ne pourront pas être reconnues à l'étranger et donc à la multiplication de statuts boiteux. Ce risque est conscient et pleinement assumé. La lecture

²¹⁰*Ibid*, sp. 493.

de la circulaire du 29 mai 2013 permet de s'en convaincre. Ce texte indique explicitement que lorsqu'un mariage est célébré pour un étranger, celui-ci ne sera, en général, pas reconnu à l'étranger, et ce notamment lorsque l'État dont il est ressortissant ne connaît pas le mariage homosexuel. Les officiers de l'état civil ont alors pour mission d'indiquer aux étrangers que le mariage qu'ils pourraient contracter en France ne sera pas reconnu dans leur État d'origine²¹¹. Poursuivant dans la même lignée, la circulaire ajoute que, dans certaines situations, le mariage pourra être célébré en secret²¹². Ici, la volonté de permettre la célébration d'un mariage sans espoir de le voir un jour circuler dans l'État d'origine des époux est flagrante.

97. Si la loi nationale n'est plus appliquée dans les hypothèses où elle seule aurait permis d'assurer la permanence du statut conjugal, il apparaît que le maintien de sa compétence répond à un autre objectif, celui de permettre la célébration du mariage. C'est uniquement parce qu'elle ne répond pas aux conceptions du for qu'elle est écartée. Or, de façon habituelle, l'éviction de la loi étrangère en raison de sa contrariété avec les conceptions du for passe par le mécanisme de l'ordre public. C'est d'ailleurs par le biais de l'ordre public que la Cour de cassation a pu évincer la loi nationale prohibitive désignée par une règle de conflit conventionnelle.

B. L'éviction de la loi nationale étrangère non conforme par le jeu de l'ordre public

98. Au regard de l'article 202-1 alinéa 2, la question de la conformité d'une loi prohibitive à notre ordre public ne semblait pas devoir se poser. Il ne faut pourtant pas oublier qu'en parallèle de la règle posée par le Code civil, survit un certain nombre de règles issues de conventions bilatérales, qui, elles, continuent à soumettre le statut personnel des personnes à leur loi nationale²¹³.

²¹¹ Circulaire du 29 mai 2013, *préc.*, p. 5.

²¹² Circulaire du 29 mai 2013, *préc.*, p. 6. Lorsque l'un des époux est ressortissant d'un État dans lequel l'homosexualité est considérée comme un crime ou un délit, le procureur de la République peut dispenser les époux de publication des bans en vertu de l'article 169 du Code civil.

²¹³ La Circulaire du 29 mai 2013 donne la liste exhaustive des États avec lesquels la France a conclu de telles conventions bilatérales. Il s'agit de la Pologne, du Maroc, de la Bosnie-Herzégovine, du Monténégro, de la Serbie, du Kosovo, de la Slovénie, du Cambodge, du Laos, de la Tunisie et de l'Algérie.

99. C'est alors, moins d'un an après l'entrée en vigueur de la loi de 2013, que les juridictions françaises ont été confrontées à la question de l'application d'une loi nationale prohibitive désignée par une règle de conflit conventionnelle. La Cour de Chambéry²¹⁴, saisie du litige, avait énoncé que l'application de la loi prohibitive devait être écartée pour contrariété à l'ordre public. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation le 28 juin 2015.²¹⁵

Il est dès lors acquis que le droit de se marier entre personnes de même sexe doit être considéré comme une composante de l'ordre public international (1). La mise en œuvre de l'ordre public dans cette espèce soulève toutefois un certain nombre d'interrogations (2).

1. Le droit de se marier entre personnes de même sexe intégré à l'ordre public international

100. La première question qui se posait dans cette affaire était de savoir si l'application de la loi marocaine prohibitive qui interdisait la célébration du mariage pouvait être constitutive d'une violation de l'ordre public international français.

101. Cette affaire illustre parfaitement le caractère relatif du contenu de l'ordre public international français. Ce qui lui est contraire un jour ne l'est pas nécessairement le lendemain et vice versa. Ainsi, alors qu'avant la loi du 13 mai 2013, les débats tournaient autour de la conformité à l'ordre public des lois étrangères permettant la célébration des mariages entre personnes de même sexe, la Cour de Chambéry devait, en octobre 2013, se prononcer sur la conformité d'une loi prohibitive à notre ordre public.

²¹⁴CA Chambéry 22 octobre 2013, n° 13/02258, A. Boiché, « Le droit marocain prohibant le mariage entre deux personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international », *AJ Famille*, 2013, p. 720.

²¹⁵ C. Cass., civ. 1, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *AJF*, 2015, p. 172, obs. A. Boiché ; *Dr. Fam.*, 2015, Comm. 63, A. Devers et M. Farge ; *RJPF* 2015-2/15, J. Dubarry, « Le mariage pour tous au nom de l'ordre public international de proximité » ; *D.*, 2015, p. 464, H. Fulchiron, « Le "mariage pour tous" est d'ordre public en matière internationale » ; *JCP*, 2015, p. 318, L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane » ; *D.*, 2015, p. 1056, H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*, 2015, comm. 6, J. Guillaumé et S. Godechot-Patris ; *RTD Civ.*, 2015, p. 359, obs. J. Hauser ; *RLDC*, 2015-6/38, A.-A. Hyde ; *L.P.A.*, 2015, n° 42, p. 6, V. Legrand ; *D.*, 2015, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *L.P.A.* 2015, n° 37, p. 6, J.-G. Mahinga ; *JDI*, 2015, comm. 8, B. Mathieu ; *RTD Civ.*, 2015, p. 91, P. Puig ; *Gaz. Pal.*, 24 mars 2015, n° 83, p. 37, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *Defrénois*, 2015, n° 8, p. 450, M. Revillard ; *RTD Civ.*, 2015, p. 343, obs. L. Usunier ; *JDI*, 2015, Comm. 7, Th. Vignal.

102. Dans cette affaire, un Français voulait épouser, en France, un ressortissant marocain. Le ministère public avait formé opposition au mariage au motif que l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 soumettait les conditions de fond du mariage des Marocains aux dispositions marocaines. Cette règle de conflit, d'origine conventionnelle devait, selon le ministère, prendre le pas sur l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil et le droit marocain prohibant les mariages entre personnes de même sexe, le mariage ne pouvait être célébré. La Cour de Chambéry avait ordonné la mainlevée de l'opposition « en se fondant — assez maladroitement — sur la neutralisation de la Convention franco-marocaine au titre du “nouvel ordre public international” émanant de l'article 202-1, alinéa 2, lequel était ainsi doté d'un effet qu'il n'avait pas »²¹⁶. Quelques années plus tard, la Cour de cassation avait confirmé la décision en en substituant le motif. Selon les termes de son arrêt, l'article 4 de la Convention « précise que la loi de l'un des deux États désignés par la convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public, que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

Le principe était alors clairement énoncé, la liberté de se marier entre personnes de même sexe relève de la « liberté fondamentale de se marier » et ainsi de l'ordre public.

103. *A priori*, l'éviction de la loi prohibitive ne saurait surprendre. Les juridictions françaises ont déjà écarté l'application de lois nationales étrangères qui prévoyaient des empêchements à marier inconnus du droit français, que ces empêchements aient pu être fondés sur des considérations religieuses, médicales ou encore politiques²¹⁷. De la même façon, l'article 4 de la Convention prévoit explicitement une réserve d'ordre public permettant l'éviction de la loi nationale étrangère en cas de violation de l'ordre public du for.

104. Toutefois, l'alignement des éléments de proximité justifiant l'éviction de la loi étrangère sur les éléments de rattachement retenus dans la règle de conflit de droit commun donne une texture particulière à l'intervention de l'ordre public qui ne saurait, ici, être exempte de critiques.

²¹⁶P. de Vareilles-Sommières, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », article collectif Didier Boden, Sylvain Bollée, Bernard Hafitel, Petra Hammje et Pascal de Vareilles-Sommières, *RCDIP*, 2015, p. 400.

²¹⁷B. Bourdelois, « Mariage », *Rép. Droit Int.*, Dalloz, septembre 2011 (actualisation janvier 2017), § 46.

2. La mise en œuvre de l'ordre public de proximité

105. L'objectif de l'exception d'ordre public est de protéger l'ordre juridique du for de l'éventuelle perturbation que provoquerait l'application d'une norme étrangère contraire à ses valeurs. En certaines matières²¹⁸, il est aujourd'hui admis qu'une telle perturbation ne pourrait être constituée que si le rapport de droit entretient des liens suffisamment étroits avec la France²¹⁹. L'ordre public est alors dit de proximité.

106. Lorsque, dans l'arrêt de 2015, la Cour fait jouer l'exception d'ordre public, elle justifie l'éviction de la loi marocaine en raison des liens que l'un des membres du couple entretient avec un État dont la loi autorise le mariage entre personnes de même sexe. Selon ses propres termes, la loi ici compétente est contraire à notre ordre public en ce qu'elle s'oppose au mariage de personnes de même sexe alors que, « pour au moins l'une [de ces personnes], soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

C'est, visiblement, au mécanisme de l'ordre public de proximité qu'elle fait appel. Parce que l'un des futurs époux a son domicile, sa résidence ou est ressortissant d'un État permissif, la loi normalement compétente, si elle est prohibitive, ne pourra être appliquée. Cette prise en compte des liens de proximité afin de justifier l'éviction de la loi normalement compétente n'est *a priori* pas surprenante. En matière de couple, la nécessité de tels liens a déjà été énoncée à plusieurs reprises que ce soit dans le cas de litiges relatifs aux effets en France de mariages polygamiques²²⁰ ou de répudiations étrangères²²¹, ou lors de litiges impliquant des lois étrangères interdisant le divorce²²².

Dès lors, que l'ordre public de proximité soit invoqué pour pallier les difficultés résultant des divergences entre les législations en matière de mariage homosexuel présente

²¹⁸A. Sinay-Cytermann, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », *Les relations privées internationales Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 635, sp. 636.

²¹⁹V. les critiques faites à cette théorie L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI*, 2013, t. 357, p. 223 s., et du même auteur « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *préc.*

²²⁰Civ. 1re, 6 juillet 1988, *Baaziz*, *RCDIP*, 1989, p. 77.

²²¹Civ 1, 17 février 2004, (cinq arrêts), *RCDIP*, 2004, p. 423, note P. Hammje ; *JDI*, 2004, p. 1200, note L. Gannagé ; *JCP* 2004, II, 10128, note H. Fulchiron ; *Défrenois* 2004, p. 812, obs. J. Massip ; *D.* 2004, p. 815, note P. Courbe, *Gaz. Pal.* 2004 N 27, note M.-L. Niboyet.

²²²Civ. 1re, 1er avril 1981, *de Itturalde de Pedro*, *JDI*, 1981, p. 812, note D. Alexandre.

un certain classicisme. Cette illusion de classicisme n'en disparaît pas moins lorsque les liens de proximité ici utilisés sont examinés de plus près.

107. En effet, le principe est, lorsqu'est mis en œuvre l'ordre public de proximité, que celui-ci « ne peut écarter la loi étrangère applicable que s'il existe un lien suffisamment étroit entre la situation litigieuse et le territoire du for »²²³. Or, dans l'arrêt de 2015, les liens invoqués par la haute juridiction peuvent être ténus, voir totalement inexistantes avec notre ordre juridique.

En premier lieu, l'existence de ces liens n'est pas appréciée à l'égard du territoire du for, mais de tous les États autorisant le mariage entre personnes de même sexe, élargissant de façon exponentielle le nombre de situations où la loi étrangère sera écartée (a).

En second lieu, l'existence de ces liens s'apprécie à l'égard de n'importe lequel des membres du couple (b).

a) L'appréciation spatiale de la proximité

108. L'appréciation de la proximité que la Cour fait dans l'arrêt de 2015 se distingue du jeu habituel de l'ordre public tant par le nombre d'éléments de proximité qu'elle retient (α) que par leur ancrage géographique (β).

a) La nature et le nombre des liens de proximité retenus

109. Le premier constat qui peut être fait au regard de la décision de 2015 est la puissance de la réaction de l'ordre public face au droit marocain prohibant le mariage entre personnes de même sexe. Les liens de proximité retenus dans l'arrêt de la Cour vont, en effet, permettre d'évincer de façon quasi systématique la loi marocaine, ou toute autre loi prohibitive qui serait applicable en vertu des conventions bilatérales applicables en France. En cela, il est possible de dire que l'ordre public participe, en la matière, à la « croisade »²²⁴

²²³B. Ancel et Y. Lequette et Ancel, *GAJDIP, préc.*, commentaire sous l'arrêt *Rivière*, n° 26, p. 232, sp. 243, § 12.

²²⁴J. Hauser, « La croisade du mariage pour tous (suite) », *RTD civ.*, 2015, p. 359.

menée par la France en faveur du mariage pour tous, tant les similitudes sont flagrantes entre les liens de proximité retenus dans cette affaire et les éléments de rattachement prévus à l'article 202-1 al 2 du Code civil.

Il est frappant, à la lecture de l'arrêt, que l'ordre public intervient, ici, en soutien de la règle de conflit de droit commun écartée, en l'espèce, par la règle conventionnelle.

Que la nationalité, le domicile ou la résidence de l'un des époux soient utilisés comme déclencheur de l'ordre public de proximité n'est pas en soi inhabituel. En effet, les liens de proximité retenus doivent correspondre à la matière concernée par le rapport de droit. Or ces trois types de liens sont ceux traditionnellement mis en œuvre tant par les règles de conflit que par l'ordre public en matière de statut personnel.

Ainsi, il est admis que la loi prohibitive empêchant un Français domicilié en France de divorcer doit être écartée. De même, l'éviction des lois interdisant l'établissement d'une filiation naturelle a pu être conditionnée par la nationalité ou la résidence de l'enfant. Les répudiations étrangères ne pourront être reconnues en France si l'épouse est domiciliée sur le territoire français ou a la nationalité française.

110. Par contre, il est plus surprenant que la nationalité, le domicile et la résidence soient ensemble pris en compte dans l'appréciation de la proximité. Les trois liens sont ici utilisés de façon alternative, chacun d'entre eux suffit à lui seul à déclencher l'éviction de la loi prohibitive.

β) L'ancrage géographique des liens de proximité

111. Il apparaît, au surplus, que, dans le cadre de l'ordre public de proximité, l'éviction d'une loi étrangère ne peut avoir, traditionnellement, lieu que lorsque la situation en cause présente des liens pertinents avec notre ordre juridique. Pour les tenants de l'ordre public de proximité, les valeurs fondamentales du for ne peuvent être atteintes que « si en l'espèce les liens rattachant le litige au for sont suffisants »²²⁵. En l'absence de tels liens, l'application d'une norme étrangère ne peut, quel que soit son contenu, perturber les

²²⁵N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007, sp.. 244, § 254.

valeurs du for qui dès lors se désintéresse de la situation²²⁶. La Cour illustre parfaitement cette idée quand elle dit dans son arrêt *Latouz* que, si la loi étrangère qui prohibe l'établissement de la filiation naturelle d'un enfant n'est pas, « en principe », contraire à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque cette loi à « pour effet de priver un enfant français ou résidant en France du droit d'établir sa filiation »²²⁷. Le lien entre l'appréciation *in concreto* de l'ordre public et l'ordre public de proximité est alors apparent. Une loi étrangère ne peut être considérée, dans l'absolu, comme contraire aux valeurs du for, elle ne le sera que lorsque des liens significatifs unissent la situation qu'elle régit et la France. Seul un degré de proximité suffisant entre le rapport de droit et le for permet le déclenchement du mécanisme de protection qu'est l'éviction de la loi étrangère.

La protection de ces valeurs serait alors juste et mesurée²²⁸, permettant d'atteindre un juste équilibre entre « le respect des valeurs du for et celui des identités culturelles »²²⁹ des individus.

112. Une fois rappelé ce principe, force est de constater que la décision de la Cour est ici atypique²³⁰. Les liens de proximité évoqués dans l'arrêt ne rattachent pas nécessairement la situation à l'ordre juridique du for. Selon les termes de l'arrêt, l'ordre public pourra intervenir, et permettre l'éviction de la loi nationale prohibitive, dès lors que l'un des époux sera lié, soit par la nationalité, soit par le domicile, soit par la résidence, à un État permissif, et ce quel qu'il soit. Cela sous-tend, de façon étrange, que les valeurs du for pourraient être perturbées par l'application d'une loi à une situation qui n'a aucun lien avec le for. Pourtant, la Cour énonce bien que des liens de proximité doivent nécessairement être présents pour justifier du déclenchement du mécanisme correcteur.

113. Dans une optique d'ordre public de proximité, il est difficile de concevoir que l'application de la loi marocaine au mariage de deux femmes marocaines, domiciliées toutes deux au Maroc dont l'une aurait sa résidence en Belgique, puisse violer nos valeurs fondamentales.

²²⁶L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *prec.*, sp. 217, § 24.

²²⁷Civ. 1^{re}, 10 février 1993, *Latouz*, *RCDIP*, 1993, p. 620 note J. Foyer ; Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, *D.*, 2006, p. 2890 ; note G Kessler et G. Salamé ; *JCP*, 2006, II, p. 1165, note T Azzi.

²²⁸L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *prec.*, sp. 348, § 144.

²²⁹*Ibid*, sp. 347, § 144.

²³⁰S. Bollée et B. Haftel, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », article collectif Didier Boden, Sylvain Bollée, Bernard Haftel, Petra Hammje et Pascal de Vareilles-Sommières, *RCDIP*, 2015, p. 400.

Si violation il y a, il est peu concevable que ce soit en raison d'un hypothétique lien que le mariage aurait avec la France, lien qui ne pourrait être ni la nationalité, ni le domicile, ni la résidence de l'une des épouses. La perturbation de l'ordre public, ici, ne découlerait-elle pas plutôt de l'application de la loi marocaine lors de la constitution, ou plutôt de la non-constitution, de la situation en France ?

Si la réponse devait être positive, il serait difficile de comprendre pourquoi l'application de cette loi au couple de deux hommes marocains dont l'un a sa résidence en Italie ne le perturberait pas. En effet, la seconde situation ne présente pas plus de liens avec la France que la première, mais n'en présente pas moins non plus. Dans les deux cas, le seul lien est le lieu de célébration du mariage. Or la prise en compte du lieu de constitution du rapport relève de l'appréciation de l'ordre public dans son effet plein et non de l'ordre public de proximité.

114. Se pose alors la question de savoir pourquoi la Cour de cassation impose cette exigence de proximité et ne se contente pas de constater la violation de notre ordre public dès qu'il s'agit de « ne pas célébrer » en France le mariage d'un Marocain.

Une première explication peut se trouver dans l'origine de la règle de conflit dont il s'agit de corriger le résultat. La règle qui désigne la loi marocaine aux conditions de fond du mariage d'un Marocain est d'origine conventionnelle. Elle est alors le fruit d'un commun accord entre la France et le Maroc. Or, faire jouer l'ordre public dans son effet plein quant à la question de l'identité de sexe dans le mariage, revient concrètement à vider de son sens l'article 4 de la Convention de 1957 sur cette question. En effet, une telle mise en œuvre de l'ordre public aurait pour résultat d'écarter systématiquement la loi marocaine prohibitive alors même que le droit pénal de cet État interdit les relations homosexuelles²³¹. Diplomatiquement, l'éviction de la loi marocaine pourrait être mieux acceptée si elle est « maniée avec une certaine circonscription »²³² et suppose la présence de liens de proximité entre le mariage à célébrer et un État permissif.

115. Une deuxième explication pourrait découler de la lecture de la règle de conflit de droit commun. Par cette disposition, le législateur donne un rayonnement important à l'autorisation de se marier entre personnes de même sexe, mais aussi le rayonnement maximal qu'il entend lui octroyer. Ainsi, pour qu'une telle union puisse être célébrée, il

²³¹L'article 489 du code pénal du Maroc criminalise « les actes licencieux ou contre nature avec un individu du même sexe ».

²³²L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 353, 2001, sp. 211, § 304.

faut que l'un des époux présente des liens de rattachement avec un ordre juridique permissif. Une toute petite minorité d'États dans le monde connaissant de ce type d'union, le législateur maximise, grâce à un rattachement alternatif, les possibilités de se rattacher à une loi permissive. Mais en l'absence de tels liens, le mariage ne sera pas possible. Élargir encore le champ d'application des lois permissives reviendrait à autoriser tout le monde à bénéficier du droit de se marier entre personnes de même sexe alors que ce type d'union est très peu reconnu de par le monde. Si le législateur ne l'a pas fait, alors que c'était possible²³³, c'est qu'il ne désirait pas s'aventurer sur ce délicat chemin.

Si la Cour de cassation avait choisi, dans l'arrêt de 2015, de faire jouer l'ordre public dans son effet plein, elle aurait dû appliquer la solution aux situations soumises, non seulement à la règle de conflit conventionnelle, mais aussi à celles soumises à la règle de conflit de droit commun. Il en aurait découlé que tous les couples homosexuels, qui le désiraient, auraient pu se marier en France à la seule condition de pouvoir bénéficier de la compétence d'une autorité française. La Cour de cassation n'a visiblement pas voulu suivre cette route et a géographiquement limité le champ des situations qui pourront bénéficier d'une telle autorisation.

116. Pourtant, si l'utilisation de l'ordre public de proximité peut s'expliquer, les liens évoqués par la Cour ne convainquent pas au regard de la logique du mécanisme. Selon cette logique, « pour que la loi étrangère perturbe véritablement l'ordre juridique du for, il faut que son application concerne une situation qui est suffisamment ancrée dans cet ordre juridique »²³⁴. Ce ne sont pas tant « les valeurs elles-mêmes » qui sont protégées que « l'intégrité de l'ordre juridique du for »²³⁵. Or, lorsque la situation ne présente de liens de proximité pertinents qu'avec des ordres juridiques étrangers, il est difficile de concevoir en quoi l'intégrité de l'ordre juridique du for pourrait être atteinte par l'application d'une norme étrangère. Dès lors, l'éviction de cette norme se justifie avec difficulté.

117. Certains auteurs ont, alors, pu avancer l'idée qu'il pourrait s'agir pour la Cour « d'attacher des conséquences à une communauté de valeur constatée avec un ordre

²³³ Par exemple, en désignant comme loi applicable la loi de l'autorité compétente comme il l'a fait en matière de partenariat enregistré.

²³⁴N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, préc., sp. 146, § 158.

²³⁵L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », préc., sp. 356, § 160.

juridique avec lequel la situation a des liens »²³⁶. Cette lecture de la solution de 2015 pourrait être confortée par un autre arrêt²³⁷, de 2016 celui-ci.

Cette seconde affaire mettait en cause un couple de Marocains, mariés au Maroc et domiciliés en France. Alors que l'épouse intentait, en France, une action en contribution aux charges du mariage contre son époux, celui-ci se défendait en invoquant un jugement marocain de répudiation qui mettait fin au mariage et aux obligations qui en découlaient. Après que la Cour d'appel eut déclaré la demande de l'épouse irrecevable en raison de la dissolution du mariage intervenue à l'étranger, la Cour de cassation avait rappelé sa jurisprudence fermement établie depuis 2004²³⁸. Les jugements étrangers de répudiation, contraires au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, ne peuvent être reconnus en France. Cette solution, classique, n'appelle *a priori* pas de commentaire particulier, si ce n'est au regard des liens de proximités évoqués dans l'arrêt.

118. Traditionnellement, les jugements de répudiation sont écartés de notre ordre juridique en raison des liens que l'épouse, parfois les deux époux, entretient avec la France. Ceux-ci peuvent être la nationalité française ou l'existence d'un domicile sur le territoire français. En 2016, de tels liens existaient, puisque les deux époux étaient domiciliés en France. Pourtant, rompant avec sa formule habituelle, la Cour énonce que le jugement marocain était contraire au principe d'égalité « dès lors que les deux époux de nationalité marocaine [étaient] domiciliés sur le territoire d'un État contractant ». La proximité ne s'apprécie pas à l'égard du territoire du for, mais au regard des territoires des différents États parties à la Convention européenne des droits de l'homme.

Le parallèle entre l'arrêt de 2015 et celui de 2016 est alors frappant, l'ordre public intervient dès lors que le rapport de droit est ancré sur le territoire d'États qui partagent une valeur commune, que ce soit l'égalité des époux ou le droit de se marier entre personnes de même sexe.

119. Toutefois, le parallèle s'arrête à ce stade. S'il est possible de constater l'existence d'une communauté d'États entre les États parties à la Convention, il n'est pas acquis

²³⁶S Bollée et B Haftel, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *préc.*

²³⁷Civ. 1, 25 mai 2016, n° 15-10532, v. sur la question de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité dans cet arrêt, G. Cerqueira, « Les limites à la circulation du statut personnel : un ordre public réellement international ? », in *La circulation des personnes et de leur statut personnel dans un monde globalisé*, colloque des 11 et 12 octobre 2018, Lyon III, actes à paraître aux éditions Lexisnexis, 2019.

²³⁸Civ. 1, 17 février 2004 (cinq arrêts), *D.* 2004, p. 825, conclusions F. Carravoc ; *JCP*, 2004, II, 10 128, note H. Fulchiron ; *Deffrénois*, 2004, p. 812, note J. Massip ; *Gaz. Pal.* 25-26, février 2004, p. 29, note M. L. Niboyet ; *RCDIP*, 2004, p. 423, note P. Hammje ; *JDI*, 2004, p. 1200, note L. Gannagé.

qu'une telle communauté puisse se déduire d'une convergence de point de vue, entre divers ordres juridiques, sur la seule question du mariage homosexuel.

Surtout, il existe une différence fondamentale entre ces deux valeurs. L'égalité des époux lors de la dissolution du mariage est un droit fondamental consacré par la Convention européenne des droits de l'homme²³⁹ que la France s'est engagée à « garantir à toute personne relevant de sa juridiction ». L'origine conventionnelle du principe a pu amener à s'interroger sur la légitimité du recours à un ordre public de proximité lié au seul territoire du for²⁴⁰. De la même façon, le Professeur Hammje proposait, en matière de mariage polygamique, de ne pas limiter la protection découlant de la Convention à la première épouse française, mais de l'étendre à toutes les premières épouses résidant sur le territoire d'un État contractant²⁴¹. L'appréciation de la proximité dans la mise en œuvre de l'ordre public résultait, dans ses propositions, de l'origine conventionnelle de la valeur protégée, mais aussi des engagements pris par la France pour la protection de ladite valeur²⁴².

120. Or force est de constater que la liberté de se marier entre personnes de même sexe est d'origine interne dans la mesure où elle résulte d'une loi. Le fait que cette liberté soit octroyée dans d'autres États ne modifie pas cette origine interne et qu'elle soit partagée ou non importe peu dans l'intervention de l'ordre public. Elle est protégée au regard de l'importance qu'elle a dans l'ordre juridique français et non au regard de son importance dans une communauté d'États dont l'existence reste hypothétique. Il est dès lors difficilement justifiable que la proximité soit, ici, appréciée à l'égard du territoire de tous les États permissifs, sauf à admettre que la Cour procède à un alignement des règles de conflit conventionnelles sur la règle de conflit de droit commun et que l'ordre public fasse, sur ce point, « figure d'expédient »²⁴³. La solution de la Cour semble alors mettre en lumière un réel « détournement de la fonction de l'ordre public international »²⁴⁴ qui devient un « subterfuge » répondant à la « nécessité de rectifier le rattachement [conventionnel] non pas seulement de façon ponctuelle, dans une espèce donnée, mais de façon générale »²⁴⁵ pour la question du sexe des époux. L'ordre public aura, en effet,

²³⁹Article 5 du protocole 7 du 22 novembre 1984.

²⁴⁰H. Fulchiron, « Ne répudiez point... » : pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », *RIDC*, 2006, p. 7, sp.17 s.

²⁴¹P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP*, 1997, p. 1, § 15 s.

²⁴²V. sur les limites d'une telle proposition, N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé, préc.*, sp. 228 s., § 421 s.

²⁴³S. Bollée, B. Haftel, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *préc.*

²⁴⁴N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé, préc.*, sp. 279, § 536.

²⁴⁵*Ibid*, sp. 280, § 537.

vocation à intervenir très fréquemment lorsque seront appliquées les règles de conflit conventionnelles relatives aux conditions de fonds de formation du mariage.

b) L'ancrage personnel des liens de proximité

121. Son intervention sera d'autant plus fréquente qu'il suffit qu'un seul des futurs époux ait un lien avec un État permissif pour que la loi marocaine prohibitive soit écartée.

Au premier regard, cette indifférence quant à la personne permettant d'ancrer la relation peut sembler surprenante. Habituellement, lorsque la Cour fait jouer l'ordre public de proximité, elle indique précisément la personne qui doit présenter les liens de proximité avec le for. Ainsi, dans l'arrêt *de Itturalde de Pedro*²⁴⁶, la Cour évince la loi espagnole qui empêche un Français domicilié en France de demander le divorce. L'élément de proximité doit se concrétiser dans le chef de l'époux demandeur. *A contrario*, lorsque le demandeur ne présente aucun lien avec la France, mais que le défendeur est français et domicilié en France, l'ordre public ne devrait pas permettre d'écarter la loi prohibitive. Le constat est le même en matière de répudiation ou de filiation.

Les répudiations étrangères ne peuvent être reconnues en France si l'épouse est liée à la France. Mais les liens que l'époux pourrait entretenir avec la France, s'il était le seul à en présenter, ne semblent pas suffisants à justifier l'intervention de l'ordre public.

Plus éclairant, l'arrêt du 10 mai 2006 illustre parfaitement cette idée. La Cour avait accepté l'application de la loi algérienne alors que celle-ci empêchait l'établissement d'une filiation entre un enfant algérien résidant dans cet État et un éventuel père français vivant en France. Il est particulièrement frappant de constater ici que si l'enfant ne présentait pas de liens avec la France, le père était réellement ancré dans l'ordre juridique français. Or cet ancrage n'a pas suffi aux yeux de la juridiction et l'indifférence de notre ordre public est difficilement justifiable²⁴⁷.

²⁴⁶Civ. 1, 1 avril 1981, *de Itturalde de Pedro*, *préc.*

²⁴⁷L. Gannagé, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *préc.*, sp. 220, § 33 ; du même auteur, « A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 265, sp. 266 s., § 2 s. ; P. Lagarde, note sous Civ. 1, 13 mars et 25 avril 2007, *RCDIP*, 2008, p. 81 ; V. pour une solution contraire Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, no 16-19654, *L.P.A.*, 31 janv. 2018, n° 1326, p. 12, note P.-L. Niel et M. Morin. Dans cette affaire, la Cour de cassation écarte l'application de la loi camerounaise interdisant l'établissement de la filiation paternelle d'un enfant sans retenir l'existence de lien de proximité entre cet enfant et l'ordre juridique français.

122. Dès lors, ce qui semble intolérable n'est pas le fait qu'une valeur de l'ordre juridique français soit violée alors que le rapport de droit a un lien avec la France, mais qu'elle le soit au détriment d'une personne liée à notre État.

Le sort des mariages polygamiques étrangers en France est une parfaite illustration de cette idée. L'ordre public international ne s'oppose pas à la reconnaissance de la validité de ces unions, mais s'oppose à ce que leur soient accordés des effets lorsque la première épouse est Française²⁴⁸. Ce qui est choquant n'est pas tant que la seconde union existe dans notre ordre juridique, alors même que la première épouse peut être française, mais que cette seconde union puisse porter préjudice à cette première épouse.

Ce n'est pas la valeur en elle-même qui est protégée, mais le droit pour certaines personnes d'en tirer bénéfice²⁴⁹.

123. Dans les domaines précités, les intérêts des différents protagonistes sont habituellement divergents. Pour cette raison, les liens de proximité ne sont appréciés que dans le chef de la personne dont les intérêts seraient bafoués par l'application de la loi étrangère.

En matière de formation du mariage, la situation est bien différente. Les intérêts des deux futurs époux convergent vers un même but : la célébration du mariage. Si l'on interdit à l'un de se marier, on l'interdit aussi à l'autre. Si les autorités françaises refusent de célébrer le mariage d'un Marocain avec un Français en raison de la loi nationale marocaine, le droit de se marier est refusé au futur époux français, qui est lui ancré dans l'ordre juridique du for.

Pour parvenir à une réelle protection de la liberté matrimoniale des personnes ressortissantes d'un État permissif, domiciliées dans un tel État ou en étant résidentes, il est nécessaire d'apprécier ces liens de proximité à l'égard des deux membres du couple.

La Cour, lorsqu'elle ne choisit pas quel futur époux doit être ancré sur un territoire permissif, assure l'efficacité du jeu de l'ordre public de proximité en la matière et accroît la similarité existant entre les situations soumises à la règle de conflit de droit commun et celles relevant des règles de conflit conventionnelles.

²⁴⁸ Civ. 2, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27.864, *RCDIP*, 2012, p. 339, P. Lagarde, « Refus d'une pension de réversion opposé à la seconde épouse d'un étranger polygame ».

²⁴⁹ Voir N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé, préc.*, sp. 276, § 279.

Dès lors que la loi nationale de l'un des époux interdit la célébration du mariage, elle sera évincée par la loi de la nationalité, du domicile ou de la résidence de son conjoint. Le rattachement à la nationalité est mis en concurrence avec les rattachements territoriaux.

Section II - Les éléments de rattachement concurrents : de la permanence au rayonnement des conceptions françaises en matière de couple

124. L'éviction du rattachement à la nationalité pour les nouvelles formes de conjugalité ne procédait d'aucune nécessité logique. Le même constat peut, par ailleurs, être fait en matière de partenariat enregistré et l'application de la loi nationale de chacun des partenaires aurait pu être maintenue en ce qui concerne l'enregistrement de ces statuts. Cela impliquait, toutefois, d'admettre que les récentes réformes qu'avait connues le droit interne étaient vouées à ne connaître qu'un écho minimal au plan international. Seuls les Français auraient pu enregistrer un PACS et seuls les couples d'homosexuels ressortissants d'États permissifs auraient pu se marier en France. Or si la solution était souhaitable au regard de l'objectif de permanence du statut dans la mesure où l'application de la loi nationale aurait permis d'éviter la multiplication de statuts boiteux, elle ne répondait pas aux objectifs du législateur.

125. Celui-ci, porté par la volonté d'« assurer un rayonnement international maximal »²⁵⁰ à ses nouvelles dispositions, s'est livré à un profond remaniement des éléments de rattachement applicables à la matière (§I). Il apparaît alors que les nouvelles règles de conflit opèrent une « véritable mutation contemporaine du statut personnel »²⁵¹ (§II).

§ I - Le rayonnement international des conceptions françaises en matière de couple

²⁵⁰P. Hammje, « "Mariage pour tous" et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *préc.*, § 4.

²⁵¹B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé, préc.*, sp. 195, § 208 ; E. Pataut, *La nationalité en déclin, préc.*, sp. 41.

126. L'éviction du rattachement à la nationalité n'est pas une nouveauté en droit international privé français. En effet, « la nationalité ne remplit plus son rôle juridique lorsque la plurinationalité tend à s'installer en situation normale ». ²⁵² Par exemple, en l'absence de nationalité commune des époux, l'arrêt *Rivière* ²⁵³ soumettait le divorce à la loi de leur domicile commun. La question de la formation de la relation était toutefois restée, hors exceptions ²⁵⁴, soumise au principe de l'application distributive des lois nationales en cause. Toutefois, si le rattachement à la nationalité avait déjà été écarté en matière de couple, cette éviction résultait essentiellement des difficultés de sa mise en œuvre.

Or il est incontestable aujourd'hui que l'évolution des rattachements en matière de mariage homosexuel ou de partenariat enregistré répond à une logique différente. Il s'agit désormais de permettre au plus grand nombre de bénéficier du droit français du couple.

Pour ce faire, le droit international privé français prévoit une règle de conflit particulière pour chacune de ces formes de couple. La question du sexe des époux fait désormais l'objet d'un rattachement alternatif visant à garantir la désignation d'une loi permissive (A).

127. En revanche, en matière de partenariat enregistré, « le bénéfice des solutions consacrées par la loi française » ne pourra être atteint que par application de la loi française. Les partenariats enregistrés recouvrent des réalités différentes dans chacun des États qui en connaissent. Le PACS n'est ni la *cohabitation légale* belge ni le *eingetragene Lebenspartnerschaft* de droit allemand. La règle de conflit applicable en la matière prévoit alors que lorsque le partenariat doit être enregistré par une autorité française, la formation comme les effets et la dissolution du statut sont soumis à la seule loi française. (B)

A. Le rayonnement international de la liberté matrimoniale à la française

²⁵²L. d'Avout, « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », *Les relations privées internationales Mélanges en l'honneur du Professeur Audit*, LGDJ., 2014, p. 15, § 4, voir aussi H. Gaudemet-Tallon, « Individualisme et mondialisation : aspects de droit international privé de la famille », *Un engagement au service du droit international privé Mélanges H. von Loon*, Intersentia, 2013, p. 181 s., sp. 182.

²⁵³Civ. 1re, 17 avr. 1953, *Rivière*, *JCP G*, 1953, II, p. 7863, note J. Buchet ; *JDI*, 1953, p. 860, note G. Plaisant ; *RCDIP*, 1953, p. 412, note H. Batiffol ; *S.*, 1953, 1, p. 181, même note ; *Journ. Not.*, 1954, p. 208, note Ryziger ; B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP, préc.*, n° 26, p. 232 ; V. aussi C. Gavalda, « Remarques sur l'arrêt *Rivière* », *TCFDIP*, 1955, p. 115 ; Ph. Francescakis, « Le divorce d'époux de nationalité différente après l'arrêt *Rivière* », *RCDIP*, 1954, p. 325 ; P. Lagarde, « Destinées de l'arrêt *Rivière* », *JDI*, 1971, p. 241.

²⁵⁴C'est essentiellement le cas des réfugiés et des apatrides qui sont, pour l'ensemble de leur statut personnel, soumis à la loi de leur domicile (I. Barrière-Brousse, « Mariage Conditions de forme », *préc.*, § 5).

128. Les nouvelles règles de conflit applicables aux mariages procèdent à un dépeçage de la catégorie des conditions de fond de l'union. Le traitement des conditions de fond de l'union est désormais divisé entre deux règles qui poursuivent chacune un objectif différent. Si la grande majorité de ces conditions relèvent encore aujourd'hui de la loi nationale de chacun des époux, choix justifié par le principe de la « permanence nécessaire de la loi personnelle »²⁵⁵, la condition relative au sexe des époux bénéficie d'un mécanisme reflétant la volonté du législateur de favoriser la célébration d'union sur le territoire français. « Marquant indubitablement une faveur au “mariage pour tous” le texte offre une protection particulière à une seule des conditions de fond du mariage, afin d'en assurer au maximum le respect même dans des situations internationales »²⁵⁶

C'est alors par le choix d'un rattachement alternatif (1) que le législateur cherche à assurer l'application d'une loi permissive (2) permettant la célébration d'un mariage homosexuel en France.

1. Le choix du rattachement alternatif

129. Désormais, l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil prévoit que « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Si cette règle ne prévoit pas l'éviction systématique du rattachement à la nationalité, elle le met en concurrence avec les deux autres rattachements traditionnellement mis en œuvre en matière de droit de la famille, que sont le domicile et la résidence.

130. En droit international privé, le domicile est entendu comme une notion fonctionnelle²⁵⁷, dont la jurisprudence définit les caractéristiques au regard de l'objectif poursuivi par la règle de conflit qui le met en œuvre. Il peut dès lors correspondre « tantôt à une simple localisation internationale, tantôt à un véritable lien d'allégeance à l'égard de

²⁵⁵H. Batiffol, « Principes de droit international privé », *préc.*, sp. 503.

²⁵⁶P. Hammje, « “Mariage pour tous” et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *préc.*, § 12.

²⁵⁷P. Hammje, « Domicile », *Rép. Droit Int.*, Dalloz, septembre 2003 (actualisation : oct. 2013), §3.

l'État».²⁵⁸ Toutefois, il vise toujours le rattachement d'un individu à un État²⁵⁹, rattachement « qui ne se confondra pas nécessairement avec le lieu d'habitation ou de résidence de l'individu, mais qui correspondra avant tout à l'État dans lequel il entend fixer le centre de ses intérêts »²⁶⁰. Le domicile traduit alors la volonté de l'individu de fixer effectivement le centre de ses intérêts là où il vit et donc de s'intégrer de façon durable dans son milieu de vie²⁶¹.

Il marque l'intégration de la personne dans son « milieu actuel »²⁶² et, en ce sens, il est possible d'affirmer que « les deux principes, de la nationalité et du domicile, que l'on dit diamétralement opposés, ont en réalité un objectif commun. Il consiste à identifier l'intégration de l'individu dans une communauté sociale étatique »²⁶³.

131. La situation est tout autre lorsque la règle de conflit désigne la loi de la résidence de l'un des époux. Si la résidence n'a fait l'objet d'aucune définition et peut sembler « insaisissable »²⁶⁴, la notion n'en est pas moins pourvue d'une signification commune à toutes ses acceptions²⁶⁵. La résidence découle de la présence d'un individu sur un territoire, à la seule condition que cette résidence se révèle suffisamment stable²⁶⁶. La résidence est alors notion « purement objective »²⁶⁷ et la présence d'un individu sur le territoire d'un État est la condition nécessaire et suffisante à son établissement. À la différence du domicile, la caractérisation d'une résidence ne requiert pas de vérifier l'intention de l'individu de s'installer dans un État.

Le rattachement, ici, retenu pour la formation du couple est alors très léger. Et ceci d'autant plus que la résidence visée dans la règle de conflit n'est qu'une résidence simple et non une résidence habituelle. Se pose dès lors la question de savoir si une résidence secondaire pourrait suffire à concrétiser le rattachement nécessaire à l'application d'une loi permissive. Il est d'ailleurs imaginable qu'une résidence établie par un mois d'habitation

²⁵⁸*Ibid.*

²⁵⁹*Ibid.*

²⁶⁰*Ibid.*, § 19.

²⁶¹H. Muir Watt, « Le domicile dans les rapports internationaux », *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 543-10, 1994, § 74.

²⁶²B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé, préc.*, p. 193, § 205.

²⁶³A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp. 36, § 16.

²⁶⁴*Ibid.*, sp. 38, § 17.

²⁶⁵H. Muir Watt, « Le domicile dans les rapports internationaux », *préc.*, § 84.

²⁶⁶La résolution (72) relative à l'unification des concepts juridiques de « domicile » et de « résidence » (adoptée par le Comité des Ministres le 78 janvier 1972, lors de la 206^e réunion des Délégués des Ministres) donne une définition de la notion de résidence dans son paragraphe 8 : « Une personne a une résidence dans un pays où s'applique un système juridique déterminé ou dans un lieu situé dans un tel pays lorsqu'elle y habite pendant un certain laps de temps. Le séjour ne doit pas nécessairement être continu ». ; H. Muir Watt, « Le domicile dans les rapports internationaux », *préc.*, § 80.

²⁶⁷H. Muir Watt, « Le domicile dans les rapports internationaux », *préc.*, § 75.

continue sur le territoire français puisse justifier l'application de la loi française de la même façon qu'elle justifie la compétence d'un officier de l'état civil français²⁶⁸.

En réalité, si le domicile emporte encore, dans une certaine mesure, l'idée d'un lien réel entre l'individu et le droit qui lui est applicable, la résidence n'indique qu'une présence ponctuelle sur le territoire et « son assise factuelle, liée à la présence sur un territoire, n'est pas compatible avec le sentiment d'appartenance à une communauté d'origine ethnique et familiale »²⁶⁹.

Il apparaît ainsi que la loi présidant à la formation du mariage n'est plus une loi d'origine ou d'appartenance, mais une loi « du milieu actuel »²⁷⁰, une « loi du moment »²⁷¹. Les éléments de rattachement mis en œuvre en la matière passent « de l'allégeance ou du sentiment d'appartenance à la simple proximité »²⁷².

132. Il faut alors souligner que cette proximité ne sera souvent qu'illusoire. L'article 202-1 alinéa 2 prévoit, en effet, que le mariage pourra être célébré si une loi attachée à un seul des époux l'autorise. Un époux pourra dès lors se marier en vertu d'une loi avec laquelle il n'entretient, à titre personnel, aucun lien. Lorsque la règle de conflit abandonne le rattachement à la « loi personnelle »²⁷³, elle le fait à un double niveau. Tout d'abord, parce qu'elle permet l'éviction de la loi nationale des époux au profit d'une autre loi en raison de son contenu, mais aussi, parce qu'elle permet l'éviction de toutes les lois liées à la personne d'un des conjoints au profit d'une loi attachée à l'autre époux. Il suffit, pour qu'un mariage puisse être célébré en France, que l'un des époux réside dans un État permissif comme la Belgique alors même que tous les autres éléments de rattachement, la nationalité des deux époux, leur domicile et la résidence de l'autre conjoint lient le couple avec un État prohibitif.

133. Ici, les considérations de proximité, habituellement essentielles en matière conflictuelle, s'effacent au profit de considérations matérielles. Notre règle de conflit n'a plus pour objet de « localiser » le rapport de droit en vue de déterminer la loi qui devrait avoir vocation à s'appliquer. Qu'importent les liens que les époux présentent avec l'ordre

²⁶⁸Article 74 du Code civil.

²⁶⁹A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp. 40, § 17.

²⁷⁰B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, sp. 195, § 203.

²⁷¹B. Audit, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé », *Le monde du droit Écrits rédigés en l'hommage de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.49, sp. 52, § 6.

²⁷²B. Audit, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé », *préc.*, sp.53, § 9.

²⁷³A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp. 40.

juridique auteur de la loi, qu'importe l'intensité des liens qu'ils entretiennent avec un autre ordre juridique qui serait prohibitif.

2. La désignation quasi systématique d'une loi permissive

134. Ce qui importe, c'est que le mariage puisse être célébré. Dès lors, pour une question qui touche pourtant directement l'identité de la personne²⁷⁴, la règle de conflit se contente des liens les plus ténus possible pour la désignation de la loi compétente alors même que la majorité des éléments de rattachement se réaliseraient dans un État prohibitif. Ainsi, un couple de deux femmes toutes deux angolaises et domiciliées en Angola pourraient se marier en France au motif que l'une des épouses réside depuis quelques mois sur le territoire français. La loi finalement « prise en considération » pour la célébration de l'union ne le sera pas au regard des liens qu'elle entretient avec chacun des époux, mais en vertu de son utilité pour la réalisation de l'objectif visé par le législateur : la validité du mariage. Et cette loi permissive, même peu liée au couple, aura pour effet d'évincer les prohibitions posées par toutes les autres lois en contact avec le couple.

135. Or, au regard du panel très élargi de lois proposées par la règle de conflit, le législateur a très fortement favorisé les possibilités que l'une de ces lois soit une loi permissive.

Ceci est d'autant plus vrai que la combinaison des règles de compétence françaises et de la règle de conflit en la matière permet d'affirmer que la loi française sera applicable à la grande majorité des couples qui se marient en France.

136. Les articles 74 et 165 du Code civil donnent compétence aux officiers de l'état civil lorsque l'un des époux a soit son domicile ou sa résidence en France ou lorsque l'un de leurs parents présente un tel rattachement. En sus, l'article 171-9 du même code prévoit que les Français résidant sur le territoire d'un État dans lequel ils ne pourraient pas faire célébrer leur mariage pourront bénéficier de la compétence d'une autorité française. La nationalité française ainsi que le domicile ou la résidence en France de l'un des époux

²⁷⁴E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *préc.*, sp. 201.

permettent de donner compétence aux autorités françaises, autorités qui en vertu de la règle de conflit retiendront la nationalité, le domicile ou la résidence du conjoint rattaché à la France pour justifier l'application de la loi française. La proximité entre les critères de compétence et les éléments de rattachement entraîne une liaison quasi systématique du *jus* et du *forum*. La seule hypothèse où la compétence d'une autorité française ne serait pas accompagnée de la compétence de la loi française est celle où la compétence de l'autorité se fonde sur le domicile ou la résidence de l'un des parents des époux. Et dans une telle hypothèse, le mariage pourrait toutefois être célébré sur le fondement d'une loi étrangère dès lors que l'un des époux présente un lien de rattachement avec un autre État permissif.

137. Par le biais de sa règle de conflit, le législateur s'est ainsi assuré que le plus grand nombre de couples homosexuels peut se marier sur le territoire français. Le rayonnement des conceptions françaises en la matière est garanti ici par l'accès au mariage, que ce soit sur le fondement du droit français ou d'un droit étranger. En revanche, en matière de partenariat enregistré, les conceptions françaises ne pourront être respectées que par l'application de la loi française.

B. Le rayonnement international des dispositions françaises relatives au PACS

138. Si la loi française n'est évincée que de façon ponctuelle en matière de mariage, elle disparaît totalement du raisonnement relatif à la formation des partenariats enregistrés. C'est, en la matière, par le biais d'un rattachement totalement nouveau en droit du couple (1), que le législateur offre un libre accès au PACS à tous les couples qui le désirent (2).

1. Le rattachement à l'autorité d'enregistrement

139. L'abandon de tout objectif de localisation du rapport de droit est particulièrement flagrant au regard de l'élément de rattachement retenu dans l'article 515-7-1. Bien que cet article ne retienne qu'un élément de rattachement unique, le législateur s'est assuré que sa

règle de conflit permette, de façon systématique, l'enregistrement d'un statut, et ce quels que soient les liens que le couple entretient avec l'ordre juridique dont est issu le statut.

140. Le choix de cet élément de rattachement en matière de partenariat enregistré avait, longtemps, divisé la doctrine. Certains auteurs, rapprochant le PACS du contrat, considéraient que les partenariats enregistrés devaient faire l'objet d'une qualification contractuelle²⁷⁵. Les partenaires se voyaient alors octroyer la possibilité de choisir la loi applicable à leur partenariat, et en l'absence de choix, les rattachements traditionnellement mis en œuvre en matière de contrat, que sont le lieu d'exécution du contrat ou la prestation caractéristique, devaient permettre la désignation de la loi compétente. Cette qualification était néanmoins critiquable sur un point essentiel : elle occultait la réalité de la nature du PACS. S'il a pu être présenté, en droit interne²⁷⁶, comme un contrat entre les partenaires, cette qualification interne ne pouvait occulter la nature particulière du contrat qui vise à l'organisation d'une relation de couple²⁷⁷. Dès lors, les rattachements résultant de la qualification contractuelle ne pouvaient être pertinents en la matière²⁷⁸.

141. La majorité des auteurs proposaient, à l'inverse, d'intégrer le partenariat enregistré à la catégorie du statut personnel²⁷⁹. En effet, la nature de la relation créée entre les partenaires l'« apparentait davantage à une institution relevant du statut personnel qu'à un simple contrat »²⁸⁰.

Se posait alors la question de l'élément de rattachement pertinent pour cette forme de couple. Certains, soulevant la proximité existant entre le mariage et le partenariat, appelaient l'application de la loi nationale des partenaires²⁸¹. C'est, d'ailleurs, la solution choisie par le législateur italien qui retient en matière d'*unioni civili* les mêmes éléments de

²⁷⁵M. Revillard, « Le pacte civil de solidarité en droit international privé », *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 mars 2000, p. 337 ; F. Dekeuwer-Défossez, « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.*, 2001, p. 529 ; M. Revillard, « Les unions hors mariage. Regards sur la pratique de droit international privé », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à Rubellin-Devichi*, 2002, Litec, p. 588.

²⁷⁶Article 515-1 du Code civil.

²⁷⁷G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 8.

²⁷⁸A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp. 119 ; H. U. Jessurun d'Oliveira, « Le partenariat enregistré et le droit international privé », *TCFDIP*, 2004, p. 81, sp. 88.

²⁷⁹H. Péroz, « Loi de simplification du droit et loi applicable aux partenariats enregistrés », *JCP N*, 5 juin 2009, n° 23, act. 419 ; H. Chanteloup, « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gaz. Pal.*, 2000, Doctr. 4, sp. 12 ; P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *Defrénois*, 30 sept. 2009, n° 16, p. 1662 ; G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 8.

²⁸⁰P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *préc.*

²⁸¹H. Péroz, « Loi de simplification du droit et loi applicable aux partenariats enregistrés », *préc.* ; P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *préc.* ; M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2005, § 572.

rattachement que pour le mariage²⁸². Toutefois, si l'application de la loi nationale aux conditions de formation du partenariat enregistré pouvait sembler s'imposer, elle a été critiquée par une partie de la doctrine.

Il a été avancé qu'assimilant le partenariat au mariage, elle occultait le fait que celui-ci se distinguait de l'union matrimoniale par son caractère contractuel²⁸³. De fait, « l'institution tend à se dégager des institutions voisines et à trouver une autonomie à laquelle le droit international privé doit faire écho. »²⁸⁴. En outre, si le rattachement à la nationalité présentait incontestablement l'avantage de limiter l'enregistrement de partenariats aux ressortissants d'États permissifs²⁸⁵, il entraînait un certain nombre d'inconvénients.

En premier lieu, il aurait eu, et c'est là la conséquence de son avantage, pour effet d'interdire à la grande majorité des étrangers résidant en France l'accès au partenariat et par suite de remettre en cause la validité des partenariats déjà enregistrés en France.

En second lieu, « en acceptant d'enregistrer la relation de deux individus dont la loi nationale connaît un modèle distinct de celui du for, l'autorité saisie [aurait risqué] de procéder à l'enregistrement d'une institution vis-à-vis de laquelle elle n'a en fait aucune compétence »²⁸⁶.

142. Le rattachement au domicile ou à la résidence a alors pu être proposé²⁸⁷ en ce qu'il présentait le double avantage d'autoriser les étrangers résidant en France à enregistrer un partenariat, mais aussi d'appliquer au partenariat la loi du lieu où la vie avait vocation à se dérouler²⁸⁸.

143. Finalement, le législateur rejeta tous ces éléments de rattachement et choisit un rattachement totalement nouveau en matière de statut personnel : la loi de l'autorité d'enregistrement.

Ce rattachement n'est pas exempt de critiques. En effet, il porte un coup fatal à la notion de « loi personnelle » en matière de formation de couple. À la différence de la règle de conflit applicable en matière de mariage, l'article 515-7-1 du Code civil ne se contente

²⁸²K. Trilha Schappo et M. Winkler, « Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistrés », *préc.*

²⁸³G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 8.

²⁸⁴*Ibid.*

²⁸⁵G. Khairallah, « Les "partenariats organisés" en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *RCDIP*, 2000, p. 317, sp. 322 ; M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, *préc.*, § 572.

²⁸⁶G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 15.

²⁸⁷P. Courbe, *Droit international privé*, 3. éd., 2007, Armand Colin, sp. 225.

²⁸⁸*Ibid.*

pas d'instaurer une forme de concurrence entre le rattachement à la nationalité et les autres rattachements connus du droit de la famille, mais évince la nationalité de façon systématique. Celle-ci ne sera jamais prise en compte lors la détermination de la loi applicable à la formation de la relation de couple. «Le rattachement à la loi de l'enregistrement pose incontestablement un problème de cohérence avec le choix de la qualification »²⁸⁹. En réalité, il n'a été choisi qu'« en fonction du seul but d'assurer l'application de la loi ayant créé le partenariat, sans considération de ce que pourrait être le statut personnel »²⁹⁰. De plus, la loi de l'autorité d'enregistrement ne présente aucun lien de proximité avec les membres du couple. Et les critiques émises contre la règle de conflit relative aux mariages homosexuels sont alors tout aussi justifiées à l'égard de l'article 515-7-1 du Code civil.

144. Il n'en demeure pas moins que ce rattachement présente l'avantage certain de remplir l'objectif qui lui a été assigné. Il permet ainsi d'assurer que le partenariat soit accessible au plus grand nombre de personnes. En effet, soumettre la formation de ce statut à la loi nationale, du domicile ou de la résidence des partenaires aurait interdit aux couples qui ne présentent, selon les cas, aucune nationalité commune, ou aucun domicile commun ou aucune résidence commune dans un État permissif d'enregistrer un tel partenariat. En revanche, appliquer la loi de l'autorité d'enregistrement permet d'assurer que la loi désignée connaît le partenariat enregistré — par définition, si la loi d'une autorité lui donne compétence pour enregistrer un partenariat, elle autorise cette forme de relation — et que le partenariat sera enregistré sans qu'une réelle condition de proximité ne soit imposée. La mise en œuvre du rattachement par l'autorité d'enregistrement, alors que le partenariat enregistré n'est connu que dans un nombre réduit d'États, est le seul moyen de désigner une loi permissive pour tous les couples. Aucun des autres rattachements, quand bien même ces rattachements seraient combinés comme en matière de mariage homosexuel, ne saurait assurer un tel résultat.

2. L'application quasi systématique de la loi française lors de l'enregistrement d'un partenariat enregistré en France

²⁸⁹ G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 23.

²⁹⁰ A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp 181.

145. Le rayonnement des conceptions françaises en matière de partenariat passera alors par un double biais. En soumettant l'enregistrement d'un partenariat aux conditions de formation posées par la loi de l'autorité d'enregistrement, le législateur s'assure que les prohibitions posées par les lois nationales des étrangers résidant en France sont évincées par « l'autorisation » du droit français. En effet, l'intervention d'une autorité française implique automatiquement la compétence de la loi française pour les conditions de formation de la relation. Il a pu être déduit de l'article 515-7-1 que « si les partenaires enregistrent un partenariat en France, c'est donc la loi française qui s'applique, quelle que soit leur nationalité »²⁹¹.

146. Le propos doit, néanmoins, être nuancé. Le rattachement retenu dans cette règle n'est pas le lieu de célébration, mais l'autorité d'enregistrement. Peu importe que le partenariat soit conclu en France ou à l'étranger, l'essentiel pour déterminer la loi applicable à la relation est de connaître la nationalité de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement. Ainsi, il est possible qu'un PACS soit enregistré, en vertu du droit français, par une autorité consulaire ou diplomatique française en poste sur le territoire d'un État étranger²⁹². Il est, à l'inverse, tout aussi possible qu'une autorité étrangère procède, en France, à l'enregistrement d'un partenariat conforme à ses dispositions matérielles.

147. Toutefois, force est d'admettre que l'enregistrement d'un partenariat sur le territoire français sera, dans les situations les plus fréquentes, le fait d'une autorité française. Ainsi, si notre règle de conflit n'impose pas l'application de la loi française en France, c'est le résultat auquel elle mènera le plus souvent. Et tout couple qui désire enregistrer un partenariat devant une autorité française pourra le faire à la condition de respecter les conditions posées par le droit français.

148. En outre, et c'est là le réel vecteur de rayonnement des conceptions françaises, l'enregistrement du partenariat par une autorité française emporte l'application de la loi française aux effets extrapatrimoniaux²⁹³ et à la dissolution de la relation. Le couple qui

²⁹¹H. Péroz, « La loi applicable aux partenariats enregistrés », *JDI*, n° 2, Avril 2010, doct. 6, § 4.

²⁹²V. infra § 71.

²⁹³En effet, bien que la règle de conflit française ne fasse pas, selon ses termes, de distinction entre les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux des partenariats enregistrés, le règlement européen 2016/1104 du 24 juin 2016 est désormais applicable aux effets

conclut un partenariat devant une autorité française ne conclut pas n'importe quel partenariat, mais un PACS. La précision est ici d'importance au regard des divergences qui existent en la matière entre les États qui connaissent le partenariat enregistré.

149. Il apparaît alors que les nouvelles règles de conflit applicables en matière de couple se dissocient du rattachement fort qu'est la nationalité²⁹⁴ en matière de statut personnel. Celui-ci ne sort pas indemne de cette profonde mutation des éléments de rattachement qui lui sont désormais attachés.

§ II - La transformation du statut personnel

150. L'un des objectifs traditionnels du droit international privé de la famille est de protéger la cellule familiale des inconvénients de la diversité des systèmes juridiques²⁹⁵. En d'autres termes, il s'agit d'éviter la création de statuts boiteux, « liens de famille valides dans un pays et non valides dans un autre »²⁹⁶. Une fois le lien de famille constitué dans un État, il doit pouvoir accompagner les individus dans leurs déplacements internationaux. Si le lien de famille n'est pas immuable²⁹⁷, il doit être permanent²⁹⁸. Or, l'éviction des lois nationales, qu'elle soit systématique comme en matière de PACS ou conditionnée comme en matière de mariage homosexuel, lors de la formation des relations de couple entraîne nécessairement de réelles difficultés pour la circulation des relations créées en France (A). De plus, alors qu'il paraissait « impossible [pour tout ce qui touche directement au statut personnel,] de laisser les parties choisir n'importe quelle loi, car le rattachement à un ordre juridique étatique reste fort »²⁹⁹, l'évolution des éléments de rattachement objectifs en matière de droit de la famille démontre que « le souci de l'autorité de la loi sur ses destinataires s'estompe »³⁰⁰ au point de laisser un poids important à la volonté des parties dans la désignation de la loi applicable à leur relation de couple (B).

patrimoniaux des partenariats.

²⁹⁴H. Gaudemet-Tallon, « Individualisme et mondialisation : aspects de droit international privé de la famille », *préc.*, sp. 184 s.

²⁹⁵A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp. 96, § 57.

²⁹⁶*Ibid.*

²⁹⁷Il arrive en effet que les liens de famille se fassent et se défassent, une filiation peut être remise en cause, un mariage peut être dissous.

²⁹⁸C'est-à-dire qu'il ne doit pas être remis en cause à chaque franchissement de frontière.

²⁹⁹H. Gaudemet-Tallon, « Individualisme et mondialisation : aspects de droit international privé de la famille », *préc.*, sp. 184 s.

³⁰⁰B. Audit, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé », *préc.*, sp. 54, § 9.

A. La difficile circulation des couples créés en France

151. La relation de couple, élément du statut personnel des individus, a, jusqu'à récemment, bien circulé entre les États. Cette facilité de circulation résultait de deux éléments.

En premier lieu, le mariage a, pendant très longtemps, été la seule forme de couple reconnue juridiquement et recouvrait des réalités relativement similaires dans tous les ordres juridiques. Il était, partout, considéré comme l'union d'un homme et d'une femme. Dans un tel contexte, la reconnaissance des mariages étrangers ne présentait que peu de difficultés et l'essentiel du contentieux en la matière se concentrait autour de la sensible question des mariages polygamiques.

En second lieu, l'élément de rattachement choisi en France pour régir les conditions de fond du mariage favorisait, lui aussi, la circulation des unions matrimoniales à travers les frontières. Soumettant les individus aux dispositions de leur loi nationale, la France s'assurait de façon efficace que les mariages d'étrangers célébrés sur son territoire soient reconnus par les autres ordres juridiques, notamment celui d'origine des époux. Le choix du rattachement à la loi nationale était d'autant plus pertinent en la matière que « dans les régimes de la moitié de la planète, le statut personnel suit la nationalité de la personne ».³⁰¹

152. L'émergence, en France, des nouvelles formes de conjugalités a pourtant profondément changé la donne sur ces deux points.

En effet, l'apparition des partenariats enregistrés et des mariages se fait à des rythmes différents selon les États concernés. Il n'existe plus de communauté de vues au niveau mondial en matière de couple³⁰². Si en France, le législateur a choisi d'offrir une grande liberté aux individus qui peuvent désormais choisir de se marier ou de se PACSer avec la

³⁰¹E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *préc.*, sp. 175.

personne de leur choix, quel que soit son sexe, un grand nombre d'États se limitent à la reconnaissance du couple hétérosexuel uni par les liens du mariage. C'est là, le premier obstacle à la circulation de ces couples (1).

Le second obstacle à cette circulation est lié aux éléments de rattachement retenus par les règles de conflit françaises (2). Il est incontestable que nos règles de rattachement ont vocation à assurer l'application, en France, de législations permissives. La volonté affichée est, en la matière, de favoriser l'enregistrement ou la célébration d'un maximum de relations de couple, et ce quel que soient les liens que les membres du couple entretiennent avec des États prohibitifs.

1. Les obstacles à la circulation liés aux divergences entre les législations étatiques.

153. La circulation des nouvelles formes de conjugalités sera nécessairement entravée par les divergences existant en la matière entre les différents États. Pour qu'un rapport de droit puisse être reconnu dans un autre État que son État de formation, il faut, au préalable, que l'État d'accueil le qualifie. Ce n'est qu'après avoir qualifié le rapport de droit concerné que l'État d'accueil pourra choisir parmi ses règles de droit international privé, celle applicable à sa reconnaissance.

154. Deux situations sont alors possibles. Soit l'État d'accueil prévoit dans son droit interne un statut similaire à celui créé à l'étranger, soit il n'en prévoit pas.

Dans la première situation, les choses sont simples. Confrontées au statut créé à l'étranger, qu'il s'agisse d'un mariage homosexuel ou d'un partenariat, les autorités de l'État de reconnaissance le qualifient en l'intégrant à leur catégorie de droit international. Cette opération leur permet de le soumettre aux règles régissant la circulation de ce type de statut, qu'il s'agisse de règles de reconnaissance ou de règles de conflit. Ainsi, la reconnaissance des mariages homosexuels célébrés en France est soumise aux articles 46 alinéa 2 et 47 du Code de droit international privé belge, textes applicables à la

³⁰²L'évolution marquée par l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe a pu être qualifiée de rupture anthropologique et de réforme de civilisation. (I. Théry, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. famille* 2013, dos. 17 et réf. Citées.) Il est alors tentant de parler de conflit de civilisations entre les États autorisant la formation de couple entre deux personnes de même sexe et ceux le prohibant, comme il a pu l'être entre les États connaissant la polygamie et les autres.

reconnaissance des mariages étrangers. De la même façon, la reconnaissance en Allemagne d'un PACS répond aux exigences posées dans la règle de reconnaissance relative aux partenariats étrangers, prévue à l'article 17 b du EGBGB.

S'il n'est pas nécessairement acquis, dans ces hypothèses, que la relation de couple formée en France soit reconnue dans ces États, le refus de reconnaissance ne résultera pas de la nature même de la relation.

155. Dans la seconde situation, le statut créé en France étant inconnu du droit interne de l'État d'accueil, aucune de ses catégories internationales n'a normalement vocation à le régir. Confronté à un mariage homosexuel ou à un PACS, l'État d'accueil peut alors choisir, dans une optique de coordination, d'élargir ses propres catégories internationales afin d'y intégrer le statut français. Il est tout aussi possible que l'État d'accueil refuse de procéder à une telle adaptation de ses catégories, et s'oppose systématiquement à la reconnaissance des statuts étrangers.

Ainsi, certains États choisissent de requalifier les mariages homosexuels en partenariats enregistrés. C'est notamment le cas de la Suisse. Le droit de cet État connaît deux types de couples : le mariage et le partenariat enregistré. Le premier n'est ouvert qu'aux couples de sexe différent, alors que le second est réservé aux couples de même sexe. Le mariage entre personnes de même sexe ne correspond parfaitement à aucune de ces formes de couple. La question peut se poser alors de savoir si un tel mariage célébré en France peut être soumis aux règles suisses de droit international privé relatives au mariage ou à celles applicables au partenariat. En d'autres termes, la question est de savoir laquelle de ces deux catégories peut être élargie afin d'intégrer les mariages homosexuels étrangers pour les reconnaître. La réponse est apportée par l'article 45.3 de la loi de droit international privé suisse qui prévoit que le mariage homosexuel étranger doit être qualifié comme un partenariat enregistré et donc être soumis à la règle de reconnaissance afférente à ce statut. Le mariage français pourra alors circuler en Suisse, mais selon les conditions prévues pour les partenariats. Le droit italien prévoit la même solution pour les mariages homosexuels célébrés à l'étranger entre deux ressortissants italiens. Selon le nouvel article 32-bis, inséré par le décret n° 7/2017³⁰³ dans la loi italienne de réforme du droit international privé³⁰⁴, « le mariage célébré à l'étranger entre ressortissants italiens avec une personne de même sexe produit les effets du partenariat enregistré régi par la loi italienne »³⁰⁵. Cette règle particulière permet alors, à l'Italie, d'assurer un certain équilibre entre la volonté d'assurer

³⁰³Décret n° 7 du 19 janvier 2017.

³⁰⁴Loi n° 218 du 31 mai 1995.

³⁰⁵K. Trilha Schappo et M. Winkler, « Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistrés », *préc.*, § 22.

la circulation des couples étrangers et celle de préserver l'autorité de ses propres dispositions matérielles. Les couples d'Italiens, qui n'ont pas accès au mariage entre personnes de même sexe en Italie, ne peuvent profiter du libéralisme d'autres ordres juridiques en la matière pour se marier à l'étranger et demander la reconnaissance de ce mariage en Italie. Cette règle permet de contrer les risques de fraude à la loi italienne en réintégrant les couples italiens dans le giron du droit matériel italien en matière de couple de même sexe. Le juste équilibre entre la coordination et la protection du for est ici atteint en ce que l'Italie acceptera, malgré sa prohibition, de reconnaître la validité de l'union étrangère, qu'elle qualifie comme un partenariat enregistré.

Cette solution est d'autant plus équilibrée qu'elle est limitée aux couples formés par deux ressortissants italiens. Il semble alors possible de déduire, *a contrario*, de cette disposition que les mariages homosexuels qui ne concernent pas d'Italiens pourraient être qualifiés comme des mariages malgré la prohibition posée par le droit interne italien. Dans cette hypothèse, l'ordre juridique italien accepte d'élargir sa catégorie mariage, et non plus sa catégorie partenariat enregistré. Il ne s'agit plus alors de requalifier le mariage étranger en partenariat enregistré, mais de le qualifier comme un mariage soumis aux mêmes règles de conflit que les autres unions matrimoniales.

L'Italie n'est pas le seul État prohibitif affichant une telle ouverture. Depuis 2014, Malte admet, de même, qu'un mariage étranger entre personnes de même sexe puisse être considéré comme un mariage³⁰⁶ alors qu'elle prohibe la célébration de telles unions sur son territoire. En France, les réponses ministérielles de 2005 et 2006³⁰⁷ montraient la même volonté de coordination. À une date où le droit français interdisait encore la célébration d'unions matrimoniales entre deux personnes de même sexe, les deux textes énonçaient qu'un tel mariage formé à l'étranger pouvait être reconnu comme valide en France s'il remplissait les conditions habituellement imposées pour la reconnaissance des mariages étrangers.

156. D'autres États peuvent, au contraire, choisir une posture de fermeture. Le PACS et le mariage homosexuel ne correspondant à aucune réalité dans leur droit, ils en refusent purement et simplement l'assimilation à l'un de leur statut de couple. La reconnaissance est alors impossible et le déplacement des couples dans ces États mène inexorablement à des statuts boiteux, valides en France et nuls dans un autre État.

³⁰⁶V. art. 6, al. 1^{er} du *Civil Unions Act* du 14 avr. 2014, n° IX/2014, JO n° 19239/2014, p. 143.

³⁰⁷Rép. min. n° 41533 (Min. Just. JOAN Q 26 juill. 2005, 7437) et Rép. min. n° 20257 (Min. Just. JO sén. Q 9 mars 2006, 722).

Au regard du nombre d'États qui rejettent, parfois très violemment l'homosexualité, il est fort probable que cette situation soit la plus fréquemment rencontrée. En effet, près d'un pays sur trois dans le monde réprime encore pénalement les relations homosexuelles³⁰⁸, et le nombre d'États où l'homosexualité est moralement prohibée est encore plus important³⁰⁹. Il est peu concevable que ces États admettent d'assimiler les PACS ou les mariages homosexuels formés en France à leurs propres notions de couple afin de les reconnaître.

157. À ce stade du raisonnement, il apparaît que la célébration de mariages homosexuels ou l'enregistrement de PACS en France va systématiquement mener à la formation de statuts « potentiellement boiteux ». En effet, bien qu'ils soient valables dans l'ordre juridique français, dès lors que les membres du couple voudraient en demander la reconnaissance dans un autre État, il y a, au regard du nombre d'États permissifs et d'États prohibitifs, plus de risques qu'ils ne soient pas reconnus. Il est alors possible de dire que chacun des mariages homosexuels et des PACS formés en France porte en germe, bien plus que les mariages hétérosexuels, le risque de ne pas être reconnu en cas de déplacement du couple. Cet état de fait est la conséquence logique du fossé qui existe aujourd'hui entre les États qui autorisent les mariages entre personnes de même sexe et/ou les partenariats enregistrés et ceux qui les interdisent.

158. Dans ces conditions, il est évident que le législateur français ne pouvait, à moins de renoncer à faire évoluer son droit interne, éviter que certains des couples formés sur son territoire ne deviennent à un moment ou à un autre des statuts boiteux. Toutefois, il aurait pu, dans un esprit de coordination, limiter le risque de création de statuts ayant un fort risque de devenir boiteux. Or force est de constater que les règles de conflit relatives au mariage homosexuel et au partenariat enregistré visent le rayonnement maximal des dispositions du droit français, notamment à l'égard de personnes ayant des liens étroits avec des États prohibitifs.

³⁰⁸<https://ilga.org/fr/minorities-report-2017-ilga-riwi-global-attitudes-survey-fr>.

³⁰⁹Ainsi, la Tchétchenie a connu, au cours de l'année 2017, un vague de meurtres et de torture visant à la purification de la nation de toute trace d'homosexualité. En Egypte, si le droit de prohibe pas les relations entre hommes, des centaines de personnes homosexuelles seraient incarcérées pour des raisons morales. <https://ilga.org/fr/minorities-report-2017-ilga-riwi-global-attitudes-survey-fr>.

Ici apparaît le deuxième obstacle à la circulation des couples créés en France. Les règles de droit international privé françaises en la matière sont dépourvues de tout esprit de coordination³¹⁰.

2. Les obstacles à la circulation liés aux éléments de rattachement retenus

159. En matière de couple, il apparaît désormais que la coordination des systèmes est sacrifiée sur l'autel de l'efficacité de la politique juridique du for³¹¹. En effet, l'article 202-1 alinéa 2 permet la célébration d'un mariage homosexuel à la seule condition que l'une des lois de la nationalité, du domicile ou de la résidence rattachée à l'un des époux l'autorise. Concrètement, cela permet de célébrer de façon quasi systématique l'union de deux personnes de même sexe dès lors qu'une autorité française est compétente³¹². Il est alors possible de dire que cette disposition revient à « garantir un droit au mariage »³¹³ à toute personne bénéficiant d'une compétence française. La contrepartie de cette volonté expansionniste du droit français est l'abandon de tout objectif de coordination avec les autres ordres juridiques. La loi française évince toutes les autres lois liées aux personnes qui désirent se marier, et ce alors même que les époux, présentant des liens très ténus avec la France, pourraient être étroitement liés avec un autre État, qui lui est prohibitif. Une personne ressortissante d'un État prohibitif et domiciliée dans cet État pourra se marier en France à la seule condition qu'elle ait une résidence sur notre territoire. Plus frappant encore, une personne ressortissante, domiciliée et résidente d'un État prohibitif pourra se marier en France au motif que la loi française de la résidence de son conjoint le permet, au risque parfois que ce mariage la mette en danger dans son État d'origine. Les autorités procèdent alors, dans ces cas, à la célébration d'un mariage dont on sait

³¹⁰P. Hammje, « "Mariage pour tous" et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *préc.* ; D. Bureau, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *préc.*

³¹¹G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 23.

³¹²Les seules situations dans lesquelles une autorité française pourrait être considérée comme compétente pour la célébration d'un mariage sans que la règle de conflit ne désigne la loi française seront celles où la compétence de l'officier de l'état civil repose sur la domicile ou la résidence de l'un des parents des époux, V. article 74 du Code civil.

³¹³S. Godechot-Patris et J. Guillaumé, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Perspectives de droit international privé », *préc.*

pertinemment, et ce dès l'origine, qu'il ne sera pas reconnu par l'État ou les États les plus proches de cette personne.

160. Pour mesurer le risque de célébration de mariages qui ne pourraient pas être reconnus dans l'État d'origine des époux, il peut être utile de reprendre la distinction posée préalablement entre les États prohibitifs qui choisissent d'adopter une posture de fermeture, les autres États prohibitifs et les États permissifs.

Les premiers refusent de façon systématique de reconnaître les mariages homosexuels. Dans ces États, peu importe que le mariage ait été célébré entre deux personnes de statut permissif ou qu'au contraire, l'un des époux soit de statut prohibitif. Aucun des mariages célébrés en France ne pourra y être reconnu.

161. Les seconds, en revanche, pourraient accepter de reconnaître certains des mariages célébrés en France. Toutefois, cette tolérance ne saurait être illimitée. Si ces États admettent que les mariages entre personnes de même sexe puissent être considérés comme des mariages au sens de leur droit international privé, leur reconnaissance reste soumise aux conditions habituellement prévues pour la circulation des mariages.

Parmi ces conditions, certaines peuvent être relatives à l'existence d'un lien entre le couple marié et l'autorité qui a procédé au mariage ou à la loi appliquée pour sa création. D'autres peuvent être relatives à l'absence de fraude. Les réponses ministérielles françaises de 2005 et 2006 offrent un bon exemple de cette situation. La circulation du mariage est soumise à la méthode du conflit de lois. Les textes insistent alors sur le fait que le mariage ne pourra être valable en France qu'à la condition que les lois nationales de chacun des époux l'autorisent. De la même façon, l'Italie fait une distinction entre les mariages célébrés entre deux Italiens et les autres. Les premiers seront soumis aux règles applicables aux partenariats enregistrés et n'auront pas d'autres effets que ceux prévus par la loi italienne pour ces statuts. Les seconds pourront être reconnus comme des mariages en Italie, mais à la condition que les lois nationales de chacun des époux autorisent une telle union. Or, bon nombre des mariages célébrés en France ne répondront pas à cette condition. Le constat est le même si l'on considère le droit maltais. Les mariages célébrés à l'étranger ne seront valides dans cet État qu'à la condition que la loi du domicile de chacun des époux l'autorise.

162. La difficulté est la même dans les États permissifs. Bien qu'ils connaissent ce type de mariage, un mariage français ne pourra y être reconnu que s'il est conforme aux règles que ces États prévoient pour la reconnaissance des mariages. Dès lors que cet État d'accueil n'admettrait pas un rattachement aussi large que le nôtre, il pourra refuser d'admettre la validité du mariage célébré en France.
163. Ce qui est vrai en matière de mariage l'est tout autant en matière de PACS. La qualification de ce partenariat ne sera pas plus facile que celle du mariage dans les États étrangers. Dans le petit nombre d'États qui connaissent des partenariats enregistrés, nombreux sont ceux qui refusent de qualifier un PACS enregistré entre deux personnes de sexe différent comme un partenariat enregistré³¹⁴. Et parmi ceux qui accepteraient d'opérer une telle qualification, il n'est pas acquis qu'ils considéreraient comme valable un partenariat enregistré en France par un couple ne présentant aucun lien avec notre ordre juridique. Ainsi, le droit italien apprécie la validité des partenariats enregistrés au regard de la loi nationale des deux partenaires³¹⁵.
164. Il apparaît alors que lorsqu'il est confronté à la question des nouvelles formes de conjugalité, le statut personnel change de nature. Le besoin de stabilité qui le définit s'efface devant la volonté militante du législateur français d'assurer un accès aux statuts français de couple³¹⁶. Il est désormais admis que les relations de couple créées en France soient « [privées] de cette efficacité universelle à laquelle semblerait pourtant devoir conduire l'unité intrinsèque du rapport ou la "nature des choses" »³¹⁷. Destinées à ne pouvoir être vécues en dehors du territoire de l'État qui les a vues naître, elles n'ont plus qu'une vocation territoriale. Sur ce point, le statut personnel n'est plus, ici, qu'un statut momentané. S'il était déjà admis que le statut conjugal n'était pas immuable, il est désormais toléré qu'il ne soit pas permanent.
165. Il faut, en sus, admettre que les règles de droit international privé applicables aux nouvelles formes de conjugalité donnent une importance non négligeable à la volonté des particuliers.

³¹⁴Ce sera par exemple le cas au Royaume-Uni et en Suisse. Ces deux États définissent le partenariat, au sens de leur règle de droit international privé, comme une relation de couple enregistrée entre deux personnes de même sexe.

³¹⁵Article 32-ter, inséré par le décret n° 7/2017 dans le texte de la loi de réforme du droit international privé n° 218/95.

³¹⁶D. Bureau, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *préc.*

³¹⁷P. Lalive, « Tendances et méthodes en droit international privé : cours général », *RCADI*, 1997, t. 155, p. 3 s., sp. 38.

B. La liberté des parties dans le choix du statut de couple

166. Évoquer, ici, la liberté des parties dans le choix du statut de couple peut sembler redondant. S'il est un domaine du statut personnel dans lequel la liberté de choix est essentielle, c'est bien celui de la formation de la relation de couple. Bien sûr, la seule volonté des particuliers ne suffit pas à l'existence d'un statut de couple, certaines conditions supplémentaires doivent être remplies et l'intervention d'une autorité est, en France, systématiquement exigée. Toutefois, l'existence d'une relation de couple suppose nécessairement la rencontre des volontés de chacun des membres du couple.

En matière de mariage, il est depuis longtemps acquis que nul ne peut être contraint de se marier³¹⁸ et que nul ne peut se voir interdire de se marier³¹⁹. L'entrée ou non dans les liens du mariage découle en premier lieu de la volonté des individus.

Cette liberté de choix s'est encore accrue avec l'émergence des nouvelles formes de conjugalité. L'élaboration du PACS ainsi que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe élargissent le choix qui est proposé aux particuliers. Chacun est libre désormais de rester célibataire, de se marier avec une personne de même sexe ou de sexe différent ou de s'engager dans un partenariat enregistré, version allégée du mariage.

167. Longtemps inexistante au niveau international³²⁰, cette liberté de choix se retrouve désormais dans les règles de droit international privé applicables à la matière. L'évolution des règles applicables aux nouvelles formes de conjugalité mène aujourd'hui à un constat. La détermination du champ d'application des dispositions françaises ne se veut plus « l'expression d'un pouvoir étatique » imposé aux Français où qu'ils se trouvent dans le monde³²¹, mais une invitation ouverte à tous à venir bénéficier des conceptions françaises en matière de couple. Sans se soumettre nécessairement à la loi française, les particuliers se

³¹⁸Article 146 du Code civil.

³¹⁹Article 12 de la Conv. EDH.

³²⁰Jusqu'à 2009, les seules règles de conflit applicables à la formation d'une relation de couple étaient celles relatives aux mariages. Ces règles n'offraient aucune liberté aux époux qui étaient soumis pour les conditions de fond du mariage à leur loi nationale et pour les conditions de forme à la loi du lieu de célébration de l'union. En sus, la formation du mariage relevant des droits indisponibles, le juge français doit appliquer d'office ces règles de conflit.

³²¹En effet, si les français qui se marient en France sont soumis aux dispositions matérielles françaises relatives à la validité au fond de leur mariage, il en est de même lorsqu'ils se marient à l'étranger. Ainsi, la reconnaissance des mariages étant encore aujourd'hui soumise au respect de nos règles de conflit, la validité du mariage d'un Français célébré à l'étranger sera, au moins partiellement, soumise aux dispositions du droit français.

voient reconnaître un pouvoir certain dans la désignation de la loi applicable (1) ce qui pourrait faire craindre un risque de tourisme conjugal (2).

1. Le pouvoir des parties dans la détermination de la loi applicable à la formation du couple.

168. Il serait exagéré, ici, de parler directement de choix de loi, dans la mesure où l'autonomie de la volonté n'est pas de mise en la matière.

169. Il est toutefois incontestable que les règles de conflit relatives aux nouvelles formes de conjugalité ne se contentent pas d'abandonner le rattachement à la loi nationale. Elles ne procèdent pas simplement à l'éviction de la loi traditionnellement applicable à la formation du couple au profit d'une autre, mais offrent, désormais, la possibilité à chacun de choisir de se soumettre aux nouvelles conceptions françaises en matière de couple. En effet, si les nouvelles règles de droit international privé ne permettent pas aux individus de choisir directement la loi applicable à la formation de leur relation de couple, elles leur permettent de créer les circonstances justifiant l'application par les autorités françaises des lois permissives. Il est ainsi possible d'affirmer que les individus peuvent indirectement choisir de soumettre l'enregistrement de leur partenariat à la loi française (a). Les couples homosexuels peuvent, tout autant, choisir implicitement de se marier, en France, en vertu d'une loi permissive (b).

a) Le choix indirect de loi en matière de partenariat enregistré

170. L'article 515-7-1 du Code civil prévoit l'application de la loi de l'autorité d'enregistrement tant pour la formation que pour les effets et la dissolution du partenariat.

Cette éviction de la loi nationale a pu être saluée par une partie de la doctrine. Ainsi, Monsieur Kessler a pu écrire que « le choix du législateur de consacrer le rattachement à la loi de l'enregistrement se justifie malgré tout pour des raisons pratiques.

Il y a en la matière des considérations politiques volontaristes qui ne sauraient être ignorées : les partenariats enregistrés — PACS y compris — sont, qu'on le veuille ou non, des institutions militantes. Comment pourrait-on interdire aux ressortissants d'États hostiles à l'homosexualité de conclure des partenariats ? Ces individus ont de toute façon rompu avec les valeurs de leur État d'origine par leur orientation sexuelle. »³²². S'il peut sembler audacieux de considérer qu'un individu a rompu avec les valeurs de son État d'origine par une orientation sexuelle qu'il n'a pas choisie, il faut bien admettre que la décision d'afficher cette orientation en enregistrant une relation de couple avec une autre personne de même sexe peut effectivement marquer une telle rupture.

Pour d'autres auteurs, cette éviction systématique de la loi nationale pour ce qui touche à un aspect essentiel du statut personnel des particuliers est, au mieux critiquable³²³, au pire regrettable³²⁴.

171. Il semble toutefois que la principale critique qui doit être portée au débit de notre règle de conflit est la grande liberté qu'elle laisse aux parties dans le choix du statut qu'ils font enregistrer. Sur ce point, la critique émise par le Professeur Kohler au débit de la règle de conflit allemande applicable aux mariages homosexuels³²⁵ peut être transposée à la règle de conflit française relative aux partenariats enregistrés. En effet, soumettre la formation du partenariat enregistré à la loi de l'autorité d'enregistrement « confère aux personnes qui souhaitent conclure [un partenariat enregistré] une influence remarquable sur la loi applicable puisqu'elles peuvent, par le choix [de l'autorité d'enregistrement], choisir indirectement la loi régissant la validité matérielle (et formelle) du [partenariat] »³²⁶. En effet, si notre règle de conflit ne donne pas directement la possibilité aux partenaires de choisir la loi applicable à leur partenariat, elle laisse entre leurs mains le soin de la concrétisation de l'élément de rattachement permettant la désignation de cette loi. En cela, elle leur permet de choisir indirectement la loi applicable à leur partenariat, et donc de choisir le statut par lequel ils s'engagent l'un envers l'autre.

172. Il apparaît, au regard de l'élément de rattachement retenu, que la liberté laissée aux parties dans le choix du statut ne saurait être appréciée sans examiner la liberté qui leur est

³²² G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 24.

³²³ P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *préc.*

³²⁴ G. Khairallah, « Les "partenariats organisés" en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *préc.*, sp. 323.

³²⁵ Article 17 b EGBGB.

³²⁶ C. Kohler, « La nouvelle législation allemande sur le mariage et le droit international privé », *RCDIP*, 2018, p. 51, §3.

laissée dans le choix de l'autorité d'enregistrement. Or, force est ici de constater l'étendue de la liberté qui leur est octroyée par nos règles de compétence.

L'enregistrement d'un PACS peut être le fait, en France, de deux autorités différentes, le notaire ou, depuis le premier novembre 2017³²⁷, l'officier de l'état civil.

Lorsque les partenaires choisissent de faire enregistrer leur partenariat par un officier de l'état civil, l'article 515-3 du Code civil donne compétence à l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle les partenaires fixent leur résidence commune.

Le chef de compétence choisi par le législateur ne semble pas *a priori* extrêmement libéral et la résidence commune des partenaires caractérise une réelle proximité entre l'autorité enregistrante et le couple.

173. Plusieurs remarques peuvent toutefois être faites à l'égard de cette règle de compétence et mettent en lumière l'existence d'une réelle liberté de choix entre les mains des partenaires. En premier lieu, l'article 515-3 vise ici une simple résidence commune. Celle-ci ne doit pas nécessairement être une résidence habituelle, ni même une résidence principale. Il est dès lors possible que le couple fixant une résidence secondaire sur le territoire français puisse enregistrer son PACS devant un officier de l'état civil français. En second lieu, la formulation de cette disposition présente une particularité. N'est pas compétent l'officier de l'état civil de la résidence commune des partenaires, mais celui de « la commune dans laquelle les partenaires fixent leur résidence commune ». Il apparaît alors que l'existence de cette résidence ne doit pas obligatoirement être caractérisée antérieurement à l'intervention de l'officier. L'expression « fixent leur résidence commune » implique que la compétence de l'officier ne découle pas de l'existence d'un lien de proximité préalablement concrétisé entre l'autorité et les partenaires, mais de leur volonté de fixer leur résidence dans son ressort.

174. Élevée au niveau international, cette règle de compétence permet à des partenaires qui ne seraient aucunement liés à la France avant la formation de leur relation de bénéficier de la compétence française à la seule condition qu'ils s'installent en France concomitamment à l'intervention de l'officier, et ce éventuellement dans le seul objectif de pouvoir vivre leur relation de couple. Dans ces hypothèses, ce serait parce que les partenaires choisissent de vivre en France pour bénéficier de l'opportunité de vivre sous le régime du PACS qu'une compétence française leur est acquise.

³²⁷En vertu de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

C'est alors la volonté de vivre comme des partenaires au sens des dispositions françaises qui justifie la compétence de l'officier de l'état civil, laquelle entraîne l'application des dispositions françaises. La place de la volonté des partenaires dans l'accès au statut français de partenaires est alors très importante.

175. Depuis la loi du 28 mars 2011³²⁸, les partenaires peuvent également enregistrer leur partenariat devant un notaire. Or, à l'inverse de l'officier de l'état civil, aucune règle de compétence territoriale ne vient limiter la compétence des notaires français en la matière. Aucune condition de proximité, aucun lien objectif ou subjectif n'est exigé pour leur intervention. Ainsi, il est théoriquement possible pour tout couple qui le désirerait, sans toutefois présenter aucun lien avec la France, de demander à un notaire français d'enregistrer leur relation de couple en vertu des dispositions françaises, ou en d'autres termes d'enregistrer un PACS. L'accès au PACS est dès lors illimité.

176. La combinaison de notre règle de conflit avec nos règles de compétence, ou notre absence de règle de compétence, révèle alors une situation paradoxale. Avant l'élaboration de notre règle de conflit, les débats doctrinaux ont pu porter sur la qualification du PACS et le choix de l'élément de rattachement y afférant. La qualification contractuelle avait été écartée au motif que le rattachement traditionnellement mis en œuvre en la matière, l'autonomie de la volonté, ne pouvait convenir à une question aussi sensible que celle de la formation d'une relation de couple. Il n'était pas imaginable de laisser les partenaires choisir la loi applicable à la formation de leur partenariat. C'est pourtant bien la situation à laquelle mène notre règle de conflit désormais. Les partenaires peuvent, par le choix d'un enregistrement par une autorité française, choisir indirectement l'application des dispositions françaises à la formation de leur relation. L'importance de ce choix est d'ailleurs d'autant plus marquée que la loi rattachée à l'autorité d'enregistrement ne s'applique pas à la seule formation du partenariat, mais aussi à ses effets et à sa dissolution. Ainsi, en saisissant une autorité française, les partenaires peuvent choisir le faisceau de droits et d'obligations par lequel ils s'engagent. C'est ainsi à un réel choix en faveur du PACS français qu'ils peuvent procéder³²⁹.

³²⁸Loi 2011-331 du 28 mars 2011.

³²⁹La situation est alors étonnante. Les partenaires peuvent, sans aucune condition de proximité, choisir que les effets personnels de leur partenariat seront soumis à la loi française. En revanche, ils ne pourront choisir, en vertu du règlement 2016/1104 applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés qu'une loi présentant un lien de proximité avec leur couple.

b) Le choix implicite de loi en matière de mariage homosexuel.

177. Dans le cadre du mariage, la possibilité de choisir la loi applicable à son statut de couple ne s'illustre pas de la même manière que précédemment. L'essentiel des conditions de fond de validité du mariage reste soumis à la loi nationale de chacun des époux. Seule la condition relative au sexe des époux bénéficie d'une règle particulière. De plus, même pour cette condition, il ne s'agit pas de choisir, sans condition, la compétence d'une autorité qui appliquera sa propre loi.

178. Toutefois, l'existence de liens étroits entre l'autonomie de la volonté telle qu'elle est mise en œuvre en droit de la famille et la règle de conflit posée à l'article 202-1 alinéa 2 ne saurait être niée.

La règle de conflit applicable à la question du sexe des époux prévoit plusieurs éléments de rattachement jouant de façon alternative afin de permettre la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe. Cette célébration sera possible dès lors que la loi nationale, la loi du domicile ou la loi de la résidence de l'un des époux l'autorise.

L'article 202-1 alinéa 2 n'octroie pas aux époux la possibilité de choisir la loi applicable à la validité de leur union. Ce choix revient à l'autorité célébrante qui, puisant dans le panel de lois désignées par la règle de conflit, appliquera celle qui lui permet d'atteindre le résultat visé par ladite règle de conflit. Aucun choix ne semble dès lors ouvert aux époux.

Cependant, nier l'existence d'un tel choix entre les mains des époux revient à oublier qu'eux seuls sont à l'initiative de la célébration du mariage. En engageant les formalités nécessaires à la conclusion en France de leur union, ceux-ci se placent implicitement sous l'empire de la loi ou des lois qui, parmi les six lois désignées par notre disposition conflictuelle, permettent, s'il en existe, de célébrer l'union. Il ne s'agit pas, bien sûr, d'un choix explicite, exprimé dans un écrit, mais d'un choix implicite caractérisé par l'action des époux qui engagent les formalités nécessaires à la conclusion de leur mariage. Engageant ces formalités, ceux-ci se placent sous l'empire de la loi qui répond à leurs désirs et évincent les dispositions de leur loi nationale prohibitive de ce simple fait. En réalité, s'il paraissait, encore récemment, impensable que la volonté des époux soit prise en

compte pour décider de la loi qui régit les conditions de fond de leur mariage³³⁰, c'est bien la situation à laquelle mène notre règle de conflit.

Le particulier turc, résident et domicilié en Turquie, choisit lorsqu'il entame les démarches préalables à la célébration, de se soumettre à la loi permissive rattachée à son futur époux français. Il choisit d'écarter l'application de la loi turque prohibitive, qui aurait toutes les raisons de lui être appliquée, au profit d'une autre loi, proposée par notre règle de conflit. Ce choix, bien qu'implicite, reste un choix. Bien sûr, dès lors que le couple ne présenterait aucun lien avec un État permissif, aucun choix implicite ne saurait permettre aux époux de bénéficier d'une loi autorisant le mariage. Il faut, à tout le moins, que l'un des époux présente un lien de proximité, que ce soit par sa nationalité, sa résidence ou son domicile, avec un État autorisant le mariage entre personnes de même sexe. Cependant, le caractère simple de la résidence exigée ainsi que la possibilité qu'une résidence d'un mois sur le territoire français suffise à déclencher l'application de la loi française offrent une réelle marge de manœuvre aux époux.

179. Les liens entre l'article 202-1 alinéa 2 et l'autonomie de la volonté telle qu'elle est mise en œuvre en matière de droit de la famille sont particulièrement visibles. Le choix des parties est, en cette matière, systématiquement encadré par une exigence de proximité³³¹. Toutefois, force est de constater que cette proximité est, en matière de mariage, bien plus largement entendue que dans certains règlements européens³³². La simple résidence de l'un des futurs époux sur le territoire d'un État permissif ouvre, aux deux personnes de même sexe, le droit de se marier.

180. Il apparaît alors que les articles 202-1 alinéa 1 et 515-7-1, s'ils ne reconnaissent pas le principe de l'autonomie de la volonté en matière de formation de couple, offrent la possibilité « aux particuliers [de se livrer] au forum shopping des règles juridiques comme à celui de marchandises »³³³.

2. Le risque de tourisme conjugal

³³⁰B. Bourdelois, « Relations familiales internationales et *professio juris* », *préc.*, sp. 144.

³³¹V. *infra* § 266 s.

³³²V. *infra* § 265.

³³³H. Muir Watt, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Arch. phil. Droit*, 2001, n° 45, p. 278 ; G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 41.

181. Le libéralisme de nos règles relatives à la formation des relations de couple a alors fait craindre un développement du tourisme conjugal en France.

Le tourisme conjugal peut être défini comme la situation dans laquelle un couple profiterait d'un déplacement temporaire dans un État, avec lequel il n'entretient pas de lien réel, pour y faire célébrer un mariage ou y enregistrer un partenariat. En matière de mariage, le tourisme nuptial est déjà une réalité connue de tous, et certains États, comme Chypre ou l'Italie, en tirent des revenus touristiques. Au moment de l'apparition du mariage homosexuel et du PACS, mais surtout de l'élaboration des règles de conflit afférentes à ces statuts, des craintes ont pu être émises quant à la transformation de la France en un « Las Vegas du couple homosexuel ».

182. Il apparaît toutefois que ce risque est limité.

En premier lieu, si le risque de déplacement des couples pour enregistrer un PACS en France est réel, il l'est beaucoup moins en matière de mariage, et ce pour deux raisons. La première est que la compétence des officiers de l'état civil français pour la célébration d'un mariage est limitée. Certes, cette compétence est largement entendue, mais elle suppose qu'il existe un lien, même minime, entre le couple et le territoire français. Il peut s'agir de la nationalité, du domicile ou de la résidence de l'un des époux. Il peut aussi s'agir du domicile ou de la résidence de l'un des parents des époux. Un lien, parfois très ténu, est systématiquement exigé pour qu'un mariage puisse être célébré en France. La deuxième raison en est que la compétence d'une autorité française n'implique pas nécessairement la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe. Pour qu'un tel mariage puisse être célébré sur notre territoire, il faut que l'un des époux présente un lien, nationalité, domicile ou résidence, avec un État permissif. Ainsi, qu'un couple puisse se marier en France en raison du domicile ou de la résidence de l'un des parents des époux, ne signifie pas qu'il puisse s'engager dans les liens d'une union homosexuelle, si aucun des époux n'est directement lié à un État permissif. La règle de conflit de lois, bien qu'elle fasse montre d'une exceptionnelle faveur pour la validité des mariages entre personnes de même sexe, ne permet pas à tout homosexuel de se marier en France. Seuls le pourront ceux qui sont liés à un État permissif et qui dès lors pourraient, potentiellement, se marier dans cet autre État. Le risque d'une arrivée massive de couples désirant se marier en France alors qu'ils ne le pourraient pas à l'étranger est dès lors relativement réduit.

183. Il est d'autant plus réduit que, et c'est là la seconde limite au risque de tourisme conjugal, les couples qui se marieraient en France ou se PACSeraient en France ont relativement peu de chance de voir leur relation de couple reconnue dans un autre État. Paradoxalement, la rareté de ces nouvelles formes de couple en droit comparé est à la fois l'origine de la crainte du tourisme conjugal et le meilleur obstacle à ce tourisme. Qu'un couple qui ne réside pas en France s'engage dans une telle forme de couple grâce à nos règles de conflit libérales est tout à fait envisageable, mais l'utilité d'une telle démarche est quasi nulle. L'État de résidence de ce couple, s'il n'autorise pas ces formes de couple, ne reconnaîtra tout simplement pas le statut formé à l'étranger.

Conclusion du Chapitre I

184. L'examen du rattachement de la formation du couple, et plus précisément de la formation des nouvelles formes de conjugalité, autorise un constat. Les règles de conflit s'affranchissent, pour cette question, de la recherche de la loi qui présente les liens les plus étroits. En effet, loin des considérations de proximité, le législateur marque, par les articles 202-1 alinéa 2 et 515-7-1 du Code civil, sa volonté d'assurer le rayonnement maximal des nouvelles dispositions françaises relatives aux statuts de couple.

En la matière, le droit international privé apparaît plus comme un « instrument de valorisation du droit interne »³³⁴ que comme un outil de répartition des droits en présence. Au regard des nouvelles règles de conflit, il importe, en effet, que le plus grand nombre de personnes puisse bénéficier des nouvelles libertés reconnues par le droit français : celle de se marier entre personnes de même sexe et celle de s'engager dans un statut de couple parallèle au mariage. Pour parvenir à un tel résultat, le législateur a évincé le rattachement à la nationalité au profit d'une série d'autres éléments de rattachement. Il apparaît toutefois que, dans ses nouvelles règles de conflit, le législateur ne s'est pas contenté de mettre à l'écart le rattachement pluriséculaire. Il offre, désormais, la possibilité aux particuliers de choisir de se soumettre aux dispositions matérielles qu'ils désirent. Cette offre ne prend, toutefois, pas la forme classique du choix de lois qui est celle de l'autonomie de la volonté, les personnes ne se voyant pas accorder le droit de désigner directement la loi applicable à la formation de leur relation de couple. Leur choix est indirect, mais n'en reste pas moins réel. En effets, ils peuvent agir sur les éléments de rattachement retenus par les règles de conflit françaises. Ainsi, en matière de PACS, il suffit aux futurs partenaires de saisir une autorité française aux fins d'enregistrement pour que la loi française leur soit applicable. De la même façon, les futurs époux de même sexe qui entament les démarches nécessaires à la célébration de leur mariage en France choisissent implicitement de se soumettre à la loi qui, parmi celles prises en considération par l'article 202-1 alinéa 2, autorise cette

³³⁴Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *préc.*, sp. 620, § 392.

célébration. Les particuliers deviennent, en quelque sorte, « maîtres » du conflit de lois en la matière.

185. Ce constat est confirmé par les règles donnant compétence aux autorités françaises. Il est incontestable que leur compétence est, aujourd'hui, très largement entendue. Et un grand nombre de particuliers peut désormais saisir les autorités françaises, sans nécessairement présenter de liens avec l'ordre juridique français, et ainsi se voir appliquer les règles de conflit françaises. Il apparaît dès lors qu'en matière de formation de couple, les personnes ne sont plus, en droit international privé français, considérées comme des « sujets de droit, [des] citoyens participant à un projet collectif, mais [comme des] individus guidés par le seul souci de leurs utilités personnelles et désireux de les maximiser »³³⁵.

³³⁵Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *préc.*, sp. 620, § 392.

Chapitre II - La permanence retrouvée : le respect des prévisions des parties

186. Si la permanence du statut personnel, telle qu'elle est traditionnellement conçue, a visiblement disparu en matière de couple, il est indéniable qu'elle ressurgit sous une forme plus moderne.

En effet, les nouvelles règles de conflit, qu'elles soient applicables à la formation ou aux effets patrimoniaux des relations de couple, permettent aux particuliers d'être assurés que la loi qu'ils ont choisie — dans la mesure où l'on admet que décider de s'engager dans les liens d'un statut particulier revient à choisir de se soumettre à une loi — sera celle effectivement appliquée par les autorités françaises. C'est alors sous la forme du respect des prévisions des parties que ressurgit l'idée de permanence du statut.

187. Le respect de ces prévisions passe par deux mécanismes différents selon qu'il s'agit de la validité et des effets extrapatrimoniaux des relations ou de leurs effets patrimoniaux. Pour la première question, il s'agit de valider *a posteriori*, c'est-à-dire au moment où la reconnaissance de la relation formée à l'étranger est demandée en France, le choix de statut opéré par les parties (Section I). Pour la seconde question, la prise en considération des prévisions des parties se fait *a priori* par la reconnaissance d'un droit de choisir la loi applicable à certains aspects de leur relation de couple (Section II).

Section I - Le respect *a posteriori* des prévisions des parties : la reconnaissance des couples formés à l'étranger

188. Les règles de conflit françaises applicables aux nouvelles formes de conjugalité présentent l'incontestable avantage d'assurer la reconnaissance en France des couples formés à l'étranger. Alors que leur application à la formation en France des statuts conjugaux mène inexorablement à la création de statuts boiteux, ces règles garantissent une réelle permanence du statut conjugal lorsque la question porte sur la circulation des

relations étrangères. La faveur à la circulation se concrétise par l'application, lors de la reconnaissance des rapports de droit, de la loi qui a été effectivement appliquée dans l'ordre juridique créateur. Cela se réalise, en matière de mariage homosexuel, par la mise en œuvre d'un rattachement alternatif reprenant tous les éléments habituellement retenus en matière de statut personnel (§I). En matière de partenariat, l'application de la loi ayant présidé à l'enregistrement du couple à l'étranger passe par le choix d'un élément consensuel en droit comparé (§II).

§ I - La circulation des mariages homosexuels

189. L'accueil des mariages est traditionnellement soumis aux règles de conflit applicables à la formation du mariage. Ainsi, la forme du mariage est appréciée au regard de la loi du lieu de célébration alors que l'essentiel des conditions de fond relève de l'application distributive des lois nationales des époux.

Ces deux règles permettent généralement de reconnaître les mariages célébrés à l'étranger et, en cas de difficulté, *la favor matrimonii* a déjà mené la jurisprudence française à « faire preuve de souplesse, en jouant par exemple en amont sur le renvoi et en aval sur l'effet atténué de l'ordre public » afin de « sauver le mariage »³³⁶.

190. Si ces deux règles sont efficaces à assurer, de façon générale, la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, elles se révèlent insuffisantes en ce qui concerne les mariages entre personnes de même sexe. Il ne suffit pas, en effet, que le droit interne français autorise ce type de mariages pour qu'il accepte de reconnaître tous les mariages homosexuels célébrés à l'étranger. Il faut pour qu'un mariage soit reconnu en France que la loi compétente selon nos règles de conflit autorise sa célébration. Il apparaît alors, au regard du petit nombre d'ordres juridiques permissifs, que la soumission de la question du sexe des époux à la loi nationale des époux aurait très largement entravé la circulation des mariages célébrés à l'étranger.

³³⁶H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *préc.*, § 82.

191. À ces deux règles anciennes, se greffe, depuis la loi de 2013, l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil qui prévoit, pour la question du sexe des époux, que le mariage sera valide à la condition que la loi nationale, la loi du domicile ou la loi de la résidence de l'un des époux l'autorise.

192. Il apparaît alors que si la circulation des mariages célébrés après le 19 mai 2013³³⁷ est assurée sans trop de difficulté par la nouvelle règle de conflit de droit commun, celle des mariages célébrés avant cette date et toujours soumis à l'ancienne règle de conflit risquait d'être entravée par le peu de reconnaissance du mariage homosexuel dans le monde. La *favor matrimonii* a alors poussé le législateur à prévoir une disposition transitoire visant à assurer leur reconnaissance. La reconnaissance des mariages soumis aux règles de conflit de droit commun est alors réellement assurée (A). C'est, de la même façon, la *favor matrimonii* qui justifie, pour les mariages soumis aux règles de conflit conventionnelles, l'éviction des lois nationales prohibitives par l'exception d'ordre public (B).

A. La reconnaissance des mariages étrangers soumis aux règles de conflit de droit commun

193. Une distinction doit être faite au sein des mariages étrangers dont la reconnaissance est soumise aux règles de conflit de droit commun. La reconnaissance des mariages célébrés après le 19 mai 2013 est largement assurée par la nouvelle règle de conflit (1). En revanche, les mariages célébrés avant cette date restent soumis à l'article 3 alinéa 3 du Code civil tel qu'il a été bilatéralisé par l'arrêt *Busqueta*³³⁸. Leur reconnaissance devrait alors être limitée aux situations dans lesquelles les lois nationales de chacun des époux autorisent les mariages entre personnes de même sexe. La loi de 2013 a prévu une règle matérielle particulière pour résoudre cette difficulté (2).

³³⁷Date d'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013.

³³⁸CA, Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, préc.

1. La reconnaissance des mariages célébrés après le 19 mai 2013

194. La règle de conflit française, telle qu'elle a été formulée, met en place « un principe (quasi) général de reconnaissance »³³⁹ de ces couples. Cette volonté d'assurer la circulation des mariages homosexuels apparaissait déjà dans le projet de loi. Comme le soulignent Mesdames Godechot-Patris et Guillaumé, « le critère du lieu de célébration [tel qu'il était prévu dans le projet de loi] aurait permis, sans exception, d'accueillir un mariage célébré à l'étranger »³⁴⁰. Cet élément de rattachement concrétise, en effet, le point de contact entre les méthodes de la reconnaissance et du conflit de lois. Toutefois, si ce rattachement permet de reconnaître de façon systématique les mariages étrangers, il en résulte que l'État d'accueil abandonne tout contrôle des liens justifiant, pour l'ordre juridique d'origine, l'application d'une loi à un rapport de droit donné.

195. Le choix du rattachement finalement retenu s'avère, alors, plus pertinent. Il permet, tout à la fois, de vérifier l'existence de liens pertinents aux yeux de l'État d'accueil et de garantir une bonne circulation du couple. Il est même possible de dire que « c'est en matière de reconnaissance que [le rattachement retenu par l'article 202-1 alinéa 2] déploie la plénitude de ses effets »³⁴¹. La reconnaissance est, ici, assurée par la faiblesse des exigences posées par cette disposition³⁴². Il suffit, pour que le mariage soit considéré comme valable en France, qu'une loi parmi celles de la nationalité, du domicile ou de la résidence de l'un des époux l'autorise. Les cas de refus de reconnaissance seront, le cas échéant, très rarement liés au caractère homosexuel de l'union. Ces refus imposent une réunion de circonstances relevant du cas d'école.

196. En effet, l'État qui procède à la célébration d'un tel mariage est, logiquement, un État permissif. Pour que l'autorisation posée par son droit interne ne suffise à assurer la reconnaissance du mariage qu'il a célébré, il faudrait qu'aucun des époux ne lui soit rattaché, ni par la nationalité, ni par le domicile ni par la résidence. Il s'agirait, en d'autres

³³⁹H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *préc.*, § 86.

³⁴⁰S. Godechot-Patris et J. Guillaumé, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *préc.*

³⁴¹H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *préc.*, § 86.

³⁴²*Ibid.*

termes, d'un État qui n'exige aucune proximité entre le couple et son ordre juridique pour accorder à ses autorités une compétence dans la célébration d'un mariage. Il faudrait, en outre, qu'il n'exige pas non plus l'existence d'un lien de proximité lors de la désignation de la loi qu'il applique aux conditions du fond du mariage. Il est concrètement difficile d'imaginer un État qui ferait preuve d'autant de largesse pour la célébration d'une union matrimoniale³⁴³. Il est, au demeurant, difficile de considérer qu'un couple homosexuel qui aurait pu se marier dans ces conditions puisse légitimement espérer voir circuler son mariage à travers les États.

Il apparaît alors que si notre règle de conflit offre l'opportunité au plus grand nombre de s'extraire des exigences portées par les lois nationales prohibitives et de se marier en France, elle permet aussi, de façon systématique, d'assurer la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger après son entrée en vigueur.

197. Le sort de mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi de 2013 relève, quant à lui, d'une disposition transitoire posée à l'article 21 de la loi ouvrant le mariage aux couples homosexuels.

2. La reconnaissance des mariages célébrés avant le 19 mai 2013

198. Dans sa volonté d'assurer au mieux la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, le législateur accompagne sa nouvelle règle de conflit d'une disposition transitoire applicable aux mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi de 2013. Abandonnant la logique conflictuelle³⁴⁴, cette disposition prévoit l'« application directe de la loi matérielle française »³⁴⁵ à ces mariages. Leur « dimension internationale [est alors complètement] occultée »³⁴⁶.

En effet, selon ce texte, « le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la [...] loi est reconnu, dans ses effets à l'égard des époux et des enfants, en

³⁴³Ce n'est toutefois pas totalement inenvisageable. En effet, c'est déjà le cas en matière de partenariat enregistré en France et l'a été en Allemagne. Dans ces deux États, aucune limite n'est ou n'était posée à la compétence des autorités ayant pour rôle d'enregistrer les partenariats alors que ces autorités appliquent ou appliquaient leur propre loi à l'enregistrement.

³⁴⁴Cette éviction de la logique conflictuelle permettra de réunifier le régime des personnes soumises à la règle de conflit de droit commun et celui des personnes soumises aux règles de conflit conventionnelles.

³⁴⁵S. Godechot-Patris et J. Guillaumé, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *préc.*

³⁴⁶*Ibid.*

France, sous réserve du respect des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 et 191 du Code civil ». Les dispositions visées, ici, concernent l'essentiel des conditions de fond connues en droit français. Il semble alors que la validité des mariages homosexuels étrangers doive être appréciée au regard des dispositions françaises tant pour la question de l'âge, du consentement, de la présence des époux, l'interdiction des mariages bigames ou incestueux que pour la publicité du mariage et les conditions de sa nullité.

Alors que pour les mariages célébrés après 2013, le législateur prévoit une règle de conflit particulière pour la seule question du sexe des époux, la disposition transitoire aura pour effet d'écarter la loi nationale des époux étrangers pour l'ensemble des conditions de fond au mariage.

199. Ainsi, s'il a pu être écrit que cette disposition devait permettre de reconnaître en France les mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi, cette reconnaissance ne sera possible que si la loi appliquée à l'étranger est conforme au droit français pour toutes ces conditions. Il apparaît alors que la soumission de la seule question du sexe des époux à la loi française aurait, en réalité, permis une meilleure reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger. En sus de cette remarque, il importe de souligner que la formulation floue du texte soulève certaines interrogations.

200. La première d'entre elles est de savoir quels mariages seront concernés par cet article 21 de la loi de 2013. Logiquement « sont visés les mariages qui auraient été célébrés dans un pays étranger »³⁴⁷. Mais, plus précisément, il convient de déterminer s'il s'agit de tous les mariages célébrés à l'étranger ou uniquement de ceux unissant deux personnes dont l'une au moins est française.

Il est indéniable que sont visés les mariages célébrés entre personnes dont l'une, si ce n'est les deux, est française. La disposition permet alors de « sauver des mariages dont la nullité eut été incontestable »³⁴⁸. Selon ce texte, peu importe que la loi française ou les deux lois nationales aient été prohibitives au moment de la célébration du mariage. Il suffit, pour qu'il soit reconnu, que le mariage réponde aux dispositions matérielles françaises énoncées dans l'article 21 de la loi.

Pour les mariages entre Français, la mise à l'écart du raisonnement conflictuel n'aura pour incidence que d'assurer la reconnaissance systématique de l'union. En revanche, pour les

³⁴⁷H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *préc.*, § 102.

³⁴⁸*Ibid*, § 105.

couples mixtes, l'article 21 pourrait avoir comme conséquence de refuser la reconnaissance d'un mariage qui, célébré après 2013, aurait été reconnu sous l'empire de l'article 202-1 alinéa 2. Selon nos règles de conflit, un tel mariage, autorisé par la loi nationale du conjoint français³⁴⁹, sera reconnu si l'époux étranger remplit les autres conditions de fond posées par sa propre loi nationale³⁵⁰. En revanche, l'article 21 impose que cet époux réponde aux exigences de la loi française. Or, quelle que soit l'autorité de célébration, il est peu probable qu'elle ait appliqué la loi de l'époux français à son conjoint. Il ne reste plus alors au couple qu'à espérer que la loi appliquée à l'étranger soit équivalente à la loi française car, en l'absence d'équivalence entre ces lois, le mariage ne pourra être reconnu sur le fondement de l'article 21.

201. La même remarque s'impose pour les couples formés par deux étrangers si l'on admet que le texte leur est applicable, point sur lequel le doute reste permis. En effet, les termes de la disposition transitoire ne font aucune distinction selon que l'un, au moins, des époux est français ou que les deux sont étrangers. Ainsi, pour certains auteurs, l'application de ce texte aux couples d'étrangers ne fait pas de doute³⁵¹. D'autres, au contraire, considèrent que si les termes de l'article ne limitent pas expressément son champ d'application, son contenu justifie de circonscrire ses effets aux couples dont l'un des membres est français³⁵². Ainsi que le souligne le Professeur Hammje, la solution de l'article 21, si elle devait être appliquée à tous les couples, serait incohérente avec les nouvelles règles de conflit relatives au mariage et le système mis en place pour la reconnaissance des mariages célébrés après 2013. En effet, l'article 21 procède à l'éviction de la loi nationale des époux pour l'ensemble des conditions de fond du mariage, alors que l'article 202-1 alinéa 1 maintient la compétence de cette loi pour les mariages célébrés après 2013. Il en résulte que les conditions posées à la reconnaissance d'un mariage étranger varient en fonction de la date à laquelle il a été célébré. Et un mariage étranger célébré avant l'entrée en vigueur de la loi de 2013 pourrait être reconnu en vertu de l'article 21 alors que l'article 202-1 du Code civil se serait opposé à sa reconnaissance s'il avait été célébré après cette date. De fait, la disposition transitoire, qui ne prévoit aucune

³⁴⁹En vertu de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil.

³⁵⁰En vertu de l'article 202-1 alinéa 1 du Code civil.

³⁵¹S. Godechot-Patris et J. Guillaumé, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *préc.* ; H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *préc.*, § 103.

³⁵²P. Hammje, « "Mariage pour tous" et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *préc.*, § 21.

exigence de proximité, peut mener à la reconnaissance de mariages célébrés à l'étranger sans qu'aucun des époux ne soit lié à un État permissif alors même que la règle de conflit impose l'existence de tels liens.

202. L'application de la disposition transitoire aux couples composés de deux étrangers serait tout aussi incohérente avec la nature des conditions qu'elle énumère. En effet, ces conditions portées par le droit interne français doivent, normalement, être respectées par les seuls époux français sans avoir vocation à s'imposer aux ressortissants étrangers. C'est pourtant le résultat auquel parviendrait l'application systématique de l'article 21 à tous les mariages célébrés avant 2013. Tous les époux devraient, et ce quelle que soit leur nationalité, répondre aux exigences prévues par les dispositions matérielles françaises visées par la disposition transitoire. Or, ainsi que le soulignait le Professeur Hammje, un tel choix soulève nécessairement la question de savoir « pourquoi, au nom du “mariage pour tous”, [il faudrait] méconnaître la condition d'âge posée par le droit national étranger d'un époux ou imposer les exigences françaises quant au consentement, pour reconnaître un mariage antérieurement contracté ? »³⁵³. En réalité, il apparaît que les mariages célébrés entre étrangers devraient être exclus du domaine de la disposition transitoire.

203. Reste alors à examiner le sort des mariages dont la reconnaissance est exclue du domaine des règles de conflit de droit commun.

B. La reconnaissance des mariages soumis aux règles de conflit conventionnelles

204. Cette exclusion découle de l'existence, entre la France et d'autres États, de conventions bilatérales comportant une règle de conflit relative à la formation du couple. Ces États sont la Pologne, le Maroc, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo, la Slovénie, le Cambodge, le Laos, la Tunisie et l'Algérie. Les ressortissants de ces États restent soumis aux règles de conflit prévues dans les conventions, règles qui donnent toute compétence à la loi nationale de chacun des époux pour les conditions de

³⁵³*Ibid*, § 22.

fond du mariage, y compris pour la question du sexe des époux. Or, aucun de ces États n'autorise le mariage entre personnes de même sexe.

205. Dès lors, le mariage homosexuel de ressortissants de ces États ne devrait pas pouvoir être reconnu en France. En effet, la loi nationale prohibitive désignée par la règle de conflit conventionnelle s'oppose tout autant à la célébration, en France, d'un mariage qu'à la reconnaissance, en France, d'un mariage célébré à l'étranger.

206. C'est alors le mécanisme de l'exception d'ordre public qui pourra permettre la reconnaissance du mariage homosexuel célébré à l'étranger. La Cour de cassation³⁵⁴, a déjà pu, alors qu'elle devait contrôler la conformité de la loi marocaine prohibitive à notre ordre public, en évincer l'application lors de la célébration du mariage d'un Marocain en France. Elle avait, dans sa décision, considéré que la loi prohibitive, qui « s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet » était contraire au nouvel ordre public français. Cette mise en œuvre de l'ordre public, liée à l'existence d'un lien de proximité entre le couple et un État permissif, permet d'aligner le traitement des étrangers soumis aux règles de conflit conventionnelles sur celui octroyé par notre règle de conflit de droit commun. Et le mécanisme protecteur qu'est l'ordre public doit, logiquement, intervenir de la même façon pour la question de la reconnaissance des mariages homosexuels que pour celle de leur formation. En effet, cette modalité d'intervention de l'ordre public ne dépend pas, au rebours du diptyque ordre public plein/ordre public atténué, du lieu de création du rapport de droit. Peu importe que le mariage doive être célébré en France ou l'ait déjà été à l'étranger. La contrariété à nos valeurs fondamentales résulte, selon l'arrêt de la Cour, des liens unissant le mariage à un ordre juridique permissif³⁵⁵. Les lois nationales prohibitives devraient être écartées par l'ordre public dès lors que l'un des époux est ressortissant, domicilié ou résident dans un État permissif, et ce quel que soit le lieu de formation du mariage.

Ainsi, de la même façon que pour les mariages dont la reconnaissance est soumise à l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil, la largesse des liens de proximité exigés assure de façon efficace que les mariages célébrés à l'étranger et soumis aux règles de conflit conventionnelles soient reconnus sur le territoire français.

³⁵⁴Civ. 1, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *préc.*

³⁵⁵L'appréciation de la proximité est, ici, particulière. Traditionnellement, le mécanisme de l'ordre public n'intervient que lorsque le rapport de droit présente des liens suffisamment étroits avec l'ordre juridique du for. V. supra § 105.

207. Le caractère homosexuel de l'union n'aura dès lors aucun impact sur la reconnaissance de sa validité malgré les divergences importantes existant entre les différentes lois nationales. La reconnaissance des partenariats enregistrés est, elle aussi, largement facilitée par le système conflictuel mis en place.

§ II - La circulation des partenariats enregistrés

208. À l'instar de celle du mariage, la circulation du partenariat enregistré étranger reste soumise à la méthode du conflit de lois. La même règle s'applique à la fois à la conclusion en France d'un PACS et à la reconnaissance des partenariats enregistrés à l'étranger³⁵⁶. Ainsi, le législateur n'a pas fait le choix de soumettre la circulation de ces couples à la méthode de la reconnaissance. Il n'en demeure pas moins que la règle posée à l'article 515-7-1 du Code civil vise essentiellement à assurer la circulation des partenariats enregistrés à l'étranger³⁵⁷ et aura un résultat proche de celui d'une règle de reconnaissance en ce qu'il permet de reconnaître la grande majorité des partenariats enregistrés à l'étranger (A) tout en assurant le respect du statut étranger (B). Il n'en demeure pas moins que le système mis en place par cette disposition et qui permet la reconnaissance des statuts étrangers sans réel contrôle de son origine n'est pas exempt de critique (C).

A. La reconnaissance des partenariats enregistrés

209. La faveur à la reconnaissance des partenariats enregistrés s'exprime dans l'article 515-7 aliéna 1 par un double biais. En effet, en mettant en œuvre dans la catégorie internationale afférente au PACS, une terminologie différente de celle employée pour la désignation du statut au niveau interne, le législateur autorise la qualification comme partenariat enregistré d'un maximum d'institutions étrangères (1).

³⁵⁶A. Devers, « Le couple non marié », *préc.*, §526-31.

³⁵⁷Mme la Sénatrice Boumediene-Thiery, séance 24 mars 2009 (*JO Sénat CR, 25 mars 2009*).

210. De plus, il est incontestable que le rattachement, ici mis en œuvre, est le seul, en l'état du droit actuel, permettant d'assurer la reconnaissance de la validité des relations créées à l'étranger (2).

1. La qualification des partenariats enregistrés

211. La première difficulté rencontrée par le droit international privé en matière de partenariat enregistré est la multiplicité des formes de partenariats qui existent dans le monde.

Avant de pouvoir se prononcer sur la validité et les effets qu'un rapport de droit étranger pourra se voir reconnaître sur son territoire, l'État d'accueil doit qualifier le rapport de droit. Il doit en quelque sorte le nommer, le définir. Il s'agit de la première étape, absolument nécessaire, de la gestion des rapports de droit étrangers. Elle vise à « assimiler » le statut étranger à l'un des statuts du for afin de déterminer quelles règles de son droit international privé pourront lui être appliquées. Si l'État d'accueil ne parvient pas à assimiler le statut étranger, ou en d'autres termes, s'il ne parvient pas à le qualifier, alors il ne peut lui appliquer aucune de ses règles. Le statut étranger ne pourra alors être reconnu sur son territoire, et ne pourra y avoir aucun effet.

Cette opération ne présente, dans certains cas, aucune difficulté. Nombre de rapports de droit sont connus universellement et ont partout la même signification. Ainsi, une filiation américaine pourra facilement être considérée comme une filiation au sens du droit français. Un mariage célébré en Russie pourra être qualifié comme un mariage en France.

La situation est profondément différente en matière de partenariats enregistrés. Ces statuts sont hétéroclites et ne présentent pas de socle commun³⁵⁸. Chaque partenariat répond au besoin de l'ordre juridique qui l'a créé. Dans certains États, comme en France ou en Belgique, il s'agit d'offrir au couple un statut alternatif au mariage, dans d'autres, comme cela a pu être le cas en Allemagne par exemple, il est un copié-collé de l'union

³⁵⁸H. Péroz, « La loi applicable aux partenariats enregistrés », *préc.* ; H. Fulchiron, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI*, 2000, sp. 889 s. ; A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, 2004 ; G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, LGDJ, 2004, sp. 1 s., § 2 s. ; G. Khairallah, « Les "partenariats organisés" en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *préc.*, sp. 322 ; M. Mignot, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *RID comp.*, 2001, p. 601, sp. 626 ; M. Revillard, « Le pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique de droit international privé », *Defrénois*, 2005, p. 461 ; G. Kessler, « La reconnaissance en France des partenariats enregistrés à l'étranger », *AJ famille*, 2004, p. 272.

matrimoniale ouvert aux couples homosexuels qui n'ont pas le droit de se marier. Ces divergences, parfois profondes, quant à la nature de la relation qui est créée compliquent la tâche de l'État d'accueil confronté à des partenariats enregistrés à l'étranger.

212. Par conséquent, avant la rédaction de l'article 515-7-1, la question de la qualification des partenariats enregistrés avait animé la doctrine. En l'absence de catégorie propre à ce statut, le débat portait sur la question de l'élargissement de catégories déjà existantes en vue d'y intégrer les partenariats étrangers.

213. Nous l'avons vu, deux catégories retenaient particulièrement l'attention des auteurs. Pour certains, le PACS présentait une nature contractuelle en vertu de laquelle les partenariats devaient être intégrés à la catégorie internationale des contrats³⁵⁹. Pour d'autres, au contraire, « leur nature intrinsèque, leur objet — organiser une vie en couple —, quelle que soit la qualification légale qui leur était donnée, les apparentaient davantage à une institution relevant du statut personnel qu'à un simple contrat »³⁶⁰. Il était alors possible de les qualifier comme des mariages, seule autre forme de couple connue en droit international privé.

214. Le législateur choisit une voie tierce et élaborait une règle de conflit particulière. De ce fait apparut une nouvelle catégorie : celle des partenariats enregistrés.

Il est alors intéressant de noter que la nouvelle catégorie internationale ne reprend pas la dénomination du statut de droit interne, mais utilise un terme jusqu'à lors inconnu du droit français. « La catégorie internationale n'est donc pas la simple projection de la catégorie interne du pacte civil de solidarité »³⁶¹, mais se veut plus large. Le législateur marque ainsi sa volonté d'étendre largement le nombre de statuts étrangers pouvant être soumis à sa règle de conflit. Le choix est, ici, salutaire au regard de la réalité du droit comparé en la matière. En se dissociant, au niveau international, de son concept de droit interne, le législateur permet la circulation en France de statuts étrangers, qui peuvent ne pas correspondre exactement au statut français. C'est bien l'objectif du respect des prévisions des partenaires qui gouverne la rédaction de cette règle de conflit. Reste alors à déterminer le contenu exact de la catégorie des partenariats enregistrés.

³⁵⁹M. Revillard, « Les unions hors mariage. Regards sur la pratique de droit international privé », *préc.*

³⁶⁰P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *préc.*

³⁶¹A. Devers, « L'efficacité des partenariats enregistrés à l'étranger », *JCP N*, n° 25, 22 Juin 2012, p. 1266.

215. Il est vain de chercher, dans la loi, la définition de ces partenariats, mais certaines indications se trouvent dans les travaux parlementaires. Selon eux, la règle de conflit « vise à reconnaître dans le Code civil les unions civiles et autres partenariats comparables au PACS conclus à l'étranger »³⁶². De façon logique, les partenariats étrangers doivent présenter des ressemblances avec le PACS. Ainsi seront soumis à l'article 515-7-1, les « contrats ou institutions dont la fonction est d'organiser une vie commune sans être des mariages »³⁶³. Il faut, de plus, que la relation ait été enregistrée « par une autorité publique spécialement habilitée »³⁶⁴ et « un concubinage dénué de tout formalisme ne sera pas soumis à cette disposition »³⁶⁵.

216. Dès lors que le statut étranger remplit ces deux conditions, l'organisation d'une vie de couple différente de celle résultant du mariage et l'enregistrement de la relation, il pourra être considéré comme un partenariat enregistré au sens de l'article 515-7-1 du Code civil. Et ce quelle que soit la terminologie employée à l'étranger pour désigner la relation³⁶⁶. Seuls les unions libres et les mariages homosexuels sont exclus du champ de notre règle de conflit³⁶⁷. Et une fois qualifié comme un partenariat enregistré, le statut étranger verra sa reconnaissance en France facilitée par l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit.

2. Le rattachement des conditions de formation des partenariats enregistrés

217. La volonté du législateur, telle qu'affichée dans les travaux parlementaires, était de permettre aux partenariats étrangers de produire leurs effets sur le territoire français³⁶⁸. Or, pour atteindre cet objectif, il faut, au préalable, que ces partenariats soient considérés comme valables sur notre territoire. Le choix de l'élément de rattachement, quant à leur

³⁶²M. le député de Ruy, deuxième séance, 28 avr. 2009 (*JOAN CR*, 29 avr. 2009).

³⁶³P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *préc.*

³⁶⁴A. Devers, « L'efficacité des partenariats enregistrés à l'étranger », *préc.*

³⁶⁵Amendement n° 13 rectifié, présenté le 13 oct. 2008 lors de la première lecture à l'Assemblée nationale.

³⁶⁶P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *préc.*

³⁶⁷Circ. DACS 08-09, 26 mai 2009, JUS C 0911895C, relative à la présentation synthétique des principales dispositions de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures (*BO Justice* 30 août 2009).

³⁶⁸A. Devers, « L'efficacité des partenariats enregistrés à l'étranger », *préc.*

formation, devait alors en toute logique se porter vers un élément permettant de reconnaître la validité d'un maximum de partenariats.

218. Il a pourtant pu être écrit que le « législateur [n'avait] pas tenu à favoriser l'accueil des partenariats enregistrés » à l'étranger³⁶⁹. Selon cet auteur, le choix de rattachements alternatifs ou le principe de l'autonomie de la volonté auraient assuré, de façon plus efficace, la circulation des relations de couples. Si le propos est justifié pour la question des effets de ces relations, notamment de leurs effets extrapatrimoniaux, le rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement s'avère être, pour la question de leurs conditions de formation, le plus efficient.

219. Lorsque la validité d'un partenariat est appréciée à l'aune de la loi de l'autorité qui a procédé à son enregistrement, « le risque de considérer comme non valable un partenariat régulièrement enregistré à l'étranger est [...], si ce n'est supprimé, considérablement réduit »³⁷⁰. En effet, notre élément de rattachement ne pourra désigner qu'une loi permissive. Cet enregistrement ne peut être opéré que par une autorité habilitée par la loi dont elle tire sa compétence. Ainsi, la loi de l'autorité est nécessairement permissive et le rattachement par l'autorité d'enregistrement est le seul à garantir en toute circonstance la désignation d'une telle loi. Ni la combinaison des rattachements à la nationalité, au domicile et à la résidence, ni même l'autonomie de la volonté ne permettent de désigner avec un tel niveau de certitude une loi connaissant le partenariat enregistré. Certains États prévoient l'enregistrement, en vertu de leur loi, de partenariats pour des couples qui ne sont liés à leur ordre juridique ni par la résidence, ni par le domicile, ni par la nationalité de l'un des partenaires³⁷¹. Pour ces couples, une règle de conflit à rattachements alternatifs liés à la personne ne serait d'aucune aide. De la même façon, offrir aux partenaires la possibilité de choisir la loi applicable à leur relation de couple n'assure pas qu'ils choisissent une loi permissive.

220. En outre, notre élément de rattachement permet, très souvent, de désigner la loi qui a effectivement été appliquée par l'autorité étrangère. Beaucoup d'États soumettent eux aussi les conditions de formation du statut à la loi de l'autorité d'enregistrement. C'est le

³⁶⁹ H.Péroz, « La loi applicable aux partenariats enregistrés », *préc.*

³⁷⁰ P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *préc.*

³⁷¹ C'est le cas en France, mais ça l'a été aussi en Allemagne ou au Royaume-Uni.

cas, par exemple, en Suisse³⁷², en Grèce³⁷³, aux Pays-Bas³⁷⁴, en Allemagne³⁷⁵ et au Royaume-Uni. La Belgique, si elle n'utilise pas exactement le même rattachement, choisit une solution très proche. En effet, selon l'article 60 du Code de droit international privé de cet État, est applicable au partenariat enregistré, la loi de l'État d'enregistrement.

Il est alors possible de dire que le rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement fait l'objet d'un certain consensus entre les États permissifs³⁷⁶, à l'instar de la nationalité et du domicile en matière de mariage hétérosexuel. Ce consensus s'explique par la réalité du droit comparé. La partenariat étant peu reconnu à travers le monde, seul ce rattachement permet, à la fois, d'offrir accès à une relation de couple à un grand nombre de personnes et d'assurer une bonne circulation des couples déjà créés. Au regard de ce consensus autour du rattachement, notre règle de conflit permet de contrôler la validité du partenariat étranger à l'aune de la loi qui a présidé à sa formation

221. Il apparaît que l'élément de rattachement choisi permet de reconnaître la très grande majorité des partenariats et ainsi de « respecter les prévisions des parties [...] leur croyance en la validité du statut qu'ils ont acquis »³⁷⁷. Il permettra de la même façon de reconnaître les mêmes effets au partenariat que ceux qui lui auraient été octroyés dans son État d'origine.

B. Le respect du statut étranger choisi par les partenaires

222. En marge de l'élément de rattachement qu'elle retient, la règle de conflit relative aux partenariats présente une seconde originalité. Alors que la tendance en droit international privé va vers la multiplication et la spécialisation des règles de conflit,

³⁷²L'article 65a de la loi de droit international privé renvoie, en matière de partenariat enregistré, aux dispositions relatives au mariage. L'article 44 de la même loi prévoit que la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse.

³⁷³L'article 13 alinéa 2 de la loi 3719/2008 modifiant certaines règles relatives à la famille et à l'enfant prévoit que la loi grecque s'applique à tout pacte de vie commune pourvu qu'il soit conclu en Grèce ou devant une autorité consulaire hellénique (Chryssa Tousca, « Le partenariat enregistré en droit grec », *RCDIP*, 2010, p. 615).

³⁷⁴L'article 1 de la loi du 6 juillet 2004 prévoit que la conclusion aux Pays-Bas d'un partenariat enregistré est soumise aux dispositions du droit néerlandais (« Pays-Bas : Loi du 6 juillet 2004 portant règlement des conflits de lois en matière de partenariat enregistré », *RCDIP*, 2005, p. 538).

³⁷⁵L'article 17 b du EGBGB prévoit que les conditions de formation, les effets et la dissolution du partenariat sont soumis au droit matériel de l'État d'enregistrement

³⁷⁶P. Hammje, « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil », *RCDIP*, 2009, p. 483.

³⁷⁷G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 39.

l'article 515-7-1 présente une catégorie de rattachement particulièrement large qui englobe la formation, les effets ainsi que la dissolution du partenariat (1). La règle devrait alors permettre d'assurer que les partenaires puissent vivre en France sous le statut qu'ils ont réellement choisi à l'étranger. Cette affirmation doit toutefois être nuancée dans la mesure où la règle posée à l'article 515-7-1 du Code civil doit être coordonnée avec les autres règles de conflit applicables à la question des effets d'une relation de couple (2).

1. La soumission des effets et de la dissolution à la loi de l'autorité créatrice

223. Le maintien de compétence de la loi qui a présidé à la formation du couple pour les effets et la dissolution de la relation présente de grands avantages dans un domaine où aucun consensus n'existe entre les États. Tous les aspects du rapport de droit sont alors soumis à une seule et même loi. Cette solution permet d'éviter tout problème d'articulation entre des lois potentiellement inconciliables. Elle a, tout d'abord, pour effet de garantir l'application d'une loi permissive aux effets comme à la dissolution de la relation de couple. Ensuite, elle prévient tout risque de dépeçage du rapport de droit entre différentes lois, dépeçage qui pourrait avoir pour conséquence de porter atteinte à la cohérence du statut. Elle parvient, alors, à écarter les difficultés liées à l'adaptation des différentes lois concernées.

En cela, elle permet de s'assurer que le franchissement de frontière n'entraîne aucune répercussion sur la nature du faisceau de droits et d'obligations par lequel les partenaires ont voulu se lier. La survie de ce faisceau de droits et obligations est d'une importance particulière en matière de partenariat. C'est, en effet, la substance même du statut qui pousse les individus à s'engager. Le couple qui choisit en France d'enregistrer un PACS, version allégée du mariage, ne souhaite pas s'unir dans les liens d'un statut aussi contraignant que le *eingetragene Lebenspartnerschaft*.

224. Ainsi, si notre règle de conflit est « extrêmement respectueuse des formes étrangères de partenariats »³⁷⁸, elle l'est afin de respecter les prévisions des parties. C'est,

³⁷⁸P. Hammje, « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil », *préc.*

d'ailleurs, l'objectif qu'elle poursuit : permettre aux partenaires de bénéficier, en France, des effets de leur partenariat enregistré à l'étranger³⁷⁹.

Acceptant la reconnaissance en France de statuts étrangers dans leur globalité, le législateur se refuse alors à les transformer, les « assimiler »³⁸⁰. Notre règle de conflit tourne toujours autour de la même idée, offrir une certaine liberté aux particuliers dans le choix de leur statut et assurer le respect du choix qu'ils ont opéré à l'étranger. Il en découle, et c'est là l'inconvénient le plus visible de notre règle de conflit qu'une multitude de statuts différents cohabiteront sur notre territoire. La diversité de ces statuts sera d'autant plus importante que le législateur ne pose « aucun seuil qualitatif à l'accueil d'un partenariat étranger »³⁸¹. La notion de partenariat repose uniquement sur l'exigence d'une vie commune et d'un enregistrement, sans aucune considération pour les effets de cette vie commune. Seront alors soumis à l'article 515-7-1 du Code civil tous les statuts remplissant ces conditions, qu'ils prévoient des effets plus étendus ou plus restreints que notre PACS³⁸². Une *cohabitation légale* belge, accessible à un « couple » de frère et sœur, sera en France reconnue au même titre qu'un simili mariage comme un *civil partnership* de droit anglais. La seule limite aux choix des individus sera portée par l'exception d'ordre public. Il est alors incontestable que la règle de conflit de lois fait ici primer le respect des prévisions des parties quant à la nature de leur relation sur la cohérence de l'ordre juridique. De la même façon, soumettre la dissolution de l'union à la loi de sa création permet de préserver la nature de l'engagement pris. Enregistrer un partenariat qui peut être dissous par un simple courrier de l'un des partenaires n'est pas comparable à enregistrer un partenariat dont la dissolution ne peut être prononcée que par une autorité publique à la suite d'une procédure particulière. À cet égard, le maintien de la loi d'origine est louable bien qu'il risque d'entraîner une série de problèmes liés à la question de la compétence de l'autorité amenée à prononcer la dissolution de la relation. En effet, lorsqu'une loi étrangère prévoit que le partenariat ne peut prendre fin qu'à la suite d'une procédure judiciaire ou qu'après l'intervention d'une autorité publique particulière, l'application de cette loi en France nécessitera de donner compétence à une autorité française. Or l'absence de règle de compétence en la matière, et parfois l'absence d'équivalence entre nos autorités locales et l'autorité étrangère pousseront finalement le couple à demander la dissolution de leur

³⁷⁹ Amendement de Madame Boumediene-Thiery, Séance du 24 mars 2009 (compte rendu intégral des débats)

³⁸⁰ V. en comparaison la solution adoptée au Royaume-Uni. La section 212 du *Civil Partnership Act* de 2004 soumet les effets des partenariats enregistrés étrangers aux dispositions matérielles de droit anglais. Quelle que soit, alors, la nature du statut dans son État d'origine, il est assimilé à un *civil partnership*.

³⁸¹ P. Hammje, « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil », *préc.*

³⁸² *Ibid.*

partenariat à l'étranger. Il n'en demeure pas moins que la soumission des effets, mais aussi de la dissolution de la relation à la loi en vertu de laquelle les partenaires avaient conçu leur relation est nécessaire à l'objectif de respect de prévisions des partenaires.

225. La portée de cette disposition doit tout de même être relativisée. Ainsi que le soulignait le Professeur Hammje, « la généralité des termes de l'article 515-7-1 du Code civil qui vise "les effets" [du partenariat] sans précisions supplémentaires est [...] quelque peu trompeuse »³⁸³. En effet, cette nouvelle règle de conflit doit trouver sa place dans l'architecture générale du droit international privé. À ce titre, son domaine doit être coordonné avec celui d'autres règles de conflit existantes.

2. Les effets exclus de l'article 515-7-1

226. La circulaire de 2009³⁸⁴ rappelait déjà que cette règle de conflit ne s'appliquait pas aux aspects du partenariat qui font déjà l'objet de règles particulières, sans pour autant donner de liste exhaustive de ces effets. Dès lors, si le domaine de l'article 515-7-1 semble, *a priori*, très vaste, la nécessaire coordination entre les règles de conflit françaises risque de le vider d'une grande part de son contenu. La catégorie des effets du partenariat pourrait, alors, être aussi réduite que celle des effets de mariages, amputée des effets patrimoniaux du statut et d'une partie de ses effets extrapatrimoniaux les plus essentiels.

227. Pour les effets patrimoniaux du partenariat, ils sont, pour l'essentiel, régis par le règlement 2016/1104 du 24 juin 2016³⁸⁵. Selon ce texte, ces effets sont, depuis le 29 janvier 2019³⁸⁶, soumis à la loi choisie par les partenaires. Est concerné « 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

³⁸³*Ibid.*

³⁸⁴Circ. DACS 08-09, 26 mai 2009, JUS C 0911895C, relative à la présentation synthétique des principales dispositions de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (*BO Justice* 30 août 2009).

³⁸⁵Règlement UE 2016/1104 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

³⁸⁶Article 70.2 du règlement 2016/1104.

celui-ci »³⁸⁷. De ces règles, il faut soustraire celles relatives aux questions de successions et d'obligations alimentaires³⁸⁸.

En la matière, l'article 22 du texte retient le principe de l'autonomie de la volonté, autonomie encadrée par des exigences de proximité. Les partenaires pourront choisir entre plusieurs lois rattachées au couple : loi de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'un des partenaires ou celle en vertu de laquelle le partenariat a été enregistré. À défaut de choix, cette dernière loi sera objectivement applicable.

Le recours à l'autonomie de la volonté est, en la matière, louable. Le premier de ses avantages est qu'il instaure une forme de parallélisme entre les effets patrimoniaux du partenariat et le régime matrimonial auquel il s'apparente. Dans les deux types d'union, le couple pourra désormais choisir la loi applicable aux effets patrimoniaux de leur relation.

Le second avantage est que ce principe permet, bien mieux qu'un rattachement objectif, d'assurer une bonne circulation des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. C'est la critique la plus fréquemment adressée au rattachement à la loi de l'autorité. Notre rattachement, combiné à l'exclusion du renvoi, entraîne une rupture dans la continuité des partenariats enregistrés dans des pays ouvrant le choix de loi pour les partenaires en la matière. Ainsi, le couple qui enregistre son partenariat en Suisse peut, en vertu de la Loi de droit international privé de cet État³⁸⁹, choisir de soumettre les effets patrimoniaux de leur statut à la loi de leur domicile commun ou de la nationalité de l'un d'entre eux. Un couple français enregistrant son partenariat en Suisse peut ainsi choisir de soumettre les effets de leur relation à la loi française. En revanche, si ce couple choisit de s'installer en France, ces effets seront, jusqu'à la date d'application du règlement, régis par la loi suisse. Ici, les prévisions des partenaires sont ruinées, alors que le rattachement retenu par le règlement permet de prendre en compte ces prévisions.

228. En marge de ce règlement, deux séries de règles de conflit seront applicables aux aspects patrimoniaux des partenariats.

Il s'agit, en premier lieu, de celles issues du règlement 650/2012 du 24 juin 2012³⁹⁰. Selon sa règle générale³⁹¹, la loi objectivement applicable à la succession est celle de la

³⁸⁷ Article 3 du règlement 2016/1104.

³⁸⁸ Article 1 du règlement 2016/1104.

³⁸⁹ Selon l'article 52.II. 1.a de la Loi de droit international privé suisse auquel renvoie l'article 65a relatif aux partenariats enregistrés.

³⁹⁰ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

³⁹¹ Article 21 du règlement 650/2012.

dernière résidence habituelle du défunt. L'élément de rattachement retenu est différent de celui choisi pour les partenariats enregistrés. *A priori*, soumettre la succession d'un partenaire à la loi de sa résidence habituelle devrait présenter l'avantage de désigner systématiquement une loi qui autorise les partenariats. Un couple de partenaires, s'il veut pouvoir bénéficier des effets de son partenariat, s'installera dans un État permissif. Toutefois, cet élément de rattachement risque de ruiner les prévisions des partenaires dès lors qu'ils s'installeraient dans un autre État que celui dans lequel ils ont enregistré leur union. Cette disposition ne donnera compétence à la loi qui a présidé à l'enregistrement que dans la mesure où les partenaires maintiendraient leur résidence dans l'État où a eu lieu cet enregistrement. Dès que le couple se déplace, la loi applicable change. Or, si certains droits octroient des effets au partenariat en matière de succession, nombre d'entre eux ne le font pas. Il faut alors souligner que le choix de loi qui est offert aux partenaires ne sera pas, ici, d'un grand secours. La liberté de choix est, dans cette matière, très strictement encadrée et la seule loi que le particulier peut choisir pour régir sa succession est sa loi nationale. Un particulier ne pourrait, s'il devait quitter l'État de création de son statut, assurer la compétence de la loi de cet État qu'à la condition que ce soit son État de nationalité. De même si les partenaires ne sont pas ressortissants du même État, ils ne pourront désigner une loi identique pour leur succession respective.

229. Les obligations alimentaires découlant du partenariat seront elles aussi soumises à une règle de conflit particulière³⁹². Le règlement n° 4/2009 de 2008³⁹³ renvoie pour la désignation de la loi applicable en la matière au protocole de La Haye de 2017³⁹⁴. La question a été débattue de savoir si ces deux textes étaient applicables aux obligations alimentaires pouvant résulter d'un partenariat. De fait, les textes, bien que récents, restent silencieux sur la question. Lorsqu'ils définissent leur champ d'application matériel, leurs premiers articles visent les obligations « découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance ». Selon le rapport explicatif du protocole, « ce silence est voulu, pour éviter que le protocole ne se heurte aux oppositions fondamentales existant entre les États sur cette problématique »³⁹⁵. En effet, « certaines délégations avaient [...] proposé de préciser expressément dans le texte du protocole que cette disposition pouvait, à la

³⁹²Rapp. AN n° 1578, p.

³⁹³Règlement (CE) n° 4/2009 du conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

³⁹⁴Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires conclu le 23 novembre 2007.

³⁹⁵A. Bonomi, Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 nov. 2007, sur la loi applicable aux obligations alimentaires, sp. n. 31 [disponible à l'adresse : www.hcch.net/index_fr.php?act=publications.details&pid=4898].

discrétion des États, s'appliquer à ces institutions proches du mariage. Bien que cette proposition n'ait pas obtenu le consensus nécessaire, la Commission II de la Session diplomatique a admis que les États qui connaissent de telles institutions dans leurs ordres juridiques, ou qui sont prêts à les reconnaître, puissent les soumettre à la règle de l'article 5 [...], ce qui revient à admettre implicitement que le protocole peut leur être appliqué »³⁹⁶. Il en découle que le protocole, y compris sa disposition relative aux obligations liées au mariage, devrait être applicable aux obligations alimentaires découlant des partenariats enregistrés³⁹⁷. Cette disposition pourrait permettre aux partenaires de protéger l'intégrité de la relation qu'ils ont enregistrée. Alors que la règle générale de l'article 3 donne compétence à la loi de la résidence habituelle du créancier, l'article 5 prévoit une règle dérogatoire en cas de mariage entre le débiteur et le créancier de l'obligation. Lorsque l'un des époux s'oppose à l'application de la loi du créancier et que la loi d'un autre État présente un lien plus étroit que cette première loi, le juge saisi applique la seconde. En cas de partenariat, il pourrait, alors, retomber sur la loi de l'autorité d'enregistrement.

230. En marge des aspects patrimoniaux du partenariat, certains de leurs effets extrapatrimoniaux sont eux aussi soumis à leur propre règle de conflit.

Ainsi, les questions relatives à la filiation restent soumises à l'article 311-14 du Code civil³⁹⁸, et donc à la loi nationale de la mère au moment de la naissance. L'existence d'une éventuelle présomption de paternité dans le cadre du couple devra donc être recherchée dans la loi de la mère et non dans celle de l'autorité d'enregistrement. Il en sera de même pour les questions de responsabilité parentale³⁹⁹ ou d'adoption⁴⁰⁰ qui restent soumises à leur propre catégorie de rattachement. Il apparaît que la catégorie des effets du partenariat se retrouve alors dépouillée de certains des effets essentiels de la relation de couple.

231. La circulation des effets de la relation créée par l'enregistrement d'un partenariat à l'étranger sera alors relativement limitée. Il apparaît de plus que l'article 515-7-1 du Code civil peut aussi être critiqué au regard de la circulation de la validité de la relation.

³⁹⁶*Ibid.*, n. 92.

³⁹⁷A. Devers, « Le couple non marié », *préc.*, § 526-62.

³⁹⁸Rapp. AN no 1578, p. 18.

³⁹⁹A. Devers, « Le couple non marié », *préc.*, § 526-52.

⁴⁰⁰V. les propos de M^{me} Boumediene-Thiery devant le Sénat. Sur cette question, v. aussi G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, *préc.*, § 260 s. ; A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, *préc.*, § 407 s. considérant que « les questions de nature essentiellement patrimoniale [...] échappent à l'empire de la loi du concubinage, pour être rattachées aux catégories auxquelles elles correspondent le mieux ».

C. Appréciation de la règle de conflit

232. Notre règle de conflit se situe à la croisée des chemins entre différents mécanismes de droit international privé. Visant le même objectif que ces mécanismes, à savoir le respect des prévisions des parties, cette règle affiche de nombreuses similarités avec le principe de l'autonomie de la volonté comme avec les règles de reconnaissance (1). Il apparaît toutefois que, sans permettre systématiquement l'obtention du résultat visé, elle présente une lacune (2).

1. Les liens entre la règle de conflit et d'autres mécanismes de droit international privé

233. Relevant de la méthode conflictuelle, l'article 515-7-1 présente des liens apparents avec le principe de l'autonomie de la volonté et la méthode de la reconnaissance. Cette disposition, comme celles offrant un choix de loi aux parties, a pour objet la désignation d'une loi applicable à un rapport de droit, cette loi pouvant être la loi française comme une loi étrangère. Ces deux types de dispositions relèvent de la catégorie des règles de conflit bilatérales.

234. Relevant de la même logique méthodologique, les deux règles présentent un second point commun : l'importance qu'elles accordent à la volonté des parties. Selon le principe de l'autonomie de la volonté, l'auteur de la règle de conflit ne désigne pas lui-même la loi compétente pour régir une situation, mais laisse cette désignation entre les mains des parties. Dans cette hypothèse, la détermination de la loi applicable passe directement par le choix de loi, expression de la volonté des parties.

À première vue, notre article 515-7-1 n'offre pas cette liberté aux futurs partenaires. Selon cet article, la loi appliquée l'est en raison d'un rattachement par l'autorité d'enregistrement. L'élément de rattachement retenu en la matière est un rattachement objectif, au même titre que la nationalité, le domicile ou la résidence. Aucune prise en compte de la volonté des partenaires ne transparait dans les termes de cette disposition. Il existe toutefois une différence fondamentale entre les rattachements habituellement mis en œuvre en droit de la famille et l'autorité d'enregistrement : le poids que la volonté des parties aura sur la concrétisation du rattachement.

En effet, les parties n'ont que peu de prise sur leur nationalité. De même, s'ils sont maîtres du choix de leur domicile ou de leur résidence, la qualification de ces rattachements revient aux autorités étatiques qui se fonderont sur une série d'éléments de fait. Finalement, si les particuliers choisissent le lieu de leur domicile ou de leur résidence, ces éléments ne seront concrétisés que dans les situations où le choix a été fait dans une autre optique que la seule obtention d'une compétence, que ce soit celle d'une autorité ou d'une loi.

Le rattachement à l'autorité d'origine répond à une logique différente. Il dépend pour l'essentiel de l'action des parties, de la saisine de l'autorité. En d'autres termes, il dépend directement de leur volonté de bénéficier d'une compétence particulière. Il faut bien sûr garder à l'esprit que cette action, à elle seule, ne suffit pas à légitimer l'intervention de l'autorité saisie. Pour que cette autorité puisse agir, il faut qu'elle puisse se considérer compétente. Il apparaît alors que la seule limite posée à la volonté des parties ne se trouve pas dans la règle de conflit, mais dans les règles de compétence. Or deux constats s'imposent ici.

235. Certains États ne limitent pas géographiquement la compétence de leur autorité d'enregistrement des partenariats⁴⁰¹. Les couples peuvent enregistrer librement leur partenariat dans ces États sans qu'aucune exigence de proximité soit imposée. D'autres États n'imposent qu'une proximité très légère à la compétence de leur autorité. Ainsi, une résidence de quelques jours, la nationalité ou le domicile de l'un des partenaires peuvent suffire à justifier l'intervention de leur autorité. Il en résulte que concrètement tous les couples ont le choix entre plusieurs autorités.

⁴⁰¹C'est le cas notamment en France mais ça l'a été aussi en Allemagne.

Par exemple, le couple formé par un Suisse et un Belge résidant en Belgique pourra enregistrer un partenariat enregistré en Suisse⁴⁰², en Belgique⁴⁰³ ou en France⁴⁰⁴. Même un couple dont tous les éléments de rattachement se réaliseraient dans un État prohibitif pourrait bénéficier, au minimum, des compétences françaises.

Il apparaît alors, au regard des règles de conflit existant dans les différents États, que les partenaires ont le choix entre les lois de tous les États dont l'autorité pourrait se considérer compétente.

236. Le lien entre notre règle de conflit et le principe de l'autonomie de la volonté est dès lors évident : la volonté des parties a un poids déterminant dans la désignation de la loi applicable. La principale différence entre les deux étant que l'article 515-7-1 de code civil ne permet pas un choix direct de la loi compétente, mais un choix indirect par le biais du choix de l'autorité.

237. Le résultat concret de notre règle de conflit est, alors, qu'au stade de la formation du partenariat tous les couples peuvent bénéficier de la loi française s'ils le désirent, mais aussi qu'au stade de la reconnaissance des partenariats, l'ordre juridique français valide *a posteriori* le choix d'une loi étrangère.

238. Appliquée aux partenariats étrangers, notre règle de conflit présente aussi des liens avec la méthode de la reconnaissance. Toutes deux partagent le même objectif : favoriser la reconnaissance des partenariats étrangers. C'est, du reste, en raison de cet objectif qu'une partie de la doctrine avait proposé l'application de la méthode de la reconnaissance en la matière. C'est, aussi, la voie choisie par certains législateurs, comme en Suisse ou aux Pays-Bas.

Pourtant, le choix s'est porté, en France, comme en Belgique et en Allemagne, vers une règle de conflit applicable tant à la formation qu'à la circulation des partenariats. À première vue, notre règle de conflit révèle une certaine proximité avec la méthode de la reconnaissance. Cette méthode repose sur l'idée que l'État d'accueil s'aligne sur l'appréciation faite par l'État d'origine quant à la validité et les effets d'un rapport de droit. L'État d'accueil abandonne l'application de son propre système conflictuel pour reconnaître comme valable un rapport de droit en raison de sa validité aux yeux d'un autre

⁴⁰²En vertu de la nationalité suisse de l'un des partenaires selon l'article 43 de la Loi de droit international privé.

⁴⁰³En vertu de la résidence habituelle commune des partenaires selon l'article 59 du Code de droit international privé.

⁴⁰⁴Dans la mesure où la compétence des notaires français n'est pas encadrée géographiquement.

ordre juridique. La méthode de la reconnaissance procède d'un effacement de l'État d'accueil au profit du point de vue concret exprimé par l'État de création de la relation.

239. Notre règle de conflit semble, à première lecture, suivre un raisonnement assez similaire. En vertu du rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement, « on reconnaît la validité et les effets d'un partenariat célébré conformément aux dispositions de la loi de son État d'origine ». Dans les deux cas, les conceptions de cet État d'origine sont primordiales dans l'appréciation de la validité du rapport de droit.

240. Toutefois, la comparaison entre les deux méthodes trouve, ici, sa limite. L'article 515-7-1 du Code civil ne prévoit pas l'alignement de l'État d'accueil sur l'appréciation de l'État de création du partenariat. En effet, notre règle de conflit indique expressément en vertu de quelles dispositions matérielles l'ordre juridique français doit apprécier la validité du statut⁴⁰⁵. Cette vérification passe par l'application, par les autorités françaises saisies de la question de la reconnaissance, de la loi de l'autorité d'origine. Le raisonnement reste strictement conflictuel. Cela est d'autant plus vrai que notre règle désigne directement la loi matérielle applicable, excluant toute possibilité de renvoi à la loi désignée par les règles de conflit de l'État d'origine. Sous cet aspect, l'article 515-7-1 s'éloigne de la logique de la reconnaissance et le contrôle opéré par la France, qui relève de la logique purement conflictuelle, apparaît alors plus étroit que dans le cadre de la reconnaissance.

241. La question à laquelle les autorités françaises doivent répondre n'est pas : le partenariat peut-il être reconnu, mais : le partenariat répond-il aux conditions prévues par la loi compétente selon notre système conflictuel. Ainsi, « le for français d'accueil ne s'en remet pas pleinement à l'appréciation de l'État d'origine du partenariat »⁴⁰⁶. Il n'en demeure pas moins qu'appréciée à l'aune de l'objectif qu'elle vise, notre nouvelle règle de conflit présente alors une efficacité certaine. Le rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement permet, à la fois, de confirmer la validité des PACS conclus en France par des étrangers et de reconnaître la très grande majorité des partenariats enregistrés à l'étranger. Nous l'avons vu, les cas où un tel partenariat ne serait pas reconnu comme valide en France relèvent de l'exceptionnel. De plus, les effets qui lui seront accordés sont,

⁴⁰⁵P. Hammje, « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil », *préc.*

⁴⁰⁶P. Hammje, « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil », *préc.*

au moins pour partie, ceux prévus par sa loi d'origine. Ainsi, il est permis de dire que notre règle de conflit favorise la circulation des statuts étrangers.

242. Toutefois, l'article 515-7-1 présente le paradoxe d'être en même temps potentiellement moins efficace que la méthode de reconnaissance pour assurer la circulation du partenariat tout en permettant un contrôle moins strict des partenariats étrangers que celui auquel seraient parvenus l'autonomie de la volonté ou le principe de reconnaissance.

2. La lacune de notre règle de conflit

243. En effet, la circulation des statuts n'est réellement assurée que tant que le rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement restera l'élément le plus fréquemment mis en œuvre en la matière. Sur ce point, l'efficacité de notre règle de conflit repose, au moins en partie, sur le consensus que notre rattachement suscite entre les différents États permissifs. Or il ne faut pas oublier que la soumission du partenariat à la loi de l'autorité d'enregistrement découle d'une situation potentiellement amenée à évoluer. C'est parce que les partenariats enregistrés sont peu reconnus à travers le monde que les États, lorsqu'ils élaborent ce type de statut, en soumettent la conclusion comme les effets à la loi de l'autorité créatrice. Ceci dans le but de permettre au plus grand nombre d'en bénéficier. En corollaire, plus grand sera le nombre d'États permissifs, moins nécessaire sera ce rattachement. Dès lors, bien qu'il ne soit pas envisageable qu'à moyen terme tous les ordres juridiques soient pourvus d'une telle institution, il n'est pas impossible que la multiplication des législations permissives mène certains États à réévaluer l'utilité de ce rattachement. Ainsi, l'Italie, qui a récemment mis en place l'*unioni civili*, soumet, en premier lieu, l'enregistrement des unions à la loi nationale de chacun des partenaires⁴⁰⁷. D'autres États pourraient suivre cette voie et appliquer à la formation du couple des lois liées aux futurs partenaires et non la loi de l'autorité. La reconnaissance en France des partenariats enregistrés dans ces États pourrait être refusée, et ce d'autant plus que notre règle de conflit interdit tout recours au mécanisme du renvoi. Sur ce point, la méthode de la

⁴⁰⁷K. Trilha Schappo et M. Winkler, « Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistrés », *préc.*, § 26.

reconnaissance qui se départit de toute considération relative à la loi appliquée s'avérera alors plus efficace à assurer la circulation des relations de couple.

244. En revanche, et c'est une critique fondamentale qui doit être faite à notre règle de conflit, la méthode de la reconnaissance permettrait, paradoxalement, un meilleur contrôle du partenariat étranger lors de son accueil en France que les règles de conflit. En effet, tout à sa volonté de favoriser la circulation des partenariats enregistrés, le législateur français a abandonné toute exigence de proximité entre le partenariat enregistré et la loi appliquée à sa formation.

Il peut bien sûr être avancé que la mondialisation, portée par les évolutions technologiques, mène à l'obsolescence des « repères géographiques et temporels sur lesquels s'est construit le droit international privé »⁴⁰⁸. En conséquence, les rattachements ont été assouplis « pour mieux ménager le sentiment d'identité de l'immigré, pour mieux saisir une proximité de plus en plus fuyante à mesure que les distances rétrécissent »⁴⁰⁹. Il est tout aussi vrai que le droit international privé de la famille est « de plus en plus fondé sur l'efficacité [des règles] que sur des considérations de proximité »⁴¹⁰. Mais, il n'en demeure pas moins que les règles de droit international privé en la matière n'avaient pas jusqu'à présent totalement occulté le principe de proximité.

Or, il apparaît que l'article 515-7-1, bien qu'il prenne la forme d'une règle de conflit bilatérale classique « contredit »⁴¹¹ ce principe. Dans les faits, la règle se départit de toute considération de proximité en ce que le rattachement à l'autorité d'enregistrement ne traduit, en lui-même, aucune proximité réelle entre les partenaires et la loi qui leur est appliquée. Optant pour un élément de rattachement relatif au lien à créer entre les partenaires, le législateur abandonne, ici, le principe du rattachement à la personne. Aucun lien ne lie l'autorité aux partenaires, si ce n'est que ceux-ci lui demandent d'enregistrer leur relation de couple. Dès lors que l'unique lien qui unit l'autorité aux partenaires résulte de sa saisine par les partenaires, il est difficile d'y voir une quelconque proximité.

Il serait possible alors d'arguer que la proximité se constate, dans cette règle, à l'égard du couple, en tant que relation créée, et non à l'égard des personnes formant le couple. Mais l'argument ne saurait convaincre. Mis en œuvre au stade de la désignation de la loi applicable à la formation de la relation, il intervient à un moment où la relation n'existe pas

⁴⁰⁸H. Muir Watt, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *préc.*

⁴⁰⁹*Ibid.*

⁴¹⁰G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 25.

⁴¹¹*Ibid.*, § 25.

encore. Si l'autorité d'enregistrement présente une certaine proximité avec le partenariat qu'elle a créé, c'est justement parce qu'elle l'a créée. Ainsi, le principe de proximité peut justifier la soumission des effets du partenariat à la loi de ladite autorité. Toutefois cette proximité ne se concrétise qu'au moment de la création du statut. En amont, tout ce qui lie l'autorité au partenariat, qui n'est à ce stade qu'un projet en cours de réalisation, est la volonté des partenaires de la saisir. Or, nous l'avons vu, cette saisine n'est pas nécessairement encadrée par des considérations de proximité.

245. De cet abandon du principe de proximité résultent deux conséquences. Si notre règle de conflit ne contrôle pas l'existence de liens suffisamment étroits lorsqu'elle désigne la loi française, elle ne le fait pas plus lorsqu'elle désigne une loi étrangère. Notre règle de conflit ne vérifie plus la proximité existante entre le statut qu'elle doit reconnaître et la loi qui lui a été appliquée. Sur ce point, elle s'en remet aux éléments de rattachement retenus par l'ordre juridique d'origine et, dès lors, à son appréciation de la proximité. Or, portée par la même volonté expansionniste que le législateur français, la grande majorité des États applique des règles de conflit identiques ou similaires à la nôtre. Le principe de proximité n'est pas plus mis en œuvre, au stade de la désignation de la loi applicable, à l'étranger qu'en France. Celui-ci pourrait alors ressurgir au niveau de la compétence. En effet, certains États choisissent de limiter la compétence de leurs autorités aux couples présentant un minimum de liens avec leur ordre juridique⁴¹² et l'exigence de proximité, évincée au stade du choix de loi, réapparaît lors du choix de l'autorité compétente.

246. Toutefois, tous les États ne limitent pas la compétence de leurs organes en la matière, mais surtout, notre règle de conflit n'a aucune vocation à contrôler la compétence d'une autorité étrangère. Là encore, le contrôle de la proximité existant entre le statut et son ordre juridique de création est laissé à l'appréciation de l'ordre juridique d'origine.

247. Il apparaît alors que la France admet que des partenaires, qui peuvent être étroitement intégrés à l'ordre juridique français, puissent chercher une compétence étrangère leur permettant de bénéficier de la loi qui leur convient le mieux. En définitive, elle autorise les partenaires à se déplacer pour éviter le droit français et se soumettre à une loi étrangère, avant de revenir demander la reconnaissance de leur statut étranger. Derrière

⁴¹²G. P. Romano, « La bilatéralité éclipse par l'autorité », *RCDIP*, 2006, p. 457, § 8.

le risque de *forum shopping* apparaît celui de la fraude. Risque d'autant plus important que les États ouvrent très largement la compétence de leurs autorités.

248. Face à ce risque, le législateur italien a prévu deux règles de conflits différentes en matière d'effets du partenariat⁴¹³. Le choix de la règle applicable se fera au regard des liens que le couple entretient objectivement avec l'ordre juridique italien. Ainsi, si les deux partenaires sont italiens et résident habituellement en Italie, alors le partenariat aura, quel que soit son lieu d'enregistrement, les effets prévus par le droit italien. En revanche, si le partenariat ne présente pas une telle intégration à l'Italie, ses effets seront soumis à la loi de son autorité d'enregistrement. Ce faisant, le droit italien cherche à protéger l'impérativité de son droit matériel.

249. Le législateur français n'a, quant à lui, prévu aucune limite équivalente à la liberté des partenaires, et ceux-ci ont désormais toute latitude dans le choix de leur statut. Il n'est pourtant pas sûr que la volonté du législateur ait été de leur offrir une telle autonomie. Alors qu'une partie de la doctrine proposait un rattachement à l'autonomie de la volonté en matière de partenariat enregistré, le législateur a opté pour un rattachement objectif. Il n'a, dès lors, pas cherché à offrir aux partenaires le choix de la loi applicable à leur rapport de droit.

Pourtant, c'est bien le résultat auquel parvient la règle de conflit actuelle : les partenaires peuvent choisir un statut de droit étranger et en demander la reconnaissance dans l'ordre juridique français, sans qu'aucun contrôle de proximité ne soit opéré au stade de sa reconnaissance. Il apparaît alors que la règle de conflit posée à l'article 515-7-1 laisse, paradoxalement, plus de liberté aux partenaires que le principe de l'autonomie tel qu'il est mis en œuvre en matière familiale⁴¹⁴.

Section II - Le respect *a priori* des prévisions des parties : le choix de loi pour les effets de la relation de couple

250. En parallèle de cette évolution du droit international privé interne, le droit international privé européen de la famille est marqué, depuis une dizaine d'années par

⁴¹³K. Trilha Schappo et M. Winkler, « Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistrés », *préc.*, § 33.

⁴¹⁴V. infra les limites qui encadrent la liberté de choix de loi dans les règlements applicables à la matière familiale, § 264 s.

l'apparition de l'autonomie de la volonté. Tous les règlements applicables aux relations de couple offrent désormais la possibilité aux particuliers de choisir la loi applicable à l'un des aspects de leur relation. L'*optio juris* est aujourd'hui possible tant en matière de régime matrimonial et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés qu'en matière de divorce, de succession et d'obligations alimentaires. Le principe de l'autonomie de la volonté se voit aujourd'hui accorder une telle ampleur qu'il a pu être qualifié de principe de base du droit international privé⁴¹⁵.

251. Cette pénétration de la liberté de choix de loi dans le domaine du statut personnel « traditionnellement empreint de souveraineté » s'accompagne d'une évolution de sa définition. Perçue à l'origine comme le « pouvoir des parties de choisir la loi compétente en matière de contrats »⁴¹⁶, elle devient, en matière familiale, une « faculté offerte aux individus de localiser un rapport de droit privé transfrontière en le rattachant à un ordre juridique proche par le choix de la loi qui y est applicable »⁴¹⁷. Il ne s'agit plus d'offrir aux particuliers la « liberté absolue »⁴¹⁸ de choisir n'importe quelle loi à leur rapport de droit, mais la possibilité de consentir à obéir⁴¹⁹ à l'une des lois en lien avec leur relation de famille. En effet, tant les justifications de cette pénétration de l'autonomie de la volonté que les limites qui sont posées au choix de loi indiquent que ce choix est en réalité un choix de soumission à un ordre juridique (§I). Il n'en demeure pas moins que cette nouvelle liberté « ébranle quelque peu l'autorité du droit »⁴²⁰ dans un univers juridique qui accorde de plus en plus d'importance à la notion de « respect des attentes légitimes des parties »⁴²¹ (§ II).

§ I - Le choix de loi : le choix dans la soumission

⁴¹⁵Résolution de l'institut de droit international de 1991 au sujet de l'autonomie de la volonté, basée sur le rapport du professeur Erik Jayme, cité par C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismisme », *RCADI*, 2013, t. 359, p. 285, sp. 332, § 34.

⁴¹⁶J.P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, t. 16, p. 1, sp. 5.

⁴¹⁷A. Panet, « Le statut personnel en droit international privé européen », *RCDIP*, 2015, p. 837.

⁴¹⁸P. Kinsch, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 375, sp. 385.

⁴¹⁹H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956 et rééd., Dalloz, 2002, sp. 66, § 28.

⁴²⁰H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *préc.*, sp. 269.

⁴²¹M.-L. Niboyet, « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 629, sp. 271, § 4.

252. La nature des matières dans lesquelles les règlements ont vocation à s'appliquer donne une texture toute particulière à l'autonomie de la volonté. En effet, le droit de la famille, et notamment le droit du couple, touche tout autant à l'essence même de la culture et des traditions de la société dont il est issu qu'à l'intimité des couples qui y sont soumis. Ainsi, le choix de loi marque, en matière de couple, une réelle adhésion de l'individu à certaines valeurs pour ce qui le touche dans son intimité la plus profonde (A). Mais surtout, et c'est le plus flagrant à la lecture des règlements, le choix de loi est, ici, bien plus encadré qu'en matière contractuelle ou délictuelle (B).

A. Un choix d'adhésion

253. Si tous les règlements européens applicables à la question du couple offrent désormais la possibilité aux parties de choisir la loi applicable à leur rapport de droit, il apparaît que les raisons d'être de la *professio juris* en matière familiale ne sont pas de la même nature que celles qui les justifient en matière contractuelle⁴²². Alors que l'autonomie de la volonté est traditionnellement expliquée, pour les contrats, par « les besoins du commerce international », elle a essentiellement pour objet, en matière de couple, de « permettre aux intéressés de résoudre eux-mêmes un conflit auquel ils se trouvent spontanément soumis, et dans lequel aucune loi ne jouit *a priori* d'un titre à s'appliquer supérieur à l'autre »⁴²³. Le choix de loi se voit alors reconnaître une « fonction de dépannage »⁴²⁴ face à « l'inadaptation du système traditionnel de conflit à certaines données de la vie internationale contemporaine »⁴²⁵(1). Limité à une option entre des lois désignées par les règlements, le choix de loi marque ainsi l'intégration des parties à une communauté de valeurs portées par des ordres juridiques proches de leur rapport de droit (2).

⁴²²B. Bourdelois, « Relations familiales internationales et *professio juris* », *préc.*, sp 147 ; V. aussi en ce sens C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *préc.*

⁴²³B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, 7e éd., sp. 199, § 211.

⁴²⁴Selon l'expression utilisée par P. Kinsch, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen », in (dir.) A. Panet, H. Fulchiron, P. Wautélet, *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 1ere éd. 2017, p. 13.

⁴²⁵P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *RCDIP*, 1992, p. 425.

1. L'inadaptation des éléments de rattachement traditionnellement mis en œuvre en matière de couple

254. Les éléments de rattachement que sont le domicile, la nationalité, ainsi que la résidence habituelle, ont pu être pertinents dans le cadre d'une migration qui n'est plus celle d'aujourd'hui. Après les vagues de migrations qui répondaient à un schéma d'immigration et d'émigration⁴²⁶, le monde assiste, depuis la fin du XXe siècle, à l'émergence d'une autre forme de migration : une « migration pendulaire »⁴²⁷ résultant de séjours ponctuels et d'allers-retours fréquents entre l'État d'accueil et l'État d'origine. Une partie de la population mondiale est aujourd'hui une population « nomadisée »⁴²⁸ se déplaçant d'un État à un autre, et donc d'un ordre juridique à un autre, et ne s'installant que temporairement.

255. Plusieurs éléments ont concouru à cette évolution de la migration.

Au niveau de l'Union européenne, la liberté de circulation a entraîné la suppression de tous les obstacles juridiques qui pourraient entraver son exercice. Les citoyens de l'Union, ainsi que les membres de leur famille, ont un accès quasi illimité à l'ensemble des territoires des États membres. Les conséquences de cette liberté se constatent en France dans la mesure où, en 2014, plus de 36 pour cent des immigrés résidant sur le territoire étaient originaires d'un État européen⁴²⁹.

Plus globalement, les nouvelles technologies ont permis une expansion importante du phénomène migratoire. Les déplacements sont désormais plus faciles, plus sûrs et beaucoup moins onéreux. Au nombre des migrants cherchant à fuir une pauvreté endémique, des conflits armés ou des catastrophes naturelles, s'ajoute désormais une multitude de « migrations individuelles »⁴³⁰ pour motifs personnels. Le nombre de migrants dans le monde a explosé pour passer de 77 millions en 1965 à 175 millions en 2000⁴³¹. Ils représentaient 2,8 pour cent de la population mondiale en 2005⁴³². Le profil des migrants a

⁴²⁶A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp. 36, § 16.

⁴²⁷<http://www.histoire-immigration.fr/questions-contemporaines/les-migrations/la-mondialisation-accelere-t-elle-les-migrations> .

⁴²⁸Reprenant ici l'idée de nomadisme postmoderne utilisée par C. Kohler (« L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *préc.*, sp. 404, § 86).

⁴²⁹<http://www.vie-publique.fr/france-donnees-cles/immigration/qui-sont-immigres-france.html> .

⁴³⁰A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp. 31, § 13.

⁴³¹<http://www.histoire-immigration.fr/questions-contemporaines/les-migrations/la-mondialisation-accelere-t-elle-les-migrations> .

⁴³²<http://www.histoire-immigration.fr/questions-contemporaines/les-migrations/la-mondialisation-accelere-t-elle-les-migrations> .

lui aussi beaucoup évolué. Les candidats à l'émigration sont, aujourd'hui, majoritairement des urbains, scolarisés et la proportion de femmes est croissante⁴³³.

256. Les flux de populations sont permanents dans un sens comme dans l'autre et le terme de migration, de nos jours, recouvre plusieurs réalités, de celle du réfugié, politique ou climatique, qui fuit son État d'origine à celle de l'étudiant ou du jeune travailleur qui quitte son pays pour profiter, durant quelques années, des avantages d'un État d'accueil. L'impact de la distance géographique, à l'ère d'internet, n'est plus le même sur le sentiment d'appartenance à une communauté. Les migrants ne perdent plus le contact avec leur pays d'origine. Désormais, « l'individu tend à organiser sa vie familiale, sociale et professionnelle dans une dimension dépassant le cadre d'une seule société ou culture »⁴³⁴. Migrer ne signifie plus nécessairement rompre des liens, mais ajouter des liens à ceux déjà existants. Loin est l'époque où le départ de son pays d'origine équivalait à une rupture. Il est désormais fréquent qu'un même individu se sente effectivement intégré à plusieurs communautés sociales, culturelles et économiques⁴³⁵.

257. Cette évolution de la migration influe nécessairement sur le droit international privé de la famille. En premier lieu, l'explosion du nombre de migrants implique la multiplication des familles présentant un élément d'extranéité. Les règles du droit international privé de la famille ont alors vocation à s'appliquer de plus en plus fréquemment. Ce droit est désormais un droit de masse. En second lieu, la nature protéiforme de la migration contemporaine nécessite un réajustement des rattachements habituellement mis en œuvre. Ni le rattachement à la nationalité ni le rattachement au domicile ou à la résidence ne permettent aujourd'hui de garantir que l'individu sera soumis à la loi d'un État avec lequel il entretient réellement des liens étroits. Nombre d'enfants naissent, sur un territoire, de parents étrangers qui leur transmettent leur nationalité et certains d'entre eux ne mettront jamais les pieds dans le pays de leurs parents. De la même façon, la personne qui a quitté depuis plusieurs décennies son État d'origine ne se sentira plus nécessairement liée à lui. Si le rattachement à la nationalité assure une réelle permanence de la loi applicable, il risque d'être fréquemment dépourvu de tout réalisme et de désigner une loi qui n'a plus de lien avec l'individu.

⁴³³<http://www.histoire-immigration.fr/questions-contemporaines/les-migrations/y-t-il-de-nouvelles-formes-de-migrations-1>.

⁴³⁴A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp.31, § 13.

⁴³⁵*Ibid.*

À l'inverse, si les rattachements territoriaux offrent plus de souplesse, ils ne permettent pas d'assurer l'existence d'un lien réel entre l'individu et l'État dans lequel il vit. En effet « l'intégration sociologique exige deux, voire trois générations » et « une résidence de quelques années [...] ne saurait exprimer, sauf exception, un ancrage culturel dans le pays d'accueil »⁴³⁶.

258. S'ils ne permettent plus de concrétiser systématiquement l'existence d'un lien effectif entre l'individu et l'État, la mise en œuvre de ces rattachements peut, en outre, s'avérer problématique. Le rattachement à la nationalité pose des difficultés dans les cas, de plus en plus fréquents, de plurinationalité d'une personne, ou de différence de nationalité entre les membres d'une même famille⁴³⁷. La résidence habituelle n'est, elle non plus, pas exempte de critiques. La notion de résidence habituelle n'est définie par aucun texte et présente un caractère fonctionnel. Appréciée différemment selon la matière concernée, elle ne permet pas d'assurer l'application d'une seule et même loi à l'ensemble des relations de famille. Surtout, appliqué à une population de plus en plus mouvante, ce rattachement implique des changements fréquents de la loi applicable à la même relation. Enfin, comme pour la nationalité, une même personne peut avoir deux résidences ou les deux membres du couple peuvent avoir des résidences différentes.

259. L'autonomie de la volonté peut alors permettre de pallier les insuffisances de la nationalité et de la résidence habituelle. C'est d'ailleurs, à l'origine, « lorsque la règle de conflit [était] inopérante ou fondée sur un rattachement éloigné »⁴³⁸ du rapport de droit que l'autonomie de la volonté a fait ses premières apparitions dans le cadre des rapports familiaux⁴³⁹. L'argument premier de l'autonomie de la volonté en matière de statut personnel est alors l'inadéquation des éléments de rattachement que l'on connaissait jusqu'à présent⁴⁴⁰. C'est d'abord une « fonction de dépannage »⁴⁴¹ qui est reconnue à ce choix de loi, il s'agit pour les parties de choisir, entre les rattachements que les États n'arrivent plus à départager, celui qui leur convient le plus. L'autonomie de la volonté permet donc ici aux individus de trancher là où le législateur ne le peut ou ne le veut pas,

⁴³⁶B. Bourdelois, « Relations familiales internationales et *profession juris* », *préc.*, sp. 139.

⁴³⁷H. Gaudemet-Tallon, « Individualisme et mondialisation : aspects de droit international privé de la famille », *préc.*, p. 181, sp. 182.

⁴³⁸P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté », *préc.*.

⁴³⁹*Ibid.*

⁴⁴⁰C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatsisme », *préc.*

⁴⁴¹P. Kinsch, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen », *préc.*

c'est-à-dire entre deux éléments de rattachement qui doivent marquer l'appartenance à une communauté.

260. Il est, au demeurant, incontestable que cette « pénétration » de l'autonomie est, en quelque sorte, « autorisée » par l'évolution interne des droits de la famille dans les États européens. Sans que le principe d'indisponibilité du droit de la famille n'ait été complètement abandonné, les réformes successives, menant à « la diversification des statuts personnels et des institutions sociales et juridiques de la famille »⁴⁴², permettent d'« envisager aussi le statut personnel comme un aspect de la sphère privée des individus ; et par là, à tenir un plus grand compte de leur volonté »⁴⁴³. Relevant de la plus stricte intimité du couple, le choix de loi sera, au regard de la nature des dispositions concernées, un choix d'appartenance à un ensemble de valeurs.

2. La marque d'une intégration à une communauté étatique

261. Ici, le choix n'est pas uniquement le choix d'un contenu législatif favorable à un projet, mais aussi un choix d'identité. Si le divorce peut être considéré, selon Batiffol, comme « le terme des effets du mariage », choisir la loi qui lui est applicable revient à choisir, d'une certaine façon, la nature et la force de l'engagement pris lors du mariage. Il en est de même dans le choix du régime matrimonial ou des obligations alimentaires. Tous ces choix, bien qu'ils ne touchent pas directement le statut d'époux et qu'ils ne fassent pas juridiquement partie des effets du mariage, influent sur la nature des engagements pris par chacun des époux envers l'autre. De la même façon, choisir une loi, en matière de succession, selon qu'elle est plus ou moins protectrice du conjoint survivant reflète une certaine conception de ses obligations à l'égard de son conjoint, même après sa mort. En réalité, le choix, *ex ante*, de la loi applicable aux effets ou à la dissolution de la relation de famille découle de la vision que l'on a de la famille en elle-même.

⁴⁴²C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *préc.*, sp. 82.

⁴⁴³B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé, préc.*, § 151.

262. Or la famille, « dépositaire d'identité culturelle »⁴⁴⁴, incarne « le point d'ancrage du sentiment d'appartenance dans une société globale dépersonnalisée et atomisée »⁴⁴⁵. Le droit de la famille et les institutions qu'il prévoit sont le reflet des valeurs et de la morale d'une société étatique. Même le vent de libéralisme qui traverse, aujourd'hui, le droit de la famille des États européens est un indicateur des valeurs irriguant ces sociétés. Le choix de loi en cette matière est alors un choix d'adhésion à un ensemble de valeurs relevant d'une communauté, et donc un choix d'appartenance à ladite communauté, un choix d'identité. La liberté de choix permet, en cela, une réelle « conciliation entre les exigences d'une politique d'intégration et la nécessité de tenir compte des particularismes lorsque les personnes d'origine étrangère préfèrent demeurer régies par leur statut d'origine »⁴⁴⁶.

263. Il est, sur ce point, notable que le choix ne puisse porter que sur une norme d'origine étatique. Les individus appartiennent tous à une pluralité de communautés à différents échelons, communauté nationale, ethnique, religieuse. L'identité de chacun est façonnée par cette multiplicité d'appartenances et, par là, se réalise la spécificité de chacune de nos identités. Il aurait pu paraître justifié que pour les rapports de familles, qui sont des rapports touchant à l'intimité de chacun, bien plus qu'en matière contractuelle, il soit possible de se soumettre à des normes traditionnelles ou religieuses. C'est bien en matière de famille que la volonté d'adhérer à des statuts issus de normes religieuses ou coutumières aurait été la plus légitime. Pourtant, dans aucun des règlements actuels, il n'est possible de choisir une loi qui ne soit pas d'origine étatique. On le voit bien ici, le choix des parties est, en premier lieu, un choix de soumission aux statuts prévus par un ordre juridique étatique entretenant des liens suffisamment étroits avec le rapport de droit. Le choix a ainsi vocation à marquer l'appartenance du couple à une communauté étatique, à une époque où les éléments de rattachement traditionnellement retenus ne suffisent plus, au regard de l'évolution de la mobilité des personnes, à caractériser cette appartenance.

B. Un choix encadré

⁴⁴⁴H. Muir Watt, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *préc.*

⁴⁴⁵*Ibid.*

⁴⁴⁶A. Panet, « Le statut personnel en droit international privé européen », *préc.*, qui reprend l'idée exprimée par P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté », *préc.*

264. Dans la mesure où les raisons d'être de l'autonomie de la volonté en matière familiale ne sont pas les mêmes qu'en matière contractuelle⁴⁴⁷, l'encadrement qu'elle connaît est bien plus strict lorsqu'il s'agit d'offrir aux personnes le choix d'une loi pour régir leur rapport de famille⁴⁴⁸. L'autonomie de la volonté met, en effet, en lumière une « opposition entre la loi et la liberté »⁴⁴⁹. L'étendue de la liberté accordée résulte alors d'un équilibre précis entre « l'autorité de la loi »⁴⁵⁰ et le « respect de l'accord des parties »⁴⁵¹, équilibre qui varie selon la nature des dispositions en cause. Ainsi, si les parties se voient reconnaître, en matière contractuelle, une très large liberté en ce qu'ils peuvent choisir n'importe quelle loi, dès lors que le choix de loi porte sur une question touchant au droit de la famille, leur liberté est nécessairement encadrée par des considérations de proximité (1). De la même façon, ils restent dans l'obligation de respecter la cohérence des lois mises en cause dans leur litige (2).

1. L'encadrement résultant des exigences de proximité

265. Inexistantes dans les règlements européens Rome I⁴⁵² et Rome II⁴⁵³, les considérations de proximité encadrent plus ou moins strictement le choix qui est offert aux particuliers dans les règlements touchant le droit du couple. Ceux-ci ne peuvent choisir qu'une loi qui présente des liens objectifs avec leur rapport de droit (a). Il apparaît, de plus, que cette exigence de proximité vide de sens tout choix de loi lorsque tous les éléments du rapport de droit se réalisent dans un seul et même État. Le choix de loi ne permet pas aux personnes d'éviter l'application de la seule loi qui aurait vocation à régir leur relation (b).

a) La proximité dans le choix de la loi

⁴⁴⁷B. Bourdelois, « Relations familiales internationales et *professio juris* », *préc.*, sp. 147.

⁴⁴⁸A. Panet, « Le statut personnel en droit international privé européen », *préc.*

⁴⁴⁹C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *préc.*, sp. 299, § 1.

⁴⁵⁰H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *préc.*, sp. 89.

⁴⁵¹*Ibid.*

⁴⁵²Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

⁴⁵³Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

266. Non content d'imposer l'existence d'une certaine proximité entre la personne et la loi choisie, le législateur européen indique, pour chaque matière, la nature des liens nécessaires à la désignation de ladite loi. Il garde ainsi, même dans le cadre de l'autonomie de la volonté, la main mise sur la définition de la proximité justifiant l'application d'une loi à un rapport de famille. La liberté des parties est alors limitée à un double titre. En premier lieu, ils ne peuvent choisir une loi qui ne présente aucun lien avec leur rapport de droit et, en second lieu, ils ne peuvent choisir n'importe quelle loi présentant un lien avec leur rapport de droit.

267. Toutefois, une fois fait le constat que tous les règlements applicables à la matière familiale encadrent l'autonomie de la volonté par des considérations de proximité, il faut bien admettre qu'il n'existe pas de modèle type de cet encadrement. Selon les textes, l'encadrement par la proximité se fera plus ou moins étroit.

268. En matière de succession, l'exigence de proximité encadre très étroitement la liberté de choix reconnue au *de cuius*. Dans ce texte, au rebours des autres règlements applicables en matière familiale, l'autonomie de la volonté n'est pas la règle principale, elle n'est que secondaire, placée dans le texte à la suite de la règle de conflit « générale ». Cette règle de conflit « générale »⁴⁵⁴ prévoit l'application de la loi de la résidence habituelle, ou exceptionnellement d'une autre loi si celle-ci présente des liens manifestement plus étroits avec le défunt⁴⁵⁵.

L'article 22 du règlement offre, quant à lui, la possibilité aux personnes de choisir la loi de l'État dont elles ont la nationalité au moment du choix ou au moment de leur décès. Il apparaît que les particuliers n'ont qu'un choix très limité. Ils ne peuvent choisir que leur loi nationale⁴⁵⁶ sans possibilité d'opter pour la loi de leur résidence habituelle. Ce refus d'autoriser le choix de loi en faveur de la loi de la résidence a été justifié par le danger que cette liberté présenterait pour les héritiers réservataires. Un tel choix permettrait, en effet, au *de cuius* résidant, à un moment de sa vie, dans un État ignorant la réserve de choisir la loi de cet État pour régir sa succession⁴⁵⁷. Toutefois, Madame Panet mettait en lumière les

⁴⁵⁴Article 21 du règlement.

⁴⁵⁵Étant entendu que la clause d'exception ne devrait pas être mise en œuvre au motif que la détermination de la résidence habituelle s'avérerait complexe (considérant 25 du règlement).

⁴⁵⁶Il faut noter toutefois qu'en cas de plurinationalité, le *de cuius* peut choisir de soumettre sa succession à la loi de tout État dont il possède la nationalité au moment du choix de loi ou au moment de son décès.

⁴⁵⁷P. Lagarde, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, 2012, p. 691, § 31.

inconvenients d'un tel refus dans sa thèse⁴⁵⁸. En effet « interdire au *de cuius* de choisir la loi de sa résidence habituelle à un moment donné entraîne un anéantissement du mécanisme réservataire de l'État où une situation de statut personnel a été constituée »⁴⁵⁹, dès lors que le *de cuius* change de résidence habituelle pour s'installer dans un État qui ne prévoit pas de réserve pour ce type de statut. L'auteur donnait alors l'exemple d'un couple de partenaires franco-allemand ayant enregistré, en Allemagne, un *eingetragene Lebenspartnerschaft* en vertu duquel chacun des partenaires est héritier réservataire de son compagnon. Si le couple s'installe en France et que le partenaire français décède dans cet État, le partenaire allemand verra sa qualité d'héritier réservataire méconnue. En effet, le partenaire français n'ayant pas la possibilité de désigner la loi allemande, qui n'est pas sa loi nationale, pour régir sa succession, la loi française sera applicable au titre de loi de la dernière résidence habituelle. Celle-ci n'accordant aucune vocation successorale *ab intestat* dans le cas du partenariat, le partenaire allemand ne pourra pas être considéré comme héritier réservataire. D'autres auteurs ont pu, de la même façon, regretter l'absence de possibilité de choix en faveur de la loi de la résidence habituelle du *de cuius* en ce qu'elle interdit aux individus résidant dans un État dont ils ne sont pas ressortissants d'organiser à l'avance leur succession en vertu de cette loi⁴⁶⁰.

269. Il apparaît alors, au regard de l'encadrement très étroit du choix de loi, que le *de cuius* n'a pas, ici, la possibilité de départager plusieurs éléments de rattachement. Accorder une telle possibilité supposerait qu'il puisse désigner, au choix, sa loi nationale ou la loi de sa résidence habituelle et, ainsi, assurer dans le temps l'application de l'une d'entre elles. Limiter le choix de loi à la seule loi nationale du *de cuius* confère un seul effet d'éviction de la loi objectivement applicable à ce choix. En soumettant sa succession à sa loi nationale, le *de cuius* écarte la loi de sa dernière résidence, applicable selon la règle « générale ». En réalité, le choix n'est pas ici un choix entre plusieurs éléments de rattachement, mais un choix entre la prévisibilité et l'imprévisibilité, entre une loi dont l'application est certaine et une autre qui, nécessairement, évoluerait en cas de déplacement.

⁴⁵⁸A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 514, § 1351.

⁴⁵⁹*Ibid.*

⁴⁶⁰A. Bonomi, « Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen ? », *TCFDIP*, 2008-2010, p. 263., sp. 266 s. ; Voir également C. NOURISSAT, « Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne. À propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009 », *Defrénois*, 2010, p. 394.

270. En matière de divorce et de régime matrimonial en revanche, les époux se voient reconnaître une liberté de choix bien plus importante. En premier lieu, l'architecture des textes fait de l'autonomie de la volonté le rattachement de principe alors que la règle de conflit objective ne fait plus figure que de règle subsidiaire. En second lieu, le panel de lois accessibles aux époux est bien plus large qu'en matière de succession.

L'article 5 du règlement Rome III offre la possibilité aux époux de choisir entre la loi de leur résidence habituelle commune, la loi de leur dernière résidence habituelle commune (sans qu'aucune condition de temporalité ne soit exigée), la loi nationale des époux et la *lex fori*. Selon les circonstances de l'espèce, ils peuvent ainsi choisir jusqu'à quatre lois différentes⁴⁶¹. Il apparaît immédiatement que les liens de proximité retenus dans cet article 5 sont très similaires aux éléments de rattachement mis en œuvre par la règle de conflit objective.

Cette règle, posée par l'article 8, prévoit qu'est applicable la loi de la résidence habituelle commune des époux, à défaut, la loi de leur dernière résidence habituelle commune si cette résidence n'a pas pris fin plus d'un an avant la saisine du juge et que l'un des époux y réside encore, ou à défaut, la loi nationale commune des époux, ou encore à défaut, la *lex fori*.

271. La situation est la même en matière de régime matrimonial. Les époux peuvent désigner, au choix, la loi nationale ou la loi de la résidence habituelle de l'un d'entre eux⁴⁶². Encore une fois, la proximité est entendue de manière similaire dans la règle de conflit objective et la règle de conflit subjective. En l'absence de choix, le juge appliquera, en premier lieu, la loi de la première résidence habituelle commune des époux ou, à défaut, la loi de leur nationalité commune. Si aucun de ces éléments ne se concrétise, le juge recherchera la loi qui présente les liens les plus étroits⁴⁶³.

272. Plusieurs remarques peuvent être faites au regard de la similarité existant entre les règles de conflit objectives et subjectives dans ces deux textes. En premier lieu, le choix de loi peut permettre aux époux de confirmer l'application de la loi qui aurait été appliquée en l'absence de choix, qu'il s'agisse de la loi de leur résidence habituelle commune ou de leur

⁴⁶¹Si les deux époux sont de nationalité différente, ont leur résidence ou dernière résidence habituelle commune dans un État dont aucun n'est ressortissant et que l'État compétent pour prononcer leur divorce ne l'est ni en vertu de la nationalité de l'un d'eux, ni en vertu de leur résidence habituelle commune ou dernière résidence habituelle commune.

⁴⁶²Article 22 du règlement.

⁴⁶³Article 26 du règlement.

nationalité commune⁴⁶⁴. Le choix de loi n'aura, ainsi, pas nécessairement un effet d'éviction, mais peut avoir un effet de confirmation de la loi qui aurait été applicable en l'absence de choix.

En second lieu, les époux sont limités dans leur choix de loi par les mêmes éléments de rattachement que ceux retenus par les règles de conflit objectives. Il serait toutefois erroné de déduire de cette similarité que les époux ne peuvent choisir qu'une des lois désignées par les règles de conflit objectives. En effet, si les éléments de rattachement sont proches dans les deux types de règles de conflit, ils ne sont pas identiques. Les règles de conflit objectives imposent que la résidence habituelle ou la nationalité soit commune alors que les époux peuvent choisir la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité d'un seul d'entre eux. Ainsi, si la résidence habituelle ou la nationalité d'un seul des époux ne caractérise pas l'existence d'une proximité suffisante à justifier la désignation objective d'une loi, l'expression de la volonté des époux permet de renforcer la légitimité de ces rattachements liés à l'un seul des époux.

En outre, les éléments de rattachement ne sont pas appréciés au même moment dans les deux situations. Ils sont dans un cas appréciés à la date de la saisine de la juridiction compétente et dans l'autre à la date du choix de loi. Or, la clause peut être conclue à un moment bien antérieur à la saisine du juge. Le lien de proximité existant au moment de la conclusion de la clause de choix de loi et justifiant le choix d'une loi particulière peut, alors, avoir disparu au moment où le juge intervient. Les parties peuvent donc choisir une loi qui n'est pas l'une de celles désignées par les règles de conflit objectives. La fonction de dépannage de l'autonomie de la volonté est alors apparente, le législateur, conscient de la relativité de la hiérarchie qu'il met en place entre la nationalité et la résidence habituelle, offre aux parties le moyen de départager, non des lois potentiellement applicables, mais deux éléments de rattachement.

273. La relation liant la volonté des parties et la proximité prend une forme plus complexe dans les textes relatifs aux obligations alimentaires et aux partenariats enregistrés. Si la proximité encadre le choix de loi, la volonté des parties pourra elle aussi contrôler la mise en œuvre du principe de proximité.

En effet, chacun de ces textes prévoit une clause d'exception relative à la règle de conflit objective. Or la mise en œuvre de ces clauses d'exception résulte, dans les deux textes, de

⁴⁶⁴Applicable lorsque les époux n'ont plus de résidence habituelle commune et que leur dernière résidence habituelle commune ne permet pas de désigner une loi applicable.

la volonté de l'un des époux. L'article 26 §1 du règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés prévoit qu'en l'absence de choix de loi, les effets des partenariats enregistrés seront soumis à la loi de l'État selon la loi duquel le partenariat a été créé. Cette règle de conflit est très proche de l'article 515-7-1 du Code civil qui sera applicable, entre autres, aux effets extrapatrimoniaux des partenariats⁴⁶⁵. Ce premier paragraphe est accompagné d'une clause précisant que, de façon exceptionnelle, le juge pourra, lorsque l'un des époux le demande, appliquer la loi d'un autre État à trois conditions. Il faut que la loi de cet autre État connaisse le partenariat enregistré, que les partenaires aient résidé dans cet État pendant « une période d'une durée significative » et qu'ils aient organisé ou planifié leurs rapports patrimoniaux en vertu de la loi de cet État.

274. La situation est relativement similaire en matière d'obligations alimentaires. L'article 5 du protocole de La Haye de 2007 pose une règle particulière pour les époux. Alors que la règle de principe prévoit l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments, l'article 5 donne la possibilité à l'un des époux de s'opposer à l'application de cette loi dès lors qu'une autre loi présenterait des liens plus étroits avec le mariage. Dans ces deux hypothèses, l'expression de la volonté de l'un des époux influe sur la mise en œuvre de la clause d'exception qui vise à l'application d'une loi qui présente des liens plus étroits avec le litige que la loi désignée par la règle de conflit objective. C'est, en effet, la volonté de l'un d'entre eux qui en déclenche l'application.

275. En marge de ces règles, les deux textes permettent aux particuliers de choisir la loi applicable à leur rapport de droit. L'article 22 du règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats permet aux partenaires de désigner la loi de la résidence habituelle ou la loi nationale de l'un d'entre eux. Ils peuvent, de la même façon, soumettre leur partenariat à la loi de l'État selon la loi duquel leur relation a été enregistrée. L'article 8 du protocole de La Haye autorise les particuliers à choisir la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'une des parties, mais aussi la loi désignée ou appliquée aux relations patrimoniales ou à leur divorce.

276. Il apparaît alors que les exigences de proximité encadrent plus ou moins strictement la liberté de choix et que la relation unissant la proximité et le choix de loi prend une

⁴⁶⁵Les deux règles ne sont toutefois pas identiques. En effet, la règle de conflit française rattache la formation, les effets et la dissolution des partenariats à la loi de l'autorité d'enregistrement. Si les deux règles mènent le plus fréquemment à la désignation de la même loi, ce ne sera pas le cas dès lors qu'une autorité procéderait à l'enregistrement d'un partenariat en vertu d'une loi autre que la *lex fori*.

texture différente selon les matières. Il faut noter alors que la proximité, si elle limite le panel de lois auquel les particuliers ont accès, aura aussi pour effet d'interdire aux couples qui ne présentent aucun élément d'extranéité d'écarter la loi de l'État dans lequel leur relation se réalise.

b) La proximité et l'internationalité du rapport de droit

277. L'exigence de proximité aura aussi pour effet d'interdire aux parties d'évincer, par un choix de loi, la loi de l'État dans lequel tous les éléments de leur rapport de droit se réalisent.

La situation peut, alors, être comparée à celle résultant des règlements Rome I et Rome II applicables en matière contractuelle et délictuelle. Ces deux règlements offrent la possibilité aux parties dont la situation ne présente aucun élément d'extranéité de choisir une loi étrangère. Cette possibilité se déduit *a contrario* des articles 3 alinéa 2 du règlement Rome I et 14 alinéa 2 du Règlement Rome II. Selon ces textes, lorsque tous les éléments de la situation sont localisés dans un seul État, le choix d'une autre loi ne peut avoir pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par accord. Ainsi, bien que la situation soit une situation purement interne, les parties se voient reconnaître la possibilité de choisir une loi étrangère, et par là d'évincer la loi qui « logiquement » aurait du leur être applicable. Leur liberté est limitée, ils ne peuvent écarter l'application des dispositions considérées dans cette loi comme étant d'ordre public interne, mais elle existe.

278. La question peut alors se poser de savoir si l'apparition de l'autonomie de la volonté en matière familiale pouvait avoir, comme en matière d'obligations, pour conséquence d'autoriser les particuliers à écarter la loi de l'État dans lequel tous les éléments de leur rapport de famille se localisent. Ce libéralisme, justifiable en matière d'obligations, serait très critiquable en matière familiale. Les règlements européens

applicables en matière de droit de la famille sont tous silencieux sur la question, et aucun ne prévoit de limitation similaire à celle contenue dans les articles 3 alinéa 2 du règlement Rome I et 14 al. 2 du règlement Rome II. Faut-il en déduire que les parties se verraient octroyer une liberté illimitée en matière familiale et limitée en matière d'obligations ?

Il apparaît rapidement que la réponse à cette question doit être négative. En réalité, si aucun des règlements ne prévoit de limitation expresse au choix de loi pour les situations internes, c'est parce que l'exigence de proximité vide cette limitation de toute utilité. En effet, la proximité telle qu'elle est envisagée lors de la mise en œuvre de l'autonomie de la volonté en matière familiale impose qu'un lien objectif existe entre le rapport de famille et la loi choisie par les parties. Ce lien peut être un lien de nationalité, de résidence ou peut découler de la compétence du juge saisi ou de lieu d'enregistrement du partenariat. La possibilité de choisir la loi applicable à sa relation de famille est alors systématiquement conditionnée par la réalisation d'un élément essentiel de celle-ci dans l'État dont la loi est désignée. Soit la situation présente des liens avec plusieurs États et les parties peuvent éventuellement choisir entre différentes lois, soit la situation ne présente de liens qu'avec un seul État et les parties ne peuvent choisir que la loi de cet État. Lorsque la situation est une situation purement interne à un État, les parties n'ont aucune possibilité d'écarter la loi de cet État. Tout au plus, peuvent-ils conclure des clauses de choix de loi désignant la loi de cet État afin de s'assurer avant un déplacement que celle-ci restera applicable à leur rapport de droit.

279. Ainsi, les exigences de proximité encadrent-elles à un double titre la liberté des parties. Celle-ci sera, de la même façon, limitée par des considérations tenant au respect des législations en contact avec leur rapport de droit.

2. L'encadrement lié au respect de l'intégrité des ordres juridiques touchés par le rapport de droit.

280. La première de ces limites vise à protéger la cohérence de l'ordre juridique dont la loi est désignée, il s'agit d'interdire aux parties de soumettre leur rapport de droit à plusieurs lois. Au rebours de son fonctionnement en matière de contrat, l'autonomie de la

volonté reconnue aux particuliers en matière familiale ne les autorise pas à dépecer leur rapport de droit (a).

281. Les deux autres limites posées par les textes visent essentiellement la protection de l'ordre juridique du for et portent atteinte au rattachement unitaire imposé par la première restriction. Ces limites prennent la forme des correctifs les plus fréquents en matière de conflit de lois que sont l'ordre public (b) et les lois de police (c).

a) L'interdiction du dépeçage du rapport de droit

282. Le jeu de l'autonomie de la volonté en matière familiale se caractérise par l'interdiction qui est faite aux parties de dépecer leur rapport de droit. Alors qu'en matière contractuelle, les parties se voient octroyer le pouvoir de « déstructurer » les droits étatiques en « dépeçant » leur contrat, les membres du couple ne peuvent porter atteinte à la cohésion interne de la loi qu'ils choisissent. Leur liberté s'épuise par le choix d'une seule et unique loi pour chaque aspect de leur relation.

283. Ainsi, l'article 22 du règlement applicable aux successions prévoit que la loi désignée par le *de cuius* régit l'ensemble de sa succession. Le « morcellement » de la succession, c'est-à-dire son dépeçage, est ainsi interdit et la loi applicable régit l'intégralité du patrimoine composant la succession, quelle que soit la nature des biens et indépendamment du fait que ceux-ci sont situés dans un autre État⁴⁶⁶. La même solution est prévue par les articles 21 des règlements concernant les effets patrimoniaux des relations de couple. La même loi est applicable à l'ensemble des biens composant le régime matrimonial ou soumis aux effets patrimoniaux du partenariat. Une fois encore, le rattachement mis en œuvre est un rattachement unitaire et toute possibilité de morcellement des biens est interdite, quels que soient leur nature ou leur lieu de situation⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶Considérant 37 du règlement applicable aux successions.

⁴⁶⁷Considérants 43 du règlement applicable aux régimes matrimoniaux et 42 du règlement applicable aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré.

284. Il faut alors noter que si le règlement Rome III et le protocole de La Haye restent silencieux sur la question, ce silence s'explique plus par l'étroitesse de leur domaine d'application que par une autorisation du dépeçage.

285. Une fois son choix effectué, l'individu est soumis à la loi désignée et aux conceptions étatiques qu'elle porte. Il reste soumis aux modèles prévus par la législation choisie sans pouvoir se tailler un « statut sur mesure » par la juxtaposition de dispositions d'origines différentes⁴⁶⁸. Dès lors que les parties ont choisi de se soumettre à l'application d'une loi, la volonté des parties s'efface devant l'autorité de celle-ci et la cohérence de l'ordre juridique auteur de la norme. La cohérence de l'ordre juridique du for sera quant à elle préservée par l'exception d'ordre public.

b) Le respect de l'ordre public

286. Chacun des règlements, comme le protocole de 2007, contient une disposition relative à l'exception d'ordre public.

Ces dispositions ne présentent pas de réelle nouveauté par rapport aux règlements plus anciens. De façon habituelle, l'intervention de l'ordre public du for sera limitée aux situations où l'application de la loi désignée par la règle de conflit a des effets « manifestement contraires » ou « manifestement incompatibles » avec l'ordre public du for. Les textes imposant alors qu'un certain degré de violation de l'ordre public soit constaté pour justifier l'éviction de la loi normalement compétente, le correctif ne pourra intervenir qu'exceptionnellement⁴⁶⁹. Cette limitation s'explique par la nécessité de préserver l'efficacité des règles de conflit communes dans des domaines présentant d'importantes différences entre les droits des États membres. Une intervention trop fréquente de l'ordre public, en raison de simples divergences entre la *lex fori* et la loi applicable, priverait les règlements de tout effet. En dehors du cas particulier du règlement

⁴⁶⁸Il faut toutefois souligner que si les parties ne se voient pas autorisées à dépeçer chacun des aspects de leur relation de couple par les règlements, la combinaison de ceux-ci les autorisent à dépeçer leur relation de couple (V. infra § 324 s.).

⁴⁶⁹ P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP*, 2011, p. 291.

applicable au divorce⁴⁷⁰, les textes restent, par ailleurs, silencieux sur la teneur des valeurs qui doivent être protégées par cette exception d'ordre public. Sur ce point, une différence peut être signalée entre la proposition de règlement et le texte finalement applicable aux successions. Si selon l'article 27 § 2 de la proposition, l'ordre public ne pouvait avoir vocation à écarter la loi applicable « au seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for », cette limite n'a pas été retenue dans le texte final⁴⁷¹.

287. En réalité, si les textes ne donnent pas d'indication directe sur les valeurs pouvant ou ne pouvant pas être considérées comme relevant de l'ordre public, ils rappellent que les États membres se doivent d'appliquer le règlement dans le respect des droits et principes consacrés dans la Charte. Ils doivent, lorsqu'ils appliquent la loi désignée par les règlements, respecter ces droits et valeurs. Ainsi, si l'application de cette loi devait aller à leur encontre, les États devraient écarter ladite loi. De façon encore plus précise, le considérant 16 du règlement relatif au divorce prévoit que les époux ne peuvent choisir une loi qui ne serait pas conforme aux droits fondamentaux reconnus par les traités et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

288. En fin de compte, si la détermination du contenu de l'ordre public international de chacun des États relève essentiellement de leur appréciation, il sera « nécessairement influencé par les principes européens, notamment issus des normes fondamentales incluant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »⁴⁷². Il convient de souligner alors que l'influence de la Charte sur l'exception d'ordre public ne se limitera pas nécessairement au contenu de celui-ci. Tous les règlements prévoient désormais, selon la même formule, que « les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre État membre [...] lorsque ce refus serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination ». L'idée sous-jacente est ici que la violation de la Charte pourrait découler de la mise en œuvre par un État membre du mécanisme de l'ordre public. Il semble désormais que les valeurs portées par le texte pourraient imposer l'intervention du mécanisme d'éviction,

⁴⁷⁰V. infra § 289 s.

⁴⁷¹P. Lagarde, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, 2012, p. 691.

⁴⁷²P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *préc.*

mais aussi, selon les circonstances, paralyser le mécanisme⁴⁷³. Le contrôle est double et l'encadrement plus strict que dans les règlements Rome I ou Rome II.

289. En marge de ces réserves classiques dans les textes européens, le règlement Rome III prévoit deux dispositions relevant d'une logique similaire à celle de l'ordre public. Cette « importance renforcée »⁴⁷⁴ du mécanisme de protection s'explique par la matière qu'il régit. Il est en effet le seul règlement qui ne s'applique pas aux aspects patrimoniaux de la relation de couple, mais directement à un élément du statut personnel. La première de ces dispositions est l'article 10, intitulé « application de la loi du for ». Cet article prévoit que lorsque la loi compétente, qu'elle ait été choisie par les parties ou non, n'accorde pas les mêmes droits, lors de la dissolution du mariage, aux deux époux en raison de leur sexe, ou lorsqu'elle ne connaît pas le divorce, l'autorité saisie devra retomber sur l'application de sa propre loi. Le principe est proche du mécanisme de l'ordre public. La loi applicable est écartée au profit de la *lex fori* en raison de sa non-conformité à certaines valeurs. Cet article se distingue de l'article 12 du même règlement par l'absence de marge de manœuvre laissée aux États. C'est le règlement lui-même qui indique, ici, quelles sont les valeurs protégées, « l'appréciation n'est pas celle du for »⁴⁷⁵. Le for n'a pas plus de liberté dans la fixation de son seuil de tolérance : si la loi désignée répond à l'une des deux conditions d'éviction posées par le règlement, il n'a d'autre choix que de l'écarter, qu'elle soit la loi d'un État membre ou celle d'un État tiers.

290. Cette éviction sera opérée dans deux situations, lorsque la loi désignée est discriminatoire ou lorsqu'elle interdit le divorce. Le premier cas répond « aux craintes exprimées par certains États de voir la charia s'appliquer au divorce, notamment par choix des époux »⁴⁷⁶. Cela permet visiblement de limiter la liberté des parties, et notamment celle d'époux qui voudraient choisir un loi discriminatoire pour régir leur divorce. Il faut noter toutefois que si l'objectif était simplement de permettre aux États de s'opposer à l'application de lois discriminatoires sur leur territoire, la réserve de l'ordre public de l'article 12 aurait été suffisante. Cette disposition relève, en réalité, plus de la création d'un ordre public européen que d'une permission accordée aux États de protéger leurs propres

⁴⁷³V. infra § 455 s.

⁴⁷⁴G. Lardeux, « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.*, 2011, p. 1835.

⁴⁷⁵P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *préc.*

⁴⁷⁶*Ibid.*

valeurs. La seconde situation est celle dans laquelle la loi désignée interdit le divorce. Là encore, la volonté des époux est limitée, ils ne peuvent choisir de rendre indissoluble leur union matrimoniale.

291. Ces deux motifs correspondent peu ou prou aux solutions jurisprudentielles françaises. Une différence importante doit tout de même être soulignée. Alors que la jurisprudence française fait jouer l'ordre public de proximité, le règlement ne pose aucune condition de lien entre le for et le couple dont l'union doit être dissoute. Il suffit que soient compétentes les autorités d'un État membre pour que la loi soit évincée. Le principe de proximité est d'autant plus absent du raisonnement que de telles autorités peuvent être compétentes sans que le couple ne présente de réels liens les rattachant à elles. Il peut suffire que l'époux demandeur ait une résidence depuis un an sur le territoire de cet État. Ainsi que le soulignait le Professeur Hammje, « l'on n'est pas loin d'une application directe et immédiate des droits fondamentaux, ici l'égalité entre époux dans l'accès à la dissolution du mariage. »⁴⁷⁷

292. La seconde limite est posée à l'article 13 intitulé « différences dans le droit national ». Selon ce texte, « aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement ». Le texte prévoit deux situations différentes. En premier lieu, il permettait, à une époque où le divorce n'était pas autorisé dans tous les États participants, aux juridictions dont le droit interne ne connaissait pas du divorce de refuser d'en connaître, et ce même si la loi compétente l'autorisait. La seconde situation évoquée est, quant à elle, toujours d'actualité. Il s'agit des cas dans lesquels un État devrait être amené à se prononcer sur le divorce d'un mariage qu'il ne considère pas comme valable. Le considérant 26 du règlement indique qu'« il conviendrait de l'interpréter, notamment, comme le fait qu'un tel mariage n'existe pas dans la loi de cet État membre ». L'exemple topique d'une telle situation est le cas des mariages homosexuels. Ainsi, les autorités polonaises, qui ne reconnaissent pas ces mariages, ne seraient pas dans l'obligation de prononcer le divorce d'un mariage célébré en France entre deux femmes. Les parties ne pourraient alors écarter l'appréciation du for quant à la

⁴⁷⁷*Ibid.*

validité du mariage en leur imposant, par le choix de loi, l'application d'une loi qui reconnaît comme valable leur mariage.

293. Il ressort clairement, de ces trois dispositions, que la volonté des parties ne peut permettre l'éviction des conceptions les plus fondamentales du for en matière de divorce. La multiplication des dispositions, alors qu'une simple clause d'ordre public aurait pu être suffisante, démontre la volonté d'affirmer le maintien, dans une certaine mesure, de l'autorité de la *lex fori*, qui sera le plus souvent la loi de la résidence habituelle du couple⁴⁷⁸. Il en résulte que les époux choisissant la loi applicable à leur divorce se soumettent aux conceptions étatiques de la loi qu'ils désignent sans pouvoir se départir totalement de celles de l'ordre juridique de leur résidence. De plus, si l'ordre public a pendant un temps été le principal mécanisme de protection de la cohérence de l'ordre juridique du for, les textes les plus récents autorisent, aujourd'hui, la mise en œuvre du mécanisme des lois de police.

c) Le jeu des lois de police

294. La dernière limite posée à la volonté des parties résulte de la protection des « dispositions internationalement impératives »⁴⁷⁹ connues de chacun des ordres juridiques. Si les parties peuvent, par le choix de loi, évincer la loi objectivement applicable, ils ne peuvent écarter l'application de certaines dispositions considérées comme tellement importantes qu'elles s'appliquent quelle que soit la loi compétente. Il apparaît toutefois que si l'application des lois de police n'a jamais fait de doute dans les instruments européens applicables en matière de contrat et de délit, celles-ci ne sont apparues que récemment dans les règlements applicables au couple. En la matière, leur consécration s'est faite petit à petit et bien que le nécessaire respect de ces dispositions ait été affirmé dans les règlements les plus récents, il apparaît que leur protection reste timide.

⁴⁷⁸En vertu de l'article 3 § 1 du règlement Bruxelles II bis relatif à la compétence et à la reconnaissance des décisions en matière matrimoniale.

⁴⁷⁹A. Panet, « Le statut personnel en droit international privé européen », *préc.*

295. Le premier texte autorisant les époux à choisir la loi applicable à leur rapport de droit, le règlement Rome III, ne présentait aucune disposition relative aux dispositions d'application immédiate.

296. Le règlement Succession et le protocole Aliments ne contiennent pas plus de dispositions expressément consacrées aux lois de police, mais certains de leurs articles semblent mettre en place des mécanismes relevant de la logique des lois d'application immédiate. Le premier de ces textes, le protocole Aliments énonce, dans le dernier alinéa de son article 8, que « nonobstant la loi désignée par les parties en vertu du paragraphe premier, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier, au moment de la désignation, détermine si le créancier peut renoncer à son droit à des aliments ». La possibilité pour un créancier de renoncer à ses aliments ne relève pas de la loi normalement applicable aux obligations, mais de celle de sa résidence habituelle. Ainsi, l'article 8 prévoit bien d'écarter la loi normalement applicable au rapport de droit au profit d'une disposition matérielle particulière contenue dans une autre législation liée au dit rapport de droit. « La disposition emprunte [alors] pour partie à la technique des lois de police dont l'impérativité vise à protéger un objectif matériel précis »⁴⁸⁰, ici la protection du créancier⁴⁸¹. Il ne s'agit pas, toutefois, de permettre l'application des lois de police de façon générale, mais de prévoir un régime particulier pour une question spécifique : la renonciation aux aliments. Il apparaît de plus que la disposition matérielle visée ne découle pas nécessairement de la *lex fori* et ne saurait, dès lors, pas être considérée comme une loi de police du for. Au surplus, le protocole ne laisse pas à l'ordre juridique auteur de la norme le soin de qualifier la disposition visée de loi de police ou non.

297. Le même constat peut être fait au regard du règlement Succession. Si ce texte n'utilise jamais le terme de « lois de police », son article 30 prévoit l'application d'un régime spécial pour certaines dispositions successorales. Ce texte vise les dispositions particulières qui ont vocation à s'appliquer à certains biens « en raison de [leur] destination économique, familiale ou sociale » et ceci, « quelle que soit la loi applicable à la succession ». Si les expressions « lois de police » ou « lois d'application immédiate » ne sont pas utilisées dans le texte, il apparaît que c'est bien le mécanisme des lois de police

⁴⁸⁰A. Panet, « Le statut personnel en droit international privé européen », *préc.*

⁴⁸¹N. Nord, « Présentation du règlement "Obligations alimentaires" », *AJ Famille*, mai 2011, p. 238.

qui est visé⁴⁸². Sont concernées les dispositions matérielles applicables à un rapport de droit sans considération de la loi normalement compétente, et ceci en raison de leur importance dans un certain ordre juridique.

298. La règle posée par cet article 30 doit, toutefois, être distinguée de celles qui, comme dans les textes cités précédemment, prévoient l'application des lois de police du for.

En premier lieu, les dispositions visées par le règlement Succession sont celles de l'État de situation des biens concernés, qu'il s'agisse de certains biens immobiliers, de certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens⁴⁸³. Il n'est pas permis au juge d'appliquer ses propres lois de police au titre de lois de police du for, mais seulement d'appliquer certaines dispositions tirées de la loi de l'État de situation des biens. De surcroît, toutes les dispositions considérées, dans le droit de cet État, comme des lois de police ne seront pas nécessairement applicables. Certaines conditions sont posées. Il faut que ces dispositions concernent directement les biens, ainsi les dispositions qui auraient un impact directement sur la personne des héritiers, comme celles limitant la capacité successorale de certaines personnes par exemple, n'ont pas vocation à être appliquées en vertu de l'article 30. Il faut, de plus, que les dispositions matérielles comportent des restrictions concernant la succession ou aient une incidence sur celle-ci.

299. Il aura alors fallu attendre la dernière vague de règlements pour rencontrer une réserve générale permettant expressément l'application des lois de police. Les articles 30 des règlements applicables aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés prévoient, tous deux, que le juge saisi d'un litige peut appliquer ses propres lois d'application immédiate. Toutefois, aucune référence n'étant faite aux lois de police étrangères, celles-ci ne seront pas applicables au titre de cet article 30. Les deux textes reprennent, alors, mot pour mot la définition posée dans le règlement Rome I. « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un État membre pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au régime matrimonial en

⁴⁸²P. Lagarde, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *préc.*, p. 691 s., § 26 s. ; A. Panet, « Le statut personnel en droit international privé européen », *préc.* ; N. Nord, « Quelles limites dans l'optimisation d'une succession internationale », *Droit et patrimoine*, n° 226, juin 2013, p. 56, sp. 58.

⁴⁸³Article 30 du règlement applicable aux successions.

vertu du présent règlement ». Une différence notable doit néanmoins être signalée entre les textes applicables en matière de couple et celui applicable au contrat, les premiers restent en retrait du second. En effet, l'application des lois de police dans les premiers doit rester exceptionnelle. Les considérants des deux règlements⁴⁸⁴ prévoient que l'exception des lois de police requiert une interprétation stricte, afin de rester compatible avec l'objectif du règlement. L'application des lois de police est alors limitée à des situations exceptionnelles, comme lorsque les dispositions en cause visent la protection du logement familial.

300. Si l'intervention des lois de police a vocation à être moins fréquente dans les règlements ici étudiés que dans les règlements Rome I et Rome II, la liberté des parties reste strictement encadrée. L'émergence de l'autonomie en matière familiale n'en ouvre pas moins des possibilités très avantageuses pour les particuliers.

§ II - Le choix de loi : la prise en considération des attentes légitimes des particuliers

301. La multiplication des textes permettant de choisir la loi applicable à l'un ou l'autre des aspects de leur relation de couple présente deux avantages indéniables pour les particuliers.

302. En premier lieu, l'*optio juris* « emporte l'indéniable mérite de la prévisibilité »⁴⁸⁵ face à la nouvelle mobilité des couples. Par le biais d'une clause de choix, les particuliers se voient reconnaître la possibilité « d'anticiper »⁴⁸⁶ le droit applicable à leur relation. À l'instar du droit interne, le droit international privé permet désormais aux parties de décider du sort de leurs biens tant durant leur relation qu'après sa dissolution (A).

En second lieu, le fait que ce choix soit possible pour l'essentiel des effets patrimoniaux qui seront reconnus à leur relation les autorise à « optimiser » la relation en puisant ça et là,

⁴⁸⁴Considérant 53 du règlement applicable aux régimes matrimoniaux et considérant 52 du règlement applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

⁴⁸⁵B. Bourdelois, « Relations familiales internationales et *professio juris* », *préc.*, sp. 145.

⁴⁸⁶M. -L. Niboyet, « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *préc.*, sp. 631, § 4.

dans les lois qui leur sont accessibles, les dispositions matérielles qui conviennent le mieux à leur projet de couple (B).

A. La reconnaissance d'un droit à l'anticipation de la loi applicable

303. Cette reconnaissance d'un droit à l'anticipation de la loi applicable permet aux parties de s'assurer que la loi en vertu de laquelle ils ont choisi de s'engager et en vertu de laquelle ils ont organisé leur succession ou les effets patrimoniaux de leur relation sera celle effectivement appliquée en cas de litige. En effet, une fois que les parties ont choisi la loi applicable à l'un des aspects de leur relation, la compétence de cette loi ne pourra être remise en cause, et ce quelles que soient les évolutions que connaît leur relation (1).

Il apparaît toutefois que cette anticipation de la loi applicable pourrait être remise en cause dès lors que le juge saisi d'un litige relatif à leur relation ne reconnaîtrait pas la validité d'une *optio juris* en matière familiale. Ainsi, afin d'assurer l'efficacité de leur règle de conflit subjective, les règlements offrent la possibilité aux parties de donner, par le biais d'une clause d'élection de for, compétence à un juge autorisant un tel choix de loi (2).

1. La clause de choix de loi : la sécurisation de l'anticipation opérée en vertu du droit interne

304. Bien que les instruments ici étudiés ne touchent pas, à l'exception du règlement Rome III, directement le statut personnel des individus, la prévisibilité de la loi applicable est nécessaire dans les matières qu'ils régissent. Les relations de couple sont, par définition, des situations juridiques amenées à perdurer dans le temps. Or, il paraît essentiel que les membres du couple aient une réelle idée de la nature de l'engagement qu'ils prennent lors de la création de cette situation. Au regard des liens étroits qui unissent les effets de la relation avec la décision d'entrer dans la relation, la prévisibilité de la loi qui leur est applicable est incontestablement nécessaire. Le respect de l'anticipation qui leur est permise en droit interne, tant en matière de succession qu'en matière de régime

matrimonial exige, de la même façon, que soit applicable à leur relation de couple la loi en vertu de laquelle ils ont pu s'organiser.

305. Il apparaît toutefois que cette prévisibilité, dont le respect est revendiqué par tous les règlements, ne transparaît pas toujours dans les éléments de rattachements objectifs retenus. En effet, si les textes retiennent à la fois le rattachement à la nationalité et le rattachement à la résidence habituelle, la résidence fait figure de rattachement de principe. La nationalité n'intervient qu'en seconde position lorsque la résidence n'est pas efficace pour la désignation d'une loi. Ainsi, de ces deux éléments, les textes font primer le moins prévisible et la loi applicable révèle, dans certaines matières, une imprévisibilité certaine. De fait, en dehors des cas particuliers des régimes matrimoniaux et des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, la loi applicable est modifiée à chaque déplacement du couple qui ne peut envisager avec certitude la loi qui régira leur rapport de droit en cas de litige.

306. Le choix de loi permet alors aux parties de choisir une loi en fonction de son contenu, mais aussi de « fixer » la loi qui leur est applicable sans qu'un juge ne puisse la remettre en cause. Les parties peuvent ainsi prévenir tout changement de loi applicable pouvant résulter du transfert de leur résidence habituelle. Ils restent maîtres de la loi applicable à leur relation tout au long de la vie de celle-ci. En effet, le choix de loi peut, dans chacun des textes, intervenir à tout moment. Les parties peuvent, alors, modifier la loi applicable à leur guise et, en outre, décider des conséquences du changement. Si en principe le changement de choix applicable ne peut avoir d'effet que pour l'avenir, ce principe n'est applicable qu'en l'absence de convention contraire des parties⁴⁸⁷.

307. Le prévisibilité passe alors dans chacun de ces textes par le respect des « attentes légitimes »⁴⁸⁸ des parties, ou en d'autres termes, par le respect de leurs prévisions quant aux effets que la relation de couple pourra se voir reconnaître. L'objectif des règlements est ainsi que les parties puissent organiser à l'avance leur succession⁴⁸⁹ et leurs rapports patrimoniaux entre eux et à l'égard des tiers durant la vie du couple comme au moment de la liquidation de ses biens⁴⁹⁰, mais surtout que cette organisation soit respectée par les

⁴⁸⁷Article 22.2 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux et article 22.2 du règlement relatif aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

⁴⁸⁸M. -L. Niboyet, « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *préc.*, sp. 631, § 4.

⁴⁸⁹Considérant 8 du règlement relatif aux successions.

⁴⁹⁰Considéranants 72 du règlement applicable aux régimes matrimoniaux et 70 du règlement applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

autorités appelées à se saisir de leur rapport de droit⁴⁹¹. Il apparaît que, comme en matière de formation des nouvelles formes de couple, l'individu et sa volonté prennent une place de plus en plus importante en matière de conflit de lois. Alors que les droits internes offrent aux parties la possibilité d'anticiper les effets de leur relation de couple, le droit international privé leur offre le droit d'anticiper le droit applicable à ces effets. L'autonomie de la volonté va permettre aux parties de régler eux-mêmes les difficultés pouvant survenir du fait de l'internationalité de leur rapport de droit. Ils en ont la maîtrise et le choix de loi leur permet « de profiter, en toute sécurité juridique, des avantages offerts par le marché intérieur »⁴⁹². Les normes sont alors, dans une certaine mesure, des « produits normatifs » qu'ils peuvent choisir dans le cadre de ce marché.

308. Ici, l'autorité de la loi est sérieusement remise en question dans la mesure où les parties ne lui sont pas soumises par un commandement extérieur à eux, mais de leur propre volonté. La hiérarchie entre l'individu et la norme en sort quelque peu bouleversée au profit de celui-ci. Et ceci est d'autant plus remarquable que le droit de la famille reste régi par des dispositions impératives, auxquelles les individus ne peuvent normalement pas déroger. Il apparaît alors que le droit international privé européen participe à la « dévalorisation de la notion de famille telle qu'elle ressort de chaque droit étatique »⁴⁹³ au profit du respect des prévisions des parties.

309. Il n'en demeure pas moins que si l'autonomie de la volonté permet aux particuliers de désigner la loi qui leur est applicable et, par là, de sécuriser l'organisation de leur relation patrimoniale, la sécurité de leur montage ne sera assurée que tant que la loi en vertu de laquelle ils se sont organisés est effectivement appliquée par le juge saisi du litige. Or, les *optio juris* ne sont pas très répandues en droit comparé de la famille⁴⁹⁴. Le risque est alors grand que le juge compétent, s'il ne s'agit pas d'un juge soumis aux règlements européens, ne reconnaisse pas la validité de la clause de choix de loi et applique, en vertu de sa propre règle de conflit, une loi ne répondant pas aux attentes des particuliers. Dans ces hypothèses, l'optimisation juridique mise en place par les couples serait vidée de toute efficacité.

⁴⁹¹S. Godechot-Patris, « Successions internationales en France », *Les successions*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LX, Bruylant, 2010, p. 673, sp. 687.

⁴⁹²Considérant 43 de la proposition de règlement applicable aux régimes matrimoniaux.

⁴⁹³H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *préc.*, sp. 270.

⁴⁹⁴M. -L. Niboyet, « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *préc.*, §11.

2. La clause d'élection de for : la sécurisation du choix de loi

310. Il apparaît dès lors que « le moyen le plus sûr et le plus simple » de sécuriser leur montage « est d'offrir aux parties une faculté complémentaire de choix de la juridiction compétente »⁴⁹⁵. Seule la clause d'élection de for permet, en effet, de sécuriser le choix de loi en garantissant aux parties la compétence d'un juge qui acceptera d'appliquer la loi choisie.

311. La grande majorité des règlements européens applicables à la relation de couple offre désormais une telle possibilité aux particuliers. La seule exception est le règlement Bruxelles II bis qui, s'il ne donne pas la possibilité aux époux de fixer la compétence d'une juridiction par une clause d'élection de for, offre tout de même un large « éventail de fors possibles »⁴⁹⁶ permettant au demandeur de bénéficier de la compétence d'un État membre. Toutefois, si la clause d'élection de for peut désormais être considérée comme la norme en matière d'effets patrimoniaux des relations de couple, il convient de souligner que ces clauses présentent une utilité d'intensité variable selon les matières.

312. Tout d'abord, leur impact est limité par le nombre d'États membres appliquant les règlements. En effet, seuls ces États reconnaîtront à la fois la validité des clauses d'élection de for et celle des clauses de choix de loi. Sur ce point, une distinction doit être faite entre les règlements applicables en matière de succession et d'obligations alimentaires et ceux relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Seuls les deux premiers sont applicables sur l'essentiel du territoire européen. Le règlement Succession lie, en effet, tous les États membres en dehors du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande. Le règlement relatif aux obligations alimentaires est, quant à lui, applicable par tous les États membres, mais renvoie pour la matière du conflit de lois au protocole de La Haye de 2007. Or tant le Royaume-Uni que le Danemark⁴⁹⁷ ont déjà déclaré qu'ils n'appliqueront pas les règles de conflit prévues par ce protocole. Dès lors, bien que les particuliers aient la possibilité de désigner les juridictions de ces deux États

⁴⁹⁵M. -L. Niboyet, « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *préc.*, §11.

⁴⁹⁶H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *préc.*, sp. 270.

⁴⁹⁷E. Fongaro, « Obligation alimentaire », *Rep. Dr. Européen*, Dalloz, septembre 2013, § 42.

par une clause d'élection de for, ils ne sont pas assurés que celles-ci reconnaîtraient la validité de leur choix de loi.

Les deux autres règlements ont, eux, été élaborés dans le cadre d'une procédure de coopération renforcée ouverte à tous les États membres dans les conditions fixées par l'article 331, § 1, TFUE. Ces textes ne sont, dès lors, applicables que dans les États membres participants qui sont aux nombres de 19. Il s'agit de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de la Bulgarie, de la Croatie, de l'Espagne, de la Finlande, de la France, de la Grèce, de l'Italie, du Luxembourg, de Malte, des Pays-Bas, du Portugal, de la Slovénie, de la Suède et de la République tchèque⁴⁹⁸. À la liste de ces États, il convient de rajouter Chypre et l'Estonie. Le choix de loi en la matière ne pourra alors être sécurisé que par une clause d'élection en faveur des juridictions de l'un de ces États.

313. Une seconde distinction peut être faite entre les règlements au regard de la mise en œuvre de la clause d'élection de for. En matière de succession, l'article 7 du règlement encadre très étroitement la possibilité de choisir le juge compétent. Ce choix n'est possible que lorsque le *de cuius* a, au préalable, choisi la loi applicable à sa succession. C'est, alors, le choix de loi qui autorise le choix du juge. De plus, le choix est très limité dans la mesure où seules les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie peuvent être désignées par la clause d'élection de for. Le choix des parties ne peut, de ce fait, se porter que sur les juridictions de l'État membre de nationalité du *de cuius*.

La rédaction d'une telle clause présente une double utilité. En premier lieu, elle permet de réunir le for et le *jus*. Le juge de l'État de nationalité du *de cuius* pourra appliquer sa propre loi, c'est-à-dire la loi nationale choisie par le *de cuius*. Elle aura aussi une autre utilité dans les situations où le *de cuius* ne réside pas dans un État européen au moment de son décès. En effet, la règle de compétence de principe prévoit que la succession du *de cuius* relève de la compétence des juridictions de l'État de sa dernière résidence habituelle. Ainsi, dès lors qu'un particulier réside hors du territoire européen au moment de son décès, aucun État membre n'est, en principe, compétent pour sa succession. Dans ces hypothèses, le choix de loi que le défunt aurait pu faire en vertu du règlement aurait peu de chance de porter ses fruits dans la mesure où un tel choix n'est que rarement autorisé en droit comparé. La possibilité offerte aux parties concernées par sa succession de donner compétence aux juridictions d'un État membre leur permet de s'assurer la compétence

⁴⁹⁸Considérant 11 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux et du règlement relatif aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

d'un État qui tiendra compte du choix de loi opéré par le défunt. Il faut alors noter que la condition *sine qua non* de sécurisation du choix de loi est que le *de cuius* ait été ressortissant d'un État européen et seul un choix de loi porté vers la loi d'un État membre pourra alors être sécurisé.

314. Les autres règlements offrent une plus grande liberté aux particuliers et permettront plus fréquemment la sécurisation du choix de loi fait par les parties. En effet, les liens de proximité exigés pour la désignation d'une juridiction par une clause de choix sont plus largement appréciés.

Ainsi, le règlement relatif aux obligations alimentaires prévoit, en son article 4, que les parties peuvent désigner, au choix, les juridictions de l'État de la nationalité ou de la résidence de l'un d'entre eux. Si les parties sont unies par les liens du mariage, elles peuvent, en outre, donner compétence aux juridictions de l'État de leur ancienne résidence habituelle commune pendant au moins un an ou à celle compétente pour « connaître de leurs différends en matière matrimoniale ». Le choix est alors beaucoup plus ouvert qu'en matière de succession et n'est pas conditionné par l'existence d'un choix de loi. La situation est la même dans les règlements applicables aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. L'article 7 du texte concernant les régimes matrimoniaux prévoit que les époux peuvent désigner les juridictions de l'État membre dont la loi est applicable ou celles de l'État membre dans lequel le mariage a été célébré. Une règle similaire est prévue pour les partenaires et ceux-ci peuvent donner compétence aux juridictions de l'État dont la loi est applicable aux effets patrimoniaux de leur relation comme à celles de l'État d'enregistrement de leur statut⁴⁹⁹. Ces règles permettent aux parties de s'assurer la compétence d'un État membre ou, selon les cas, d'un État membre participant lorsqu'ils ne remplissent pas les exigences posées par les règles de compétence de principe⁵⁰⁰. Et à la différence du règlement succession, ces trois textes permettent la sécurisation d'un choix de loi ne portant pas sur la loi d'un État membre. En effet, les époux ou les partenaires qui auraient choisi la loi d'un État tiers peuvent s'assurer du respect de ce choix en donnant compétence aux juridictions de l'État membre de formation de leur relation de couple.

⁴⁹⁹Article 7 du règlement relatif aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

⁵⁰⁰Il faut alors noter qu'en vertu des articles 7 des textes applicables aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, des telles clauses d'élection de for ne sont possibles que lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente pour la dissolution de la relation de couple ou pour la succession de l'un des membres du couple.

315. En marge de la possibilité d'optimiser l'un des aspects de la relation, la mise en place, au fil du temps, d'un véritable droit international privé européen du couple marqué par l'autonomie de la volonté offre, désormais, aux particuliers la possibilité de construire la relation de couple qui leur convient le mieux.

B. Le respect de « l'optimisation juridique » de la relation de couple

316. La multiplication des instruments européens autorisant le choix de loi en matière familiale pose aujourd'hui la question de l'émergence d'un droit à l'« optimisation juridique »⁵⁰¹ de la relation de couple. Cette notion d'optimisation juridique peut être définie, selon les termes du Professeur M.-L. Niboyet comme le fait de « rendre plus efficace, voir attrayante une situation civile internationale »⁵⁰² par la mise en œuvre des mécanismes de droit international privé. Au regard de cette définition, il est incontestable que l'ouverture du droit du couple au principe de l'autonomie de la volonté marque effectivement la consécration d'un droit pour les particuliers « d'optimiser juridiquement » leur relation de couple et d'évincer tous les dangers résultant du caractère international de la situation. En effet, par un choix judicieux des lois applicables aux divers aspects de leur relation de couple, les parties peuvent « façonner » leur relation à leur convenance et « se garantir une situation efficace »⁵⁰³ sans crainte que celle-ci ne soit transformée en cas de déplacement. Ils reprennent, par ce biais, la main sur l'aspect international de leur relation, qu'il s'agisse d'en neutraliser les effets ou, au contraire, d'en tirer toutes les conséquences.

317. En effet, les parties peuvent, au choix, soumettre l'ensemble du volet patrimonial de leur relation de couple à la même loi, l'assimilant ainsi à une situation purement interne (1) ou, au contraire, se servir de la coexistence des différentes règles de conflit afin de dépecer le régime de leur relation entre différents ordres juridiques (2).

1. La réunification de la relation de couple sous l'empire d'une seule loi

⁵⁰¹L'expression est de Marie-Laure Niboyet dans son article « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *préc.*

⁵⁰²*Ibid.*, Note de bas de page 1.

⁵⁰³*Ibid.*

318. Sous cet aspect, l'autonomie de la volonté apparaît non seulement comme une réponse aux interrogations relatives à la pertinence des éléments de rattachement, mais aussi comme une réponse à l'éclatement du statut familial⁵⁰⁴. Retenant des éléments de proximité similaires, les différents règlements offrent la possibilité aux particuliers de réunir l'ensemble du volet patrimonial de leur relation de couple sous une seule loi compétente.

319. L'article 5 du règlement Rome III prévoit que les époux peuvent soumettre leur divorce à la loi de leur résidence ou ancienne résidence habituelle commune, mais aussi à la loi nationale de l'un d'entre eux. En parallèle, le règlement relatif aux régimes matrimoniaux leur offre la possibilité de désigner pour cette question soit la loi nationale, soit la loi de la résidence habituelle de l'un d'entre eux. De la combinaison de ces deux textes, il apparaît que les époux peuvent, s'ils résident dans le même État, choisir la loi de leur résidence habituelle commune ou de leur dernière résidence commune si l'un y réside encore pour régir ces deux questions. Ils peuvent aussi choisir la loi nationale de chacun d'entre eux.

320. En parallèle, le protocole de La Haye sur les obligations alimentaires prévoit que les époux peuvent choisir la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'un d'entre eux. Dans ces cas, les époux peuvent désigner tant pour leur divorce, leur régime matrimonial que pour les obligations alimentaires qui découlent de leur mariage une loi unique : celle de leur résidence ou de leur ancienne résidence habituelle commune si l'un d'entre eux y réside encore. Ils peuvent, de la même façon, les soumettre à la loi nationale de l'un d'entre eux. La même volonté d'unir le traitement des obligations alimentaires résultant du mariage à celui de la relation apparaît dans la possibilité qui leur est accordée de soumettre ces obligations directement aux lois relatives à leur régime matrimonial ou à leur divorce.

321. Pour la question de leur succession, les possibilités de choix sont plus réduites dans la mesure où le *de cuius* ne peut choisir une autre loi que sa loi nationale. Toutefois, grâce à ce texte, l'un des époux peut soumettre les quatre aspects de la relation de couple à sa loi

⁵⁰⁴M. -L. Niboyet, « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *préc.*, sp. 629, § 4.

nationale, et en cas de nationalité commune, toutes les conséquences patrimoniales du mariage pourraient être définies par la même loi que celle applicable à leur divorce. Cette unité entre la loi applicable à la succession de l'un des époux et le régime matrimonial de son couple pourrait aussi être atteinte par l'absence de choix en matière de succession combinée à la désignation de la loi de sa résidence pour régir les autres aspects de leur relation.

322. Pour les partenaires, la situation est relativement similaire. Ils peuvent désigner la loi, au choix, de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'un d'entre eux, mais aussi celle en vertu de laquelle leur relation a été enregistrée. Par le choix de loi, ils peuvent alors soumettre les obligations alimentaires qui découlent de leur relation à la même loi que celle applicable à ses effets patrimoniaux que ce soit par la désignation de la loi de la nationalité ou de la résidence de l'un d'entre eux soit par un envoi direct à la loi régissant leur relation patrimoniale. La question de leur succession pourrait de la même façon être unie aux aspects patrimoniaux de leur relation en cas de nationalité commune.

323. Il apparaît, tant en matière de mariage que de partenariat, que l'impossibilité pour le *de cuius* de donner compétence à la loi de sa résidence habituelle pour sa succession ne peut qu'être regrettée. Permettre un tel choix aurait autorisé les couples à s'assurer que toutes les questions patrimoniales de leur relation qu'elles surgissent durant ou à la dissolution de celle-ci soient soumises à la même loi. Or l'utilité d'une telle réunification du traitement de la relation n'est pas à démontrer. Elle permet de préserver l'intégrité du statut de couple auquel ils ont choisi de se soumettre à l'origine. En soumettant l'ensemble de leur statut à une seule et même loi, le couple prévient, en amont, toutes difficultés pouvant résulter d'un dépeçage de leur relation et de la nécessaire adaptation des diverses lois qui pourraient lui être applicables. La cohérence du statut est garantie par la « préservation des liens systématiques »⁵⁰⁵ qui unissent les différents aspects de la relation de couple au sein d'un ordre juridique. La reconstruction « d'un véritable statut de la famille » permettant « de respecter la cohérence des ensembles législatifs et, par là même, de conforter l'institution qui en était l'objet »⁵⁰⁶ passe alors par la volonté des parties. Elles se voient offrir la possibilité de faire « respecter [les] équilibres qui structurent chaque

⁵⁰⁵M.L. Niboyet, « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *préc.*, sp. 636.

⁵⁰⁶Y. Lequette, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, 1994, t. 246, p. 13, sp. 104, § 101.

système »⁵⁰⁷ en rétablissant les liens qui unissent, dans chaque législation, la création d'une situation et les effets qui lui sont reconnus, ce qui présente un avantage certain en matière de droit de la famille, où bien souvent « les effets sont liées à la création »⁵⁰⁸. Cette réunification de tous les aspects patrimoniaux de la relation prend une importance toute particulière en matière de partenariat enregistré dans la mesure où le partenariat entraîne des conséquences très différentes dans les différents ordres juridiques qui le reconnaissent.

2. Le dépeçage volontaire de la relation de couple

324. La multiplication des textes leur offre, dans le même temps, la possibilité de désigner des lois différentes pour chacun de ces aspects. Si tous les règlements encadrent le choix de loi par des exigences de proximité relativement proche, cette proximité n'est pas systématiquement appréciée de façon identique. Ainsi, le choix peut se porter aussi bien sur la loi de la résidence habituelle commune ou de l'ancienne résidence habituelle commune que sur la loi de la résidence ou de la nationalité de l'un des membres de couple. Au surplus, le choix de loi pour chacune des questions traitées par les règlements peut être fait à des moments différents de la vie du couple. Par exemple, le choix de la loi applicable au divorce peut alors se porter sur la loi d'une résidence commune qui, réelle à cette date, n'existera plus au moment du choix de la loi applicable au régime matrimonial.

325. Les époux, mais aussi les partenaires, peuvent alors se servir de l'aspect international de leur relation et du dépeçage qui résulte de la coexistence de règles de conflit diverses. S'ils ne peuvent dépeçer leur « relation patrimoniale » ou leur succession, ils peuvent dépeçer leur relation de couple en soumettant un seul ou plusieurs de ses aspects à une loi et le reste à une autre loi. Le droit international privé européen du couple leur « permet [alors] d'utiliser la variété des droits internes pour servir leur intérêt particulier »⁵⁰⁹. Par ce biais, ils se voient octroyer la possibilité de se créer « un pacte familial sur mesure »⁵¹⁰ en puisant ça et là, dans les législations qui leur sont accessibles, les dispositions matérielles qui correspondent le mieux à leur projet. Ils peuvent alors se

⁵⁰⁷S. Godechot-Patris, « Successions internationales en France », *préc.*, sp. 687.

⁵⁰⁸M. Souleau-Bertrand, *Le conflit mobile*, Dalloz, nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, préface P. Lagarde, § 671.

⁵⁰⁹H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *préc.*, sp. 270.

⁵¹⁰M. L. Niboyet, « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *préc.*, sp. 637.

départir des différentes logiques internes portées par les différentes législations étatiques pour parvenir à la « création » de la relation la plus conforme à leurs attentes.

Conclusion du Chapitre II

326. Au regard de ces éléments, il est permis d'affirmer que le respect des prévisions des parties a pris une importance accrue dans les règles de conflit les plus récentes que ce soit en matière de formation du statut de couple ou en matière d'effets du statut de couple.

327. Sur la question de la formation de la relation de couple, il apparaît que si les règles de rattachement applicables aux nouvelles formes de conjugalité offrent la part belle à la volonté des particuliers lorsque le statut doit être créé par les autorités françaises, il en est de même lorsque le statut doit être reconnu par elles. En effet, les éléments de rattachement retenus en la matière — puisque la reconnaissance des statuts étrangers reste soumise aux règles de conflit — permettent de garantir, le plus souvent, la désignation de la loi appliquée par l'autorité étrangère qui est intervenue lors de la formation du statut. Ainsi, la

validité des statuts de couple formés à l'étranger est acquise de façon quasi systématique dans l'ordre juridique français. Les prévisions des parties quant à la validité de leur relation de couple sont alors respectées.

328. Quant à la question des effets des statuts de couple, celle-ci est marquée, depuis quelques années, par un phénomène de pénétration de l'autonomie de la volonté. Les règlements européens les plus récents accordent désormais aux particuliers le droit de choisir la loi applicable à l'ensemble des conséquences patrimoniales que pourra avoir leur relation de couple ainsi qu'à leur divorce. Ceux-ci deviennent, en quelque sorte, maîtres de la nature de leur statut de couple. Ils n'ont plus seulement le choix entre le mariage et le partenariat enregistré, ils ont désormais la possibilité d'agir sur la nature de leur mariage ou de leur partenariat enregistré en choisissant les effets qui leur seront attachés. Il convient, toutefois, de souligner que la liberté qui leur est octroyée n'est pas une liberté illimitée. En effet, le choix de loi est, toujours en matière de relation familiale, encadré par des exigences de proximité. Les personnes ne peuvent choisir qu'une loi qui leur est objectivement liée, que ce soit par la nationalité ou par la résidence. Il apparaît alors que l'autonomie de la volonté répond, en la matière, à l'une des difficultés auxquelles est confronté le droit international privé moderne. L'accroissement de la mobilité des personnes entraîne, en effet, un recul de la pertinence des rattachements traditionnellement mis en œuvre en matière de droit de la famille. Les couples peuvent aujourd'hui présenter une multiplicité de liens avec différents ordres juridiques et la recherche de la loi qui présente les liens les plus étroits s'avère aujourd'hui périlleuse. Offrir la possibilité aux particuliers de choisir une loi entre les différentes lois qui sont en contact avec leur relation de couple revient à leur offrir la possibilité de départager entre différents éléments de rattachement parmi lesquels le législateur ne sait lequel choisir.

Conclusion du Titre I

329. Batiffol écrivait que la recherche de la loi applicable à un rapport de droit revenait « toujours, sous une forme ou une autre [à] déterminer le système juridique avec lequel la situation considérée a les liens les plus intimes »⁵¹¹. Cette recherche de la proximité la plus étroite répond à la nécessité d'assurer l'harmonie des solutions, objectif essentiel du droit international privé qui s'exprime, en matière de droit de la personne, par la notion de permanence du statut personnel. La volonté de garantir cette permanence avait mené au choix de rattachements qui garantissent à la fois « l'unité des solutions lorsque [une] même question est posée concurremment dans les ordres juridiques concernés », mais aussi « la continuité des solutions lorsqu'elle y est posée successivement »⁵¹². Ainsi, grâce au rattachement par la nationalité, une même question recevait « dans tous les ordres

⁵¹¹H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, préc. sp.220, n° 99. Sur ce lien entre harmonie internationale des solutions et désignation de la loi des liens les plus étroits, v. également Y. Lequette, « De la "proximité" au "fait accompli" », *Liber amicorum Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 481, sp. 483, § 2.

⁵¹²*Ibid.*

juridiques la *même* réglementation (par application de la *même* loi ou de lois du moins matériellement *équivalentes*) »⁵¹³.

330. Les rattachements aujourd'hui retenus en matière de couple, qu'il s'agisse de la formation des statuts ou de la détermination de leurs effets, permettent d'affirmer que cette perception de la permanence a été profondément bouleversée par les récentes modifications. En effet, il apparaît qu'au stade de la création des statuts de couple, la recherche de la loi compétente ne vise plus la désignation d'une loi permettant que la question bénéficie de la « même réglementation » dans tous les ordres juridiques. Cette considération de justice conflictuelle disparaît complètement, au moins pour les nouvelles formes de conjugalité, au profit d'exigences liées à la justice matérielle. De fait, si les règles de conflit relatives au mariage homosexuel et au partenariat enregistré ne permettent pas systématiquement l'application de la *lex fori*, elles garantissent à tous l'application d'une des nouvelles valeurs françaises en matière de couple : la liberté de choix. Or cette faveur à la liberté entraîne des conséquences désastreuses en ce qui concerne la circulation des statuts créés en France : seul un nombre très réduit de ces statuts pourra être reconnu comme valable à l'étranger. En effet, si la France, par le biais d'une règle de conflit à coloration matérielle ou par celui d'un élément de rattachement nouveau en droit de la famille, parvient à assurer l'application d'une loi permissive à un grand nombre de couples, ceux-ci seront soumis, dans les ordres juridiques, à des lois prohibitives. L'idée de la permanence du statut a complètement disparu en la matière, au moins dans son acception abstraite.

331. Il serait toutefois erroné d'en déduire que tout objectif de coordination est nié par le système conflictuel français et, en réalité, la notion de permanence du statut réapparaît, sous une forme plus concrète, en ce qui concerne la circulation des statuts étrangers. Les règles de conflit, qui sont applicables tant à la formation qu'à la circulation des statuts de couple, permettent de désigner une loi validant, *a posteriori*, la formation du couple intervenue à l'étranger. De la même façon, les règles de conflit relatives aux effets, entendus au sens large, des statuts conjugaux permettent de respecter le choix des parties en ce qui concerne les effets qu'ils entendaient attachés à leur relation. La permanence prend alors la forme de respect de prévisions des parties.

⁵¹³P. Picone, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *préc.*, sp. 254, § 6 (les italiques sont présents dans l'original).

Titre II - La permanence répondant aux exigences de la circulation

332. Si la notion de permanence ressort transformée des récents bouleversements qu'a subis le droit international privé du couple, il apparaît qu'elle est tout autant influencée par les exigences de circulation posées tant par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour de Justice de l'Union Européenne. Ce constat peut, *a priori*, surprendre dans la mesure où ces juridictions ont vocation à contrôler l'application des textes qui, à première vue, ne touchent pas directement à la question de la permanence du statut. Il n'en demeure pas moins qu'elles ont, toutes deux, été amenées à se prononcer sur des litiges relatifs à la circulation des statuts de couple.

333. C'est alors par le biais de la circulation de ces statuts, et ce dans le but d'assurer l'effectivité des droits et libertés qu'elles protègent, que les Cours ont pu poser les fondements d'un principe selon lequel le statut personnel des individus doit être le même de part et d'autre des frontières. Ainsi, la Cour européenne a déduit du droit au respect de la vie privée et familiale une obligation à la charge des États contractants de reconnaître les statuts de couple formés à l'étranger (Chap. I). De façon similaire, il est désormais admis que la liberté de circulation reconnue aux citoyens de l'Union suppose que le citoyen qui circule soit accompagné de certains éléments de son statut personnel dans chaque État membre (Chap. II).

Chapitre I - La circulation de la relation de couple garantie par le droit du Conseil de l'Europe : le respect de la vie privée et familiale

334. L'article 8 de la Conv. EDH met à la charge des États l'obligation de protéger et de favoriser les relations de famille. Depuis l'origine du texte, la Cour a contrôlé le respect de cette disposition dans des situations ne présentant aucun élément d'extranéité, lorsque la relation de famille était créée et perdurait dans un seul et même État.

335. Plus récemment, l'évolution de la mobilité des populations, et donc des familles, a soulevé la question du jeu de la protection prévue à l'article 8 dans des situations de franchissement de frontière. De fait, la protection des relations de famille qui circulent est tout aussi nécessaire que celle des relations statiques. En effet, l'atteinte portée au respect de la vie privée et familiale peut résulter tant des actions ou inactions de l'État de constitution de la famille que de celles de l'État d'arrivée de la famille. Or, « lorsqu'un lien de famille est protégé au titre de droit de l'homme, il doit l'être dans tous les États partageant ces mêmes valeurs »⁵¹⁴. Apparaît ainsi l'idée que « la discontinuité dans l'espace [qui peut affecter] les relations de famille [pourrait constituer] une ingérence injustifiée au sens de l'article 8 »⁵¹⁵.

336. Ce constat a mené la Cour à octroyer une « dimension internationale »⁵¹⁶ au respect de la vie privée et familiale qui lui permet, désormais, de contrôler les actions d'un État confronté à la question de la reconnaissance de relations de famille constituées *extra muros*. Le droit au respect de la vie privée et familiale s'enrichit désormais d'un droit à la circulation de la relation de famille.

337. Ce droit à la circulation de la relation de famille, d'abord consacré dans le cadre de relations parent/enfant, a, récemment, été étendu à la matière du couple (Section I). Ainsi, les relations de couple sont désormais protégées, par l'article 8, de l'essentiel des dangers qui résultent du franchissement de frontière. Or, le franchissement de frontière étant l'un des éléments déclencheurs de l'application des règles de droit international privé, il est

⁵¹⁴A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp. 101, § 58.

⁵¹⁵R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *préc.*, sp. 467, § 186.

⁵¹⁶A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, intitulé du § 58, p. 101.

incontestable que les mécanismes mis en place en la matière pour assurer la circulation des situations conjugales étrangères doivent, plus que jamais, être contrôlés à l'aune de l'extension du champ d'application de la protection issue de l'article 8. Les effets que pourra avoir cette disposition sur ces mécanismes de droit international privé doivent désormais être appréciés au regard du droit à la circulation consacré par la jurisprudence de la Cour (Section II).

Section I - La reconnaissance d'un droit à la circulation de la relation de couple

338. À l'origine du texte, seule la relation du couple marié pouvait être considérée comme une relation familiale. La notion de vie familiale a, toutefois, été très largement entendue par la Cour européenne des droits de l'homme qui a, au fil de sa jurisprudence, intégré un nombre de plus en plus important de formes de couple au domaine de l'article 8. Ainsi, il est aujourd'hui possible de dire que très peu de types de couples ne seront pas couverts par cette protection (§I).

339. En parallèle de cette extension du domaine d'application de l'article 8, la Cour a procédé à une interprétation extensive du contenu de la protection qui peut, désormais, s'entendre comme octroyant aux particuliers le droit de « jouir de l'unité de [leur] statut personnel »⁵¹⁷ où qu'ils se trouvent (§II). De la combinaison de ces deux éléments, il apparaît aujourd'hui que toutes les formes de relation de couple juridiquement reconnues dans les différents États membres doivent pouvoir bénéficier d'une protection juridique sur le territoire de tous les États parties à la Convention.

§ I - Les relations de couple protégées par l'article 8 de la Convention

340. Il ne fait pas de doute que la famille, au moment de l'élaboration de la Convention, était entendue dans les différents États comme fondée sur l'union d'un homme et d'une

⁵¹⁷A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », *préc.*, p. 120, § 69.

femme dans les liens du mariage et reposait, alors, sur « l'imbrication des liens juridiques interpersonnels d'alliance ou de parenté »⁵¹⁸. La relation familiale était donc la relation unissant par le mariage les membres de deux groupes familiaux, eux-mêmes fondés sur des mariages (A).

341. Incluant, au fur et à mesure, les différents types de couples non mariés dans la notion de vie privée et familiale (B), la Cour a procédé à une réelle « réécriture de la Convention »⁵¹⁹ et plus précisément de l'article 8. Il faut alors noter qu'en sus de cette assimilation des couples unis par d'autres liens que le mariage aux relations de famille, l'article 8 impose désormais que les couples homosexuels bénéficient d'une protection équivalente à celle accordée aux couples hétérosexuels (C). Très peu de formes de couple sont désormais exclues de la protection conventionnelle (D).

A. Le couple marié

342. Un arrêt assez ancien a permis à la Cour européenne d'énoncer expressément que la relation unissant deux personnes mariées relevait de la notion de vie familiale. Dans cet arrêt de 1985⁵²⁰, la Cour devait se prononcer sur la conformité du refus d'octroyer un titre de séjour aux époux de femmes ressortissantes ou résidentes au Royaume-Uni avec l'article 8 de la Convention.

343. La Cour avait alors dû se prononcer sur l'existence d'une vie familiale découlant des mariages unissant chacun des couples de requérants. Dans cette affaire, le juge européen commençait par rappeler que la notion de relation de famille impose, de façon logique, l'existence d'une famille. Or, selon ses termes, « quoi que le mot "famille" puisse désigner par ailleurs, il englobe la relation née d'un mariage légal et non fictif »⁵²¹⁵²² tels que ceux formés par deux des requérantes. Il soulignait, au surplus, que l'une de ces deux

⁵¹⁸P. Murat, « Filiation et vie familiale », in Sudre (dir), *Droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n° 38, Bruylant, 2002, p. 161, sp. 163.

⁵¹⁹F. Sudre, « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 597, sp. 598.

⁵²⁰CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, requêtes 9214/80, 9473/81 et 9474/81.

⁵²¹Point 62 de l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, préc.

⁵²²V. pour l'exclusion des mariages fictifs du domaine de l'article 8, la décision de la CEDH du 19 septembre 2017, *Conchetta Schembri c. Malte*, req. 66297/13.

requérantes avait cohabité avec son époux, alors que la seconde avait cohabité et eu un enfant avec le sien. Il apparaissait alors qu'un mariage valable et non fictif, confirmé par une cohabitation et éventuellement la naissance d'un enfant devait être protégé par l'article 8 de la Convention.

344. Restait en suspens la question du mariage de la troisième requérante. Ce mariage avait été célébré à l'étranger et n'était pas valable aux yeux de son État de célébration. Les époux n'avaient pas rempli toutes les conditions posées par le droit de cet État. En sus, les époux n'avaient jamais pu cohabiter, l'épouse vivait seule sur le territoire britannique, territoire que l'époux n'avait jamais été autorisé à rejoindre. Le gouvernement britannique se fondait du reste sur la nullité du mariage et l'absence de cohabitation pour demander que la requête soit considérée comme irrecevable. Le mariage étant nul et les époux n'ayant jamais cohabité, il ne pouvait y avoir de vie familiale à protéger.

La Cour avait pourtant suivi un raisonnement tout autre. Tout d'abord, elle a refusé de prendre en considération la controverse liée à la nullité du mariage. Mais surtout, elle s'est fondée sur la croyance que les époux avaient quant à la réalité de leur mariage pour constater l'existence d'une relation de famille. En l'espèce, « une cérémonie de mariage avait eu lieu entre M. et Mme Cabales qui, les pièces du dossier le montrent, se croyaient mariés et souhaitaient sincèrement cohabiter et mener une vie familiale normale, comme ils n'ont pas manqué de le faire par la suite ». Ce qui permettait à la Cour de considérer que « le lien noué ainsi était assez étroit pour entraîner la mise en jeu de l'article 8 »⁵²³.

345. De cet arrêt, il est possible de déduire que l'article 8 peut avoir vocation à protéger des mariages qui non seulement ne sont pas valables, mais, en sus, n'ont jamais donné lieu à une cohabitation. Ce qui importe est la croyance, si elle peut être considérée comme légitime, des époux en la validité de leur union et leur volonté de cohabiter. Les conditions d'application de l'article 8 aux unions matrimoniales sont alors très souples.

⁵²³Point 63 de l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkindali c. Royaume-Uni*, préc..

B. Le couple non marié

346. Alors que la famille a longtemps consisté en « une situation de droit nettement articulée sur la différence des sexes »⁵²⁴, la Cour a posé le principe selon lequel l'existence ou l'absence d'une vie familiale est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits, et la différence de sexe n'est plus, désormais, prise en compte dans la reconnaissance d'une relation familiale⁵²⁵. En l'absence de définition de la relation familiale, le juge européen a, au cas par cas, de façon inductive, vérifié si les différentes relations qui lui ont été présentées entraînent ou non dans le champ d'application de l'article 8. Et aujourd'hui, la lecture de la jurisprudence de la Cour montre que celle-ci ne protège pas une famille abstraite et idéale, mais place sur un pied d'égalité une multitude de formes de cellules familiales. La relation familiale protégée aujourd'hui n'a plus rien à voir avec la famille connue au moment de l'élaboration de la Convention. En cela l'interprétation de la Cour n'est pas seulement évolutive, elle est aussi « dynamique »,⁵²⁶ dans le sens où, « partant du texte de la Convention, [le juge] en tire une conception élargie des droits proclamés, voire de l'existence de droits qui n'ont pas été primitivement perçus comme en faisant partie »⁵²⁷.

347. Ainsi, le juge européen, développant sa jurisprudence selon un modèle inductif⁵²⁸, a intégré, à la notion de relation de famille, le couple hétérosexuel non marié et sans enfant (1). Une fois admis que l'article 8 pouvait être applicable en l'absence de mariage, la Cour a étendu son champ d'application pour y intégrer le couple formé par une personne transsexuelle (2) puis le couple homosexuel (3).

1. Le couple hétérosexuel non marié

⁵²⁴P. Murat, « Filiation et vie familiale », *préc.*, sp. 161.

⁵²⁵*Ibid.*

⁵²⁶F. Sudre, « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », *préc.*, sp. 598.

⁵²⁷P. Rolland, « Le contrôle de l'opportunité par la cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau et F. Sudre (dir), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990, p. 70.

⁵²⁸V. Lamanda, « Le juge judiciaire, juge naturel de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *La conscience des droits Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 363.

348. En 1986, la Commission, faisant preuve d'une « interprétation avant-gardiste »⁵²⁹, admettait dans sa décision *S. contre Royaume-Uni*⁵³⁰ que « la famille à laquelle peut être assimilée la relation de couple hétérosexuel non marié, mais cohabitant comme mari et femme, mérite une protection particulière dans la société ».
349. La même année, la Cour optait pour une solution analogue dans son arrêt *Johnston et autres contre Irlande*⁵³¹. Dans cette affaire, Monsieur Johnston avait épousé, en 1952, Mlle M., avec qui il avait eu 3 enfants. Après plusieurs années de vie commune, le couple s'était séparé et chacun des époux avait entamé, de son côté, une relation de concubinage. De la relation liant M. Johnston avec sa concubine était née une enfant et celui-ci désirait divorcer pour se marier avec la mère de son enfant. Le droit irlandais interdisant le divorce, M Johnston, sa compagne et leur enfant avaient saisi la Cour européenne des droits de l'homme pour violation, entre autres, de l'article 8 de la Convention.
350. Il appartenait alors à la Cour de décider dans un premier temps si la relation adultérine qui unissait les deux requérants pouvait être considérée comme une relation familiale au sens de l'article 8. Rappelant dans le paragraphe 55 de son arrêt que le droit au respect de la vie de famille présupposait l'existence d'une famille, que ce soit une famille « naturelle » ou « légitime », elle déclare que les requérants qui « vivent ensemble depuis quelques quinze ans, constituent manifestement une “famille” » aux fins de la Convention. La Cour admettait, ainsi, que l'union d'un homme et d'une femme hors du mariage constituait une famille dès lors que ceux-ci cohabitaient.
351. Quelques années plus tard, la Cour avait dans son arrêt *Kroon et autres contre Pays-Bas*⁵³² supprimé la condition de cohabitation nécessaire à la constatation d'une relation familiale. En l'espèce, Mme Kroon avait entamé une relation de concubinage adultérine avec M. Zerrouck. De cette relation était né un fils Samir, en 1987. L'époux de la mère était inscrit comme père de l'enfant sur les registres officiels. Mme Kroon et son compagnon demandèrent à ce que le lien de filiation établi entre Samir et celui qui était encore le mari de Mme Kroon à la date de naissance du fils soit annulé, afin que M. Zerrouck, son père biologique, puisse le reconnaître. Les juridictions des Pays-Bas

⁵²⁹P. Hilt, *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme analyse du droit français*, Presse Universitaires d'Aix Marseille, 2004, § 633.

⁵³⁰Com EDH, 14 mai 1986, *S. contre Royaume-Uni*, req. 11716/85.

⁵³¹CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres contre Irlande*, req. 9697/82.

⁵³²CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres contre Pays-Bas*, req. 18535/91.

refusèrent d'annuler cette filiation, empêchant de ce fait M. Zerrouck de reconnaître Samir. En 1989 et 1992, trois autres enfants naissent de la relation entre Mme Kroon et M. Zerrouk et, alors que le couple ne cohabitait pas, tous deux participaient à la garde et à l'éducation des enfants.

352. Mme Kroon, M. Zerrouk, ainsi que Samir, invoquèrent, devant la Cour européenne, une violation de l'article 8 au titre de la vie familiale pris isolément et en combinaison avec l'article 14. Cette violation était, selon eux, constituée par le refus des autorités néerlandaises d'annuler la première filiation afin d'établir la seconde.

Ici, les deux parents ne cohabitaient pas et, dès lors, leur relation ne devait pas, *a priori*, être constitutive d'une relation familiale. De ce fait, l'article 8 ne devait pas être applicable à la question.

Pourtant, « la solution retenue par le juge [...] manifeste à quel point celui-ci, désireux de protéger la cellule familiale quel que soit son mode de vie, n'attribue à la cohabitation aucun rôle déterminant dans la reconnaissance du couple »⁵³³. En effet, après avoir rappelé que la notion de vie familiale pouvait englober des liens familiaux *de facto* en cas de cohabitation hors mariage⁵³⁴, la Cour indiquait qu'« exceptionnellement d'autres facteurs [pouvaient] servir à démontrer qu'une relation a suffisamment de constance »⁵³⁵ pour créer de tels liens. Ainsi, en cas d'absence de cohabitation, la Cour peut rechercher d'autres éléments permettant d'établir l'effectivité de la relation, comme ici, la naissance de quatre enfants.

353. La Cour se donne alors la possibilité de faire entrer le plus grand nombre de formes de couples dans le champ d'application de l'article 8. La cohabitation du couple crée la famille, mais en l'absence de celle-ci, la Cour pourra chercher d'autres éléments établissant la « constance » de la relation et ainsi l'existence de la famille.

⁵³³M. Lévinet, « Couple et vie familiale », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis – Bruylant, coll. Droit et justice n° 38, 2002, p. 111, sp. 124.

⁵³⁴Point 30 de l'arrêt *Kroon et autres contre Pays-Bas*, préc.

⁵³⁵Point 30 de l'arrêt *Kroon et autres contre Pays-Bas*, préc.

2. Le couple de la personne transsexuelle non mariée

354. Une fois admise l'existence d'une relation de famille au sein du couple hétérosexuel non marié, la question s'est posée, dès 1997, au juge européen de savoir si les couples formés par un transsexuel pouvaient aussi bénéficier de la protection conventionnelle⁵³⁶. Cette affaire a donné lieu à l'arrêt *X. Y. Z. contre Royaume-Uni*⁵³⁷. En l'espèce, X était né en 1955 de sexe féminin avant de subir une opération de conversion sexuelle en 1979. Il cohabitait avec Y, de sexe féminin, depuis cette même année. En 1992, sa compagne, grâce à une insémination artificielle avec donneur, donna naissance à une petite fille. Un autre enfant était né par la suite selon la même procédure. Les deux parents désiraient s'inscrire comme tels sur le registre des naissances, mais les autorités anglaises refusèrent d'inscrire X en tant que père. Saisi d'une requête en violation de l'article 8 pris isolément et en combinaison avec l'article 14, le juge européen devait en premier lieu se prononcer sur la qualification de la relation qui unissait les requérants. Très rapidement, en deux courts paragraphes, et sans faire aucune référence à la reconnaissance de tels couples dans les différents droits internes, la Cour procéda à « une extension spectaculaire de la notion de vie familiale »⁵³⁸.

En premier lieu, la Cour rappela sa jurisprudence antérieure. Ainsi, dans le paragraphe 36 de son arrêt, elle indiqua que le concept de « vie familiale » englobe, en sus des familles fondées sur le mariage, d'autres relations *de facto*. Elle donna ensuite certains éléments permettant de constater qu'une relation *de facto* en particulier constituait une relation familiale, « comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, et s'ils ont eu des enfants ensemble, de manière naturelle ou autre, preuve de leur engagement l'un envers l'autre ». Ce faisant, elle reprend, en modifiant un peu les termes utilisés, l'idée de constance de la relation, démontrée par la cohabitation ou la présence d'enfants. La cohabitation ne semble plus dans cet arrêt avoir une place prépondérante pour la détermination d'une telle relation⁵³⁹.

⁵³⁶La question de l'application de l'article 8 ne se posait, ici, que dans son volet vie familiale. La question de l'applicabilité du droit au respect de la vie privée à la reconnaissance juridique du changement de sexe d'un transsexuel avait déjà été résolue par la Cour depuis l'arrêt *Rees* (10 octobre 1986, req. 9532/81). Le constat de non-violation posé en l'espèce découlait du contenu du droit anglais qui respectait la marge de manœuvre qui lui était offerte. Au contraire, la France avait pour la même question été condamnée en 1992 dans l'arrêt *B. contre France* (25 mars 2002, req. 13343/87).

⁵³⁷CEDH, 22 avril 1997, *X., Y., Z. contre Royaume-Uni*, req. 21830/93.

⁵³⁸M. Lévinet, « Couple et vie familiale », *préc.*, sp. 144.

⁵³⁹En 2013, la Cour reconnaîtra d'ailleurs, dans son arrêt *Vallianatos* (CEDH 7 novembre 2013, req. 29381/09 et 32684/09), l'existence d'une relation familiale au sein d'un couple homosexuel alors que le couple ne cohabitait pas et n'avait pas d'enfant. L'absence de cohabitation étant liée à des raisons professionnelles et sociales, elle n'impliquait pas que la relation ne puisse entrer dans le champ d'application de l'article 8. La stabilité de la relation était, dans cette affaire, démontrée par le fait que l'un des concubins payait les

L'apport de l'arrêt apparaît dans le paragraphe suivant, puisque le juge continuait en indiquant que X vivait avec Y depuis plusieurs années, « assumant aux yeux de tous le rôle de partenaire masculin » et que tous deux avaient une enfant. À ceci, elle ajoutait qu'X « se [comportait] à tous les égards [comme son] père ». De ceci, la Cour déduisait l'effectivité de la vie familiale qui unissait les trois requérants. Pour reconnaître le lien unissant X et l'enfant Z, elle commençait par établir l'existence d'un lien entre X et Y, couple formé par une personne transsexuelle.

355. La solution fait preuve d'une grande nouveauté et démontre encore une fois la volonté du juge européen de reconnaître une grande majorité des formes de couples existant dans nos sociétés actuelles. Pourtant, malgré l'aspect innovant d'une telle position, la Cour ne prend pas réellement le temps de se prononcer sur la particularité de l'affaire. Alors qu'à la même époque, elle ne condamne pas le refus des autorités anglaises de reconnaître juridiquement les changements de sexe des transsexuels et qu'elle refuse de leur octroyer le bénéfice de l'article 12, elle accepte d'intégrer les couples qu'ils forment à la notion de vie familiale. À la lecture de l'arrêt ici examiné, il semble que l'apparence d'une appartenance à un genre suffise au jeu de l'article 8, au contraire de l'article 12⁵⁴⁰.

356. De fait, par cet arrêt qui touche une réelle question de société, bien plus que les précédents, la Cour continue son travail de construction de la notion de vie familiale sans réellement argumenter son choix. Elle ne fait pas non plus référence à une quelconque évolution du droit international ou au consensus entre les États signataires.

Ainsi, comme l'affirme le Professeur Sudre, l'interprétation que fait la Cour de la notion de vie familiale n'est pas une interprétation consensuelle, mais dynamique et constructive, le consensus n'intervenant pas dans son œuvre d'extension de la notion de vie familiale.

Ce contrôle du consensus entre les États signataires n'est en effet apparu que plus tard alors que la juridiction strasbourgeoise a dû se prononcer sur la qualification de la relation de couple entre personnes de même sexe.

cotisations sociales de l'autre (point 8 de l'arrêt).

⁵⁴⁰L'extension de la notion de mariage pour y intégrer le mariage d'un transsexuel n'interviendra qu'en 2002 avec l'arrêt *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. 28957/95.

3. Le couple homosexuel non marié

357. En toute logique, après que les couples hétérosexuels non mariés et les couples formés par un transsexuel ont été assimilés à des relations familiales, ne restait en suspens que la question des couples homosexuels.

358. Leur intégration dans la notion de vie familiale est relativement récente, puisqu'il a fallu attendre l'arrêt *Schalk et Kopf contre Autriche* en 2010⁵⁴¹ pour que la Cour leur accorde le bénéfice de ce volet de l'article 8. Avant cette date, les organes de la Convention s'étaient prononcés à plusieurs reprises pour refuser à la relation de couple entre personnes de même sexe la qualification de relation familiale.

359. Déjà en 1983, la Commission, dans sa décision *X et Y contre Royaume-Uni*⁵⁴², avait énoncé « qu'en dépit de l'évolution contemporaine des mentalités vis-à-vis de l'homosexualité, [elle estimait] que les relations des requérants ne [relevaient] pas du droit au respect de la vie familiale ». Près de dix ans plus tard, reprenant la même formule, elle maintint sa position dans la décision *Kerkhoven*⁵⁴³.

Dix ans plus tard encore, ce sera à la Cour de confirmer la position de la Commission dans son arrêt *Mata Estevez contre Espagne*⁵⁴⁴. Ainsi, pendant près de 20 ans, les organes de la Convention ont refusé de protéger le couple homosexuel.

Il aura alors fallu attendre l'année 2010 pour que le couple formé par deux personnes homosexuelles puisse être intégré à la notion de famille. Dans cette affaire⁵⁴⁵, les requérants, un couple d'homosexuels qui en vertu du droit autrichien ne pouvaient ni se marier ni faire reconnaître juridiquement leur relation, invoquaient à la fois une violation de l'article 12 et une violation de l'article 8 en combinaison avec l'article 14.

360. Pour la première fois, la Cour reconnaissait dans le couple homosexuel une relation de famille pouvant bénéficier de la protection de la vie familiale⁵⁴⁶. Pour modifier sa jurisprudence, elle se fondait sur « une tendance croissante à englober les couples

⁵⁴¹CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, req. 30141/04.

⁵⁴²ComEDH, 3 mai 1983, *X. et Y. contre Royaume-Uni*, req. 9369/81.

⁵⁴³ComEDH, 19 mai 1992, *Kerkhoven contre Pays-Bas*, req. 1566/89.

⁵⁴⁴CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez contre Espagne*, req. 56501/00.

⁵⁴⁵CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, préc.

⁵⁴⁶En fait, dans son arrêt *Kozak* (2 mars 2010, req. 13102/02), la Cour avait déjà fait application du droit au respect de la vie familiale dans le cadre d'une relation homosexuelle, mais le juge n'avait pas justifié sa position aussi clairement que dans l'arrêt *Schalk et Kopf*.

homosexuels dans la notion de famille»⁵⁴⁷, tendance qui se constatait tant en ce qui concerne les États parties à la Convention⁵⁴⁸ qu'à propos du droit de l'Union européenne⁵⁴⁹. Ainsi, observant « l'évolution rapide dans de nombreux États »⁵⁵⁰ de « l'attitude de la société envers les couples homosexuels »⁵⁵¹, elle considérait « qu'il [était] artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une "vie familiale" aux fins de l'article 8 ». ⁵⁵² Dès lors qu'un couple homosexuel cohabite de manière stable, leur relation peut être considérée comme une relation familiale au sens de la Convention.

361. L'interprétation ici faite par la Cour semble s'approcher d'une interprétation consensuelle⁵⁵³, mais n'en est pas tout à fait une. En effet, selon les paragraphes 27 à 29 de l'arrêt, en 2010, 22 des 47 États membres auraient ou seraient sur le point de reconnaître juridiquement les couples homosexuels. C'est-à-dire moins de la moitié d'entre eux. Il n'existe donc aucun consensus, aucun « dénominateur commun amplement partagé » allant en ce sens, à cette date, entre les différents États. S'il est vrai qu'il existait une « tendance croissante » depuis une dizaine d'années, tendance qui, « l'avenir » nous l'a dit, ne s'est pas démentie, la recherche d'un consensus à cette époque allait plutôt vers le refus de telles unions dans les États membres. « Ce n'est donc pas au stade des définitions des droits garantis que la Cour fait appel au consensus »⁵⁵⁴, et la Cour européenne fait encore une fois preuve d'une interprétation constructive de la notion de famille.

362. De cette interprétation résulte, aujourd'hui, que toutes les formes de couples non mariés, adultérins ou non, hétérosexuels ou non, bénéficient de la protection de l'article 8 de la Convention et doivent, par conséquent, bénéficier d'une protection équivalente dans chacun des ordres juridiques des États parties.

⁵⁴⁷Point 93 de l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc.

⁵⁴⁸Points 27 à 30 de l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc.

⁵⁴⁹Point 26 de l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc.

⁵⁵⁰Point 93 de l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc.

⁵⁵¹Point 93 de l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc.

⁵⁵²Point 94 de l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc.

⁵⁵³C. Le Douaron, « Convention européenne et mariage homosexuel », *Dalloz actualité*, 31 août 2010.

⁵⁵⁴F. Maisonnasse, « La jurisprudence de la CEDH : instrument d'une européanisation du droit de la famille », *Revue des mutations du droit*, 2011, p. 5.

C. Le couple homosexuel et le couple hétérosexuel : une protection équivalente quelle que soit l'orientation sexuelle du couple

363. Si la relation de couple de personnes de même sexe n'a été qualifiée comme une relation de famille qu'en 2010 dans la jurisprudence de la Cour, celle-ci a, une fois ce cap franchi, très rapidement imposé que les personnes homosexuelles soient, en matière de couple, placées dans une situation équivalente à celle des personnes hétérosexuelles.

364. L'article 8 impose désormais que les personnes de même sexe aient accès, dans tous les États parties, non seulement à une forme de relation juridiquement protégée (1), mais aussi que le statut offert à ces couples soit équivalent au mariage (2).

1. L'obligation d'offrir un statut juridique aux couples homosexuels

365. La consécration de l'obligation positive de prévoir un statut de couple aux personnes homosexuelles est passée par deux étapes. La Cour a d'abord imposé aux États qui mettaient en place un statut de couple parallèle au mariage, sous la forme d'un partenariat enregistré, que celui-ci soit accessible aux couples de personnes de même sexe (a) avant d'imposer à tous les États d'offrir un statut juridique ouvert à ces couples (b).

a) L'interdiction de discrimination dans l'accès au partenariat enregistré

366. Avant l'arrêt *Oliari* en 2015⁵⁵⁵, la Cour ne tirait de la Convention aucune obligation de mettre en place un statut juridique ouvert aux couples homosexuels. En revanche, si un État choisissait de créer un statut juridique de couple en marge du mariage, alors le principe de non-discrimination lui interdisait de le réserver aux seuls couples hétérosexuels. La Cour a ainsi condamné la Grèce qui, en 2008, avait instauré un « pacte de vie commune » auquel les couples de personnes de même sexe n'avaient pas accès.

⁵⁵⁵CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres contre Italie*, req. n° 18766/11 et 36030/11.

Dans cet arrêt *Vallianatos*⁵⁵⁶, la Cour précise bien que les requérants faisaient grief à la Grèce « non pas d'avoir failli à répondre à une obligation positive qui lui aurait été imposée par la Convention, mais d'avoir introduit une distinction qu'ils estiment discriminatoire à leur égard »⁵⁵⁷. Il n'existait aucune obligation à la charge des États à l'époque, mais la relation stable unissant deux personnes homosexuelles tombant sous l'empire de l'article 8, la Cour devait se prononcer sur l'existence d'une discrimination en l'espèce. De façon habituelle dans le cadre de l'article 14, le juge européen constatait que les couples de personnes de même sexe étaient dans une situation comparable à celle des couples entre personnes de sexe différent et que la législation prévoyait une différence de traitement entre les deux situations. Il lui revenait donc de contrôler la légitimité des motifs pour lesquels le gouvernement avait choisi de n'ouvrir son pacte de vie commune qu'aux couples hétérosexuels, motifs qui devaient être particulièrement solides et convaincants⁵⁵⁸. En effet, « les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention »⁵⁵⁹.

367. Si, dans son arrêt, la Cour reconnaît bien la légitimité des arguments avancés par le gouvernement, que sont le souci de protéger la famille traditionnelle et l'intérêt de l'enfant⁵⁶⁰, elle n'a pas été convaincue que la législation réponde de façon proportionnée aux objectifs poursuivis. Le contrôle du rapport de proportionnalité est ici poussé dans la mesure où la marge d'appréciation des États en matière d'orientation sexuelle est étroite⁵⁶¹. Et la Cour, examinant la législation de façon très précise, constatait qu'elle ne se contentait pas d'offrir un statut juridique aux couples hétérosexuels ayant des enfants, mais était ouverte à tous les couples hétérosexuels. Elle ne visait pas la seule protection des enfants et de la famille traditionnelle, mais offrait un statut particulier aux couples de personnes de sexe différent en dehors du mariage. Elle ne visait donc pas réellement la protection des objectifs affichés et « le gouvernement [n'avait] pas fait état de raisons solides et convaincantes pouvant justifier l'exclusion des couples de même sexe »⁵⁶². La différence de traitement mise en place par la loi de 2008 était donc constitutive d'une discrimination. Ici, l'émergence d'une tendance vers la reconnaissance des couples homosexuels ne plaçait

⁵⁵⁶CEDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres contre Grèce*, req. n° 29381/09 et 32684/09.

⁵⁵⁷Point 75 de l'arrêt *Vallianatos*, préc.

⁵⁵⁸CEDH, 24 juillet 2003, *Karner contre Autriche*, req. n° 40016/98, § 37 et 42.

⁵⁵⁹Point 77 de l'arrêt *Vallianatos*, préc.

⁵⁶⁰Point 83 de l'arrêt *Vallianatos*, préc.

⁵⁶¹Point 77 de l'arrêt *Vallianatos*, préc.

⁵⁶²Point 91 de l'arrêt *Vallianatos*, préc.

pas obligatoirement le gouvernement grec en situation de discrimination puisque « le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention »⁵⁶³. Ce n'était pas alors l'absence de reconnaissance juridique des couples homosexuels qui violait la Convention, mais l'absence de justification de la différence de traitement mise en place dans l'accès au pacte de vie commune.

368. La situation a, aujourd'hui, évolué dans la mesure où il existe, depuis 2015⁵⁶⁴, une obligation positive à la charge des États de prévoir un statut conjugal juridique ouvert aux personnes homosexuelles.

b) La consécration d'une obligation positive d'instaurer un statut de couple ouvert aux personnes homosexuelles.

369. Dans l'arrêt *Oliari et autres contre Italie*⁵⁶⁵, trois couples de requérants, couples homosexuels tous installés dans une relation stable, invoquaient une violation de leur droit au respect de la vie privée et familiale en raison de l'absence de statut juridique accessible par eux dans le droit italien. La question soulevée ici était alors celle de la violation d'une obligation positive de fournir aux couples homosexuels un cadre juridique permettant la reconnaissance et la protection de leur relation⁵⁶⁶. La Cour devait alors en premier lieu, puisqu'elle ne l'avait encore jamais fait, constater l'existence d'une telle obligation à la charge des États. Ce qu'elle fait de façon lapidaire avant de déclarer que l'Italie ne répond pas à cette obligation. En effet, la Cour se contente de répéter que les couples homosexuels et les couples hétérosexuels se trouvent devant le même besoin de reconnaissance et de protection juridique de leur relation⁵⁶⁷. Ici, elle reprend la même formule que dans son arrêt *Schalk et Kopf*. Mais alors qu'en 2010, ce constat permettait de démontrer la similarité de situations nécessaire à la vérification d'une éventuelle discrimination, en 2015, il justifie l'existence d'une obligation positive. Le fossé est énorme entre les deux situations. En effet, si cette similarité pouvait légitimement entraîner le contrôle de l'existence d'une

⁵⁶³Point 92 de l'arrêt *Vallianatos*, préc.

⁵⁶⁴CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres contre Italie*, req. 18766/11 et 36030.

⁵⁶⁵CEDH *Oliari et autres contre Italie*, préc.

⁵⁶⁶Point 164 de l'arrêt *Oliari*, préc.

⁵⁶⁷Point 165 de l'arrêt *Oliari*, préc.

discrimination, elle ne semble que difficilement permettre, à elle seule, la consécration d'une obligation nouvelle. Pourtant, la Cour n'explique pas en quoi cet état de fait nécessitait une évolution de l'interprétation de l'article 8. Se contentant de répéter ce qu'elle avait déjà dit précédemment, elle semble indiquer que l'obligation positive avait déjà été dégagée en 2010. Et, si la condamnation de l'Italie paraissait inévitable au vu de la récente jurisprudence en matière de couples homosexuels, l'absence d'explication peut ici surprendre. Ceci d'autant plus qu'il n'existe aucun consensus européen en la matière. En effet, seuls 24 États sur les 47 avaient mis en place, en 2015, un cadre légal de reconnaissance des couples homosexuels,⁵⁶⁸ c'est-à-dire à peine plus de la moitié d'entre eux.

370. Pourtant avec l'arrêt *Oliari*, la Cour impose aux États membres de légiférer afin soit d'ouvrir leur mariage aux couples de même sexe, soit de mettre en place un statut particulier pour ces couples. En cela, elle influence très fortement leur droit de la famille, et ce d'autant plus qu'elle pose les bases du contenu du statut ouvert aux couples homosexuels.

2. L'obligation d'offrir des statuts juridiques équivalents aux couples homosexuels et aux couples hétérosexuels

371. Déjà en 2010, la Cour avait été amenée à se prononcer sur la question du contenu que le statut juridique offert aux couples de même sexe devait présenter. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf*⁶⁹, les requérants invoquaient une discrimination liée à la différence d'effets entre les mariages et les partenariats enregistrés. À cette requête, la Cour répondait que « les États bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique »⁵⁷⁰. Refusant dans cet arrêt de contrôler chacune des dispositions du droit autrichien en matière de partenariat enregistré, elle constatait que de façon globale, celui-ci suivait la tendance générale qui voulait que les statuts soient proches quant aux conséquences patrimoniales du partenariat

⁵⁶⁸Point 55 de l'arrêt *Oliari*, préc.

⁵⁶⁹CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, req. 30141/04.

⁵⁷⁰Point 108 de l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc.

et du mariage et plus éloignés en ce qui concerne les droits parentaux⁵⁷¹. Dès lors, la Cour ne constatait aucune discrimination en l'espèce⁵⁷². La Cour rappelait encore très récemment l'existence de cette marge d'appréciation laissée aux États⁵⁷³. Cette solution est logique dans la mesure où le juge refuse d'imposer aux États d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Interdire toute différence entre le statut reconnu aux couples de même sexe et le mariage reviendrait à obliger les États à respecter une telle obligation sous couvert de l'article 14. Or, elle a déjà indiqué à plusieurs reprises que l'article 14 ne pouvait pas avoir pour effet de consacrer une obligation non prévue par l'article 12.

372. Dans son arrêt *Oliari*⁵⁷⁴, la Cour se prononce plus précisément sur les droits et obligations qui doivent être offerts aux couples homosexuels. Dans cette affaire, elle devait se pencher sur la législation italienne en vigueur en 2015. Il existait, à cette date, une possibilité pour ces couples de s'enregistrer dans certaines municipalités italiennes. Mais cet enregistrement n'avait qu'une valeur symbolique dans la mesure où il ne conférait ni statut ni droits particuliers. Les couples enregistrés restaient, en réalité, dans la situation d'unions de fait. La Cour pointait alors du doigt les lacunes du droit italien. Bien que les couples aient la possibilité, par contrat, de régler dans une certaine mesure les relations qu'ils entretiennent, ils ne pouvaient pas parvenir, par ce biais, à la protection de certains besoins que la Cour considère comme « fondamentaux »⁵⁷⁵. Ainsi, ils ne pouvaient mettre en place de droits ou d'obligations liés à la question de l'entraide matérielle ou morale, des obligations alimentaires ou du droit des successions dans le cadre de leur couple. De la même façon, la cohabitation était la condition nécessaire et suffisante à la conclusion de tels contrats. Ceux-ci ne pouvaient alors être considérés comme visant la protection du couple ; mais surtout, ils imposaient une condition de cohabitation alors que la Cour avait déjà pu constater l'existence d'une relation de couple en l'absence d'une telle cohabitation.

Il fallait donc en conclure, qu'en l'état, la législation italienne n'était pas conforme aux exigences posées par l'article 8 de la Convention.

⁵⁷¹Point 109 de l'arrêt *Schalk et Kopf, préc.*

⁵⁷²Point 110 de l'arrêt *Schalk et Kopf, préc.*

⁵⁷³Point 48 de l'arrêt *Chapin et Charpentier contre France* (CEDH, 9 juin 2016, req. 40183/07). Toutefois, le propos doit être nuancé dans la mesure où la Cour a donné dans son arrêt *Oliari* ce qui semble être un guide des droits minimaux qui doivent être conférés aux couples homosexuels.

⁵⁷⁴CEDH, *Oliari et autres contre. Italie, préc.*

⁵⁷⁵Point 169 de l'arrêt *Oliari, préc.*

373. Par cet arrêt, la Cour impose un certain contenu au statut reconnu aux couples de même sexe. Si elle admet que les États « bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré »⁵⁷⁶ aux couples homosexuels, elle pose certains éléments comme nécessaires. La marge d'appréciation est alors moins étendue qu'il ne le semblait dans l'arrêt *Schalk et Kopf* et la Cour donne, désormais, une sorte de guide aux États dans les effets qu'ils doivent octroyer aux statuts ouverts aux couples homosexuels.

374. L'État qui ferait le choix de prévoir un statut particulier pour les couples de même sexe sans respecter ce guide violerait les obligations découlant de la Convention. Désormais, les couples homosexuels doivent pouvoir bénéficier d'une protection équivalente à celle offerte aux couples hétérosexuels par le biais du mariage.

375. Un arrêt récent⁵⁷⁷ a, par ailleurs, permis à la Cour d'énoncer que si les couples homosexuels devaient bénéficier des mêmes droits que les couples hétérosexuels, l'inverse était tout aussi vrai.

Dans cette affaire, c'était un couple de personnes de sexe différent qui se sentait discriminé. Ce couple, résidant en Autriche, pouvait se marier, mais ne pouvait enregistrer un *eingetragene Lebenspartnerschaft*. Or ce couple, repoussé par la rigidité du statut d'époux, était attiré par la modernité et la légèreté du statut de partenaires⁵⁷⁸.

Saisie d'une requête en violation de l'article 8 combiné à l'article 14, la Cour devait contrôler l'existence d'une discrimination au détriment des requérants. Elle commençait, logiquement, en rappelant que les couples hétérosexuels et les couples homosexuels étaient dans une situation comparable au regard de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection⁵⁷⁹. Elle appréciait alors le refus d'accès au partenariat enregistré au regard du contexte juridique global. Elle soulignait que ces partenariats avaient été conçus, en Autriche, comme une alternative au mariage⁵⁸⁰. Ils permettaient aux couples homosexuels de bénéficier d'un statut équivalent ou similaire au mariage, statut accessible aux requérants. La Cour décidait alors que, dans la mesure où les deux statuts étaient équivalents ou similaires et ne présentaient que de légères différences quant à leurs effets

⁵⁷⁶Point 177 de l'arrêt *Oliari*, préc., point 108 de l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc., point 48 de l'arrêt *Chapin et Charpentier*, préc.

⁵⁷⁷CEDH, 26 octobre 2017, *Ratzenböck and Seydl contre Austria*, req. 28475/12.

⁵⁷⁸Point 42 de l'arrêt *Ratzenböck and Seydl*, préc.

⁵⁷⁹Point 35 de l'arrêt *Ratzenböck and Seydl*, préc.

⁵⁸⁰Point 40 de l'arrêt *Ratzenböck and Seydl*, préc.

patrimoniaux, le refus de laisser les requérants choisir entre l'un ou l'autre des statuts ne saurait constituer une discrimination⁵⁸¹. *A contrario*, si les différences entre le *eingetragene Lebenspartnerschaft* et le mariage avaient été trop marquées, alors les limites posées à l'accès des deux formes de couples et fondées sur l'orientation sexuelle des individus auraient été discriminatoires. Ainsi, « sur ce point, l'arrêt se situe dans le droit fil du précédent *Schalk et Kopf* qui ne reconnaît pas de droit au mariage pour les couples homosexuels. Par analogie, l'arrêt en tire la conclusion qu'il n'y a pas de droit à l'union civile pour les conjoints de sexe différent qui bénéficient déjà du mariage »⁵⁸². Il apparaît alors que l'article 8 de la Convention oblige les États à protéger toutes les formes de couples en leur offrant à toutes des régimes protecteurs équivalents.

376. Le propos doit toutefois être nuancé. En effet, si la Cour interdit désormais aux États de faire une distinction entre les couples non mariés homosexuels et hétérosexuels, elle considère que certaines unions, trop éloignées des conceptions portées par la Convention européenne des droits de l'homme ne peuvent bénéficier de la protection de l'article 8.

D. Les couples exclus de la protection conventionnelle

377. Certaines unions sont tellement intolérables au regard des valeurs portées par le texte, que leur qualification comme relation de couple est impossible. Ainsi, dans son arrêt *Z. H. et R. H. contre Suisse* de 2015⁵⁸³, la Cour a décidé que le mariage d'une enfant de 14 ans ne pouvait bénéficier de la protection posée par l'article 8. En l'espèce, deux jeunes Afghans, un garçon de 18 ans et sa cousine de 14 ans avaient célébré leur mariage alors qu'ils résidaient illégalement sur le territoire iranien. Leur mariage n'avait pas été enregistré en Iran et n'était pas conforme au droit afghan qui interdit le mariage d'enfants de moins de 15 ans. Un an après leur union, le couple, en passant par l'Italie, avait rejoint la Suisse pour y demander l'asile. Dans le cadre de cette procédure d'asile, ils n'avaient pas été considérés comme membres d'une même famille, la

⁵⁸¹Point 40 de l'arrêt *Ratzenböck and Seydl*, préc.

⁵⁸²T. Coustet, « Pas de droit à l'union civile pour les couples hétérosexuels », *Dalloz actualité*, 2 novembre 2017.

⁵⁸³CEDH, 8 décembre 2015, *Z.H. et R.H. contre Suisse*, req. 60119/12.

Suisse refusant de reconnaître la validité de leur union nulle selon le droit national des requérants et violant l'ordre public suisse.

Dès lors, après un premier refus des autorités internes de leur accorder le statut de réfugié, le mari a été réadmis vers l'Italie, pays de leur entrée sur le territoire européen, alors que l'épouse a pu rester en Suisse afin de poursuivre sa procédure. Après cette réadmission, le jeune homme avait rejoint, encore une fois illégalement, la Suisse et y avait obtenu l'asile.

378. Saisissant la Cour européenne, les requérants invoquaient une violation de l'article 8 en raison de la réadmission de l'époux vers l'Italie. Ici, la Cour refuse de voir dans la relation de couple une relation familiale pouvant bénéficier de la protection de l'article 8. Dans le paragraphe 44 de son arrêt, elle déclare que l'article 8 ne pouvait être interprété comme imposant aux États membres l'obligation de reconnaître le mariage, religieux ou non, d'une enfant de 14 ans. Elle continue en ajoutant que l'article 12 ne pouvait, lui non plus, être lu comme imposant une telle obligation. La nature de l'union en cause, ou du moins l'une de ses caractéristiques l'exclut du champ d'application de l'article 8. Parce qu'il s'agit du mariage d'un enfant, la relation créée en Iran ne peut être qualifiée de relation de famille et dès lors bénéficier de l'article 8. Peu importait la nullité de l'union au regard du droit national des époux, ou sa conformité à l'ordre public d'un État membre. Cette relation ne correspondait pas aux standards des relations familiales aux yeux de la Convention. La Cour insiste sur ce point en rappelant la formulation de son article 12 qui vise le mariage de personnes en « âge de se marier ».

379. Certaines unions ne peuvent, alors, bénéficier de la protection conventionnelle. En revanche, dès lors qu'une relation de couple pourra être considérée comme une relation de famille, elle se voit reconnaître le droit de circuler à travers les frontières.

§ II - L'application aux relations de couple du droit à la circulation de la relation de famille

380. La reconnaissance d'un droit à la circulation pour les relations de couple est relativement récente. En effet, la première décision en la matière a été rendue en décembre

2017⁵⁸⁴ à la suite d'un litige portant sur le refus des autorités italiennes d'enregistrer des mariages homosexuels célébrés dans un autre État. La Cour avait, dans cette affaire, constaté que le refus d'accorder une protection juridique aux relations de couple résultant de mariages devait être considéré comme une ingérence injustifiée aux droits consacrés par la Convention. Si la solution peut, de prime abord, sembler audacieuse, il apparaît qu'elle entre dans la droite ligne de la jurisprudence en matière de vie privée et familiale qui, depuis près d'une dizaine d'années, autorise les particuliers à voir leur relation de famille protégée sur l'ensemble des territoires des États parties à la Convention (A). Au regard de cette jurisprudence, il était inévitable que l'émergence des nouvelles formes de conjugalité donne l'occasion à la Cour de se prononcer sur l'obligation pesant sur les États de reconnaître les relations de couple constituées hors de leur territoire. Il faut, toutefois, souligner que le droit à la circulation de la relation ne résoudra pas toutes les difficultés liées aux nouvelles formes de couple. En effet, le droit à la circulation porte essentiellement sur la circulation de la « réalité sociale » des relations de famille et n'impose pas la reconnaissance des statuts créés à l'étranger (B).

A. L'origine du droit à la circulation des relations de couple

381. Le droit à la circulation de la relation de couple découle du droit, plus général, à la circulation de la relation de famille. C'est, en effet, parce que le lien qui unit les deux membres du couple est qualifié, par la jurisprudence de la Cour, comme un lien de famille que celui-ci se voit accorder le droit d'être protégé en cas de franchissement d'une frontière.

Aussi, le couple n'a pas été la première forme de lien familial à bénéficier de la dimension internationale de l'article 8. Les bases de cette nouvelle conception de la protection conventionnelle ont été posées en matière de filiation (1). Ce n'est que dans un second temps que la Cour a explicitement imposé à un État de reconnaître des relations conjugales créées hors de son territoire (2).

⁵⁸⁴CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres contre Italie*, req. 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12.

1. La consécration du droit à la circulation de la relation de famille : la circulation du lien entre parents et enfant

382. La Cour a pu se prononcer sur la protection des liens unissant un enfant à son ou ses parents dans deux séries d'hypothèses différentes. Les premières affaires qui lui ont été soumises touchaient à la reconnaissance d'adoptions judiciairement prononcées dans des États tiers (a). Les secondes concernaient la question plus sensible de la reconnaissance de liens de filiation établis à la suite de conventions de mères porteuses (b). Constatant dans les deux cas une ingérence injustifiée au sens de l'article 8, la Cour a donné un champ d'application très large au droit à la circulation issu de ce texte.

a) La circulation du lien de famille résultant d'une adoption

383. Le premier arrêt en la matière a été rendu en 2007⁵⁸⁵ par la Cour de Strasbourg. Cet arrêt *Wagner* a été suivi par l'arrêt *Négrépontis-Giannisis* en 2011⁵⁸⁶. Les deux affaires étaient relativement proches dans la mesure où les litiges portaient sur le refus d'exequatur d'adoptions prononcées à l'étranger.

384. Dans les faits soumis à la Cour en 2007, Mme Wagner, ressortissante luxembourgeoise et célibataire, était partie au Pérou pour adopter une petite fille, avant de rentrer dans son pays. Une fois arrivée au Luxembourg, elle avait demandé la reconnaissance de l'adoption prononcée à l'étranger afin de voir reconnaître, dans son pays, le lien de filiation l'unissant à l'enfant. La pratique n'était pas nouvelle et, le droit luxembourgeois n'autorisant pas l'adoption plénière aux célibataires, d'autres Luxembourgeois avaient déjà suivi la même procédure. Pourtant, alors qu'elles avaient déjà à plusieurs reprises exequaturé de telles adoptions, les juridictions luxembourgeoises avaient refusé de reconnaître l'adoption prononcée au profit de Mme Wagner.

⁵⁸⁵CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M. W. L. contre Luxembourg*, req. 76240/01, préc.

⁵⁸⁶CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis contre Grèce*, req. 56759/08, préc.

Saisie d'une requête pour violation des articles 6 et 8 pris isolément et combinés à l'article 14 de la Convention, la Cour européenne devait se prononcer sur la question de l'applicabilité de l'article 8 au litige. La Cour commençait alors par rappeler que le droit au respect de la vie familiale présupposait l'existence d'une famille, et que la première requérante se comportait *de facto* comme la mère de la seconde depuis plusieurs années. Ainsi, il existait une famille, et l'article 8 trouvait à s'appliquer. La juridiction ne faisait alors aucune référence ni à l'État de constitution de la relation ni à l'État dans lequel elle se réalise. Dès lors, peu importait l'origine de la famille, qu'elle présente un élément d'extranéité ou non, il suffisait que celle-ci existe dans les faits⁵⁸⁷. La relation familiale est protégée, quel que soit son lieu de formation.

385. Continuant son raisonnement, la Cour constatait que le refus des autorités de reconnaître l'adoption étrangère constituait une ingérence dans la protection prévue par la Convention⁵⁸⁸. Elle consacrait alors, pour la première fois, le droit à la circulation d'une relation de famille. En effet, constater une violation de la Convention dans le refus d'exequaturer une décision étrangère créant une relation de famille, consiste, en fait, à reconnaître que le droit au respect de la vie familiale comporte un droit à voir circuler la relation de famille. La dimension internationale de l'article 8 impose donc aux États membres l'obligation de reconnaître les situations de famille créées à l'étranger et de les protéger au même titre que celles qui auraient été constituées sur son territoire. Une différence d'importance apparaît alors entre les situations purement internes et les situations étrangères au for⁵⁸⁹ au regard des obligations découlant du droit au respect de la vie familiale. En matière d'adoption, l'article 8 ne renferme « aucune obligation positive à la charge des États d'accorder un statut particulier »⁵⁹⁰ sur leur territoire. Au niveau interne,

⁵⁸⁷En effet, la Cour, dans cet arrêt, se contente, pour contrôler l'applicabilité de l'article 8, de constater que « la requérante se comporte à tous les égards comme la mère de la mineure depuis 1996, de sorte que des "liens familiaux" existent "*de facto*" entre elles. » (point 117 de l'arrêt). Ce n'est donc pas le jugement étranger d'adoption qui constitue la relation familiale au sens de la Convention, mais bien le fait que les requérantes vivent ensemble comme une mère et sa fille *in concreto*, (V. en ce sens P. Kinsch, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *RCDIP*, 2007, p. 807). Son appréciation *de facto* de la relation de famille pour justifier l'applicabilité de l'article 8 se retrouvera dans la même façon dans ses arrêts relatifs à la gestation pour autrui et notamment dans son arrêt *Paradiso Campanelli contre Italie* du 24 janvier 2017. Dans cette affaire, la Cour examine précisément les faits avant de considérer qu'il n'existait pas de relation de famille au sens de la Convention dans la mesure où il n'existait aucun lien de biologique entre l'enfant et le père d'intention et où leur cohabitation n'avait duré que quelques mois. Ici, le fait que la filiation ait été reconnue juridiquement en Russie, pays où la gestation pour autrui avait eu lieu, n'entre pas en ligne de compte dans l'appréciation de l'applicabilité de l'article 8 au titre de la vie familiale (V. *a contrario* les arrêts *Menesson*, *Labassée* du 26 juin 2014, les arrêts *Foulon* et *Boulet* du 21 juillet 2016 ainsi que l'arrêt *Laborie* du 20 janvier 2017, tous rendus contre la France, où la Cour admet l'existence d'une relation de famille après une naissance par mère porteuse).

⁵⁸⁸Point 123 de l'arrêt *Wagner*, *préc.*

⁵⁸⁹En retenant, ici, une définition très étroite de relations internes et des relations internationales, les premières étant les situations qui ne présentent pas de franchissement de frontière, alors que les secondes sont justement les cas où la relation de famille a circulé dans différents États

⁵⁹⁰ComEDH, 10 juillet 1975, *A. H. c. Pays-Bas*, req. 6482/74.

les États n'ont, en vertu de cet article, aucune obligation d'autoriser le prononcé d'adoption sur leur territoire. En revanche, dès lors qu'une adoption a été créée dans un autre État, le droit au respect de la vie familiale leur impose de la reconnaître.

386. Il faut alors souligner que cette obligation peut résulter du droit au respect de la vie familiale, mais aussi du droit au respect de la vie privée, deuxième volet de la protection prévue à l'article 8.

En effet, si dans son arrêt *Wagner*, la Cour visait la seule notion de vie familiale, elle estime dans son arrêt *Négrépontis-Giannisis* que le droit au respect de la vie privée peut, lui aussi, être atteint par le refus de reconnaissance d'une décision d'adoption étrangère⁵⁹¹.

387. En l'espèce, un homme adulte grec avait été adopté par son oncle, moine grec tonsuré, aux États-Unis. En 1985, soit un an après le prononcé de l'adoption, le fils adoptif était rentré vivre en Grèce. Pendant les 11 années suivantes, il avait maintenu des liens étroits avec son père adoptif qui, en 1996, avait à son tour rejoint leur pays d'origine. Deux ans après ce retour, le moine décédait. Se posait alors la question de la succession du défunt, et dans le cadre de cette procédure, les juridictions grecques avaient refusé de reconnaître le jugement d'adoption américain. Le juge européen reprenant presque mot pour mot les termes de son arrêt *Wagner*, estimait alors que le refus des autorités grecques « constituait une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale ». En effet, étaient ici en cause non seulement les droits à la succession du fils adoptif, mais aussi le droit qu'il avait de porter le nom de son père adoptif. Or le nom, « moyen d'identification personnelle et de lien avec la famille » relève en même temps de la vie privée et de la vie familiale. Ainsi, de la lecture de l'arrêt, il est possible de déduire que non seulement le droit à la vie familiale, mais aussi le droit à la vie privée comporte une dimension internationale impliquant le droit à la circulation à travers les frontières⁵⁹².

388. Les circonstances entourant ces deux affaires laissaient en suspens deux questions dont la résolution était nécessaire à l'appréciation de la portée du droit à la circulation. En premier lieu, dans ces deux affaires, les relations de famille mises en cause avaient été constituées par des jugements. Si la Cour n'a jamais fait référence, dans le corps de ses

⁵⁹¹Point 60 de l'arrêt *Négrépontis-Giannisis*, préc.

⁵⁹²De la même façon, dans les arrêts en matière de gestation pour autrui, la violation de la Conv. EDH est constatée au titre du droit à la vie privée et non au titre du droit au respect de la vie familiale, ainsi ces deux composantes de l'article 8 ont une dimension internationale qui implique un droit à la circulation de la relation de famille.

arrêts, à la nature juridictionnelle de l'acte constitutif de la relation de famille, il restait possible de se demander si la nature de cet acte avait joué dans la détermination des obligations découlant de l'article 8.

En second lieu, la circulation des adoptions avait, dans les deux cas, été imposée à des États permissifs : ni le Luxembourg ni la Grèce n'interdisaient le prononcé d'adoption sur leur propre territoire. Si ces deux États avaient refusé de reconnaître des adoptions étrangères, c'était au motif qu'elles ne répondaient pas aux exigences posées par leur droit international privé respectif en matière de circulation des décisions. La question pouvait alors se poser de savoir si une telle obligation de reconnaître une relation de famille créée à l'étranger aurait pu être imposée à un État qui ne connaissait pas ce statut dans son droit interne. La réponse à ces questions a été apportée par une série d'arrêts relatifs à la circulation, en France, de filiations issues de conventions de mère porteuse conclues à l'étranger.

b) La circulation du lien de famille résultant d'une gestation pour autrui

389. Les premiers arrêts de cette série sont les arrêts *Mennesson*⁵⁹³ et *Labassée*⁵⁹⁴⁵⁹⁵ rendus le même jour contre la France. Les faits étaient, ici, relativement proches.

Deux couples de Français, ne pouvant devenir parents en France, étaient partis aux États-Unis pour conclure une convention de mère porteuse, l'un au Minnesota et l'autre en Californie. Ces deux États avaient vu naître trois enfants, deux pour le couple Mennesson et un pour le couple Labassée.

390. Dans les deux cas, les couples avaient obtenu des jugements américains constatant la naissance d'enfants dans le cadre de conventions de gestation pour autrui ainsi que l'absence de droit des mères biologiques sur les enfants. Les conséquences des jugements divergeaient quelque peu quant aux parents d'intention. Dans le cas du couple Labassée, le jugement du Minnesota n'établissait la filiation qu'à l'égard de l'époux, parent biologique, alors que le jugement californien l'établissait à l'égard des deux parents d'intention.

⁵⁹³CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* req. 65192/11.

⁵⁹⁴CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, req. 65941/11.

⁵⁹⁵Dans les arrêts suivants rendus contre la France, *Bouvet et Foulon contre France* du 21 juillet 2016 (requête 9063/14 et 10410/14) ainsi que *Laborie contre France* du 19 janvier 2017 (requête 44024/13), la Cour se contente de constater la similarité des faits d'espèce et de renvoyer au raisonnement tenu dans de le cadre des arrêts *Mennesson* et *Labassee*.

Quelques jours après les jugements, chacun des deux couples avait obtenu des actes de naissance de la part des autorités américaines, actes sur lesquels ils étaient désignés comme parents. C'est à ce moment qu'apparurent les difficultés. En effet, les autorités françaises, consulaires comme judiciaires refusèrent la transcription des différents actes de naissance sur les registres d'état civil français.

391. Les époux avaient alors saisi la Cour des droits de l'homme afin qu'elle constate l'existence d'une ingérence dans leur droit au respect de la vie familiale en raison du « refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial »⁵⁹⁶ qui les unissait aux enfants. Visant ses arrêts *Wagner* et *Négrépontis-Giannisis*, la Cour répondait par l'affirmative en ajoutant que l'ingérence était, en l'espèce, portée tant au volet « vie familiale » qu'au volet « vie privée »⁵⁹⁷ de l'article 8. Selon elle, le défaut de reconnaissance du lien de filiation entre les parents et les enfants affectait nécessairement leur vie familiale⁵⁹⁸, mais aussi la vie privée des enfants dans la mesure où « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation »⁵⁹⁹. Ainsi, comme en matière de filiation adoptive, l'article 8 impose la circulation du lien de filiation créé à l'étranger.

392. La situation était, toutefois, profondément différente dans ces affaires et dans les arrêts *Wagner* et *Négrépontis-Giannisis*.

En premier lieu, les couples ne demandaient pas la reconnaissance des jugements étrangers établissant la filiation, mais la transcription des actes de naissance constatant cette filiation. Il ne s'agissait pas de faire circuler des actes de nature juridictionnelle, mais des actes d'état civil. Leur circulation n'était pas alors soumise au mécanisme de l'exequatur, mais à l'article 47 du Code civil. La Cour, dans son raisonnement, ne fit jamais référence à l'existence des jugements étrangers, elle ne visa que les actes de naissance étrangers. L'origine juridictionnelle de la relation de famille ne conditionnait pas, ici, l'existence de l'obligation de reconnaissance.

En second lieu, ces affaires portaient sur la reconnaissance de liens de filiation issus de conventions de gestation pour autrui, conventions interdites en France par une disposition d'ordre public⁶⁰⁰, l'article 16-7 du Code civil. Il s'agit d'une différence fondamentale.

⁵⁹⁶Point 49 de l'arrêt *Menesson* et point 50 de l'arrêt *Labassee*, *préc.*

⁵⁹⁷Point 49 de l'arrêt *Menesson* et point 50 de l'arrêt *Labassee*, *préc.*

⁵⁹⁸Point 87 de l'arrêt *Menesson* et point 66 de l'arrêt *Labassee*, *préc.*

⁵⁹⁹Point 96 de l'arrêt *Menesson* et point 75 de l'arrêt *Labassee*, *préc.*

⁶⁰⁰Selon l'article 16-9 du Code civil.

Dans les arrêts relatifs aux adoptions, la Cour imposait la reconnaissance de liens parent/enfant résultant d'une institution connue par le for d'accueil. Dans les arrêts *Mennesson* et *Labassee*, elle impose à la France de reconnaître des liens parent/enfant découlant de conventions prohibées sur son territoire.

393. Ces décisions laissaient alors présager l'existence d'un impact retentissant du droit à la circulation sur le droit international privé de chacun des États membres pour deux raisons. Tout d'abord parce qu'il bénéficie aux relations familiales sans que la Cour européenne ne fasse de distinction entre les relations découlant d'un jugement, de la simple intervention d'une autorité publique, ou même potentiellement du simple écoulement du temps⁶⁰¹ ; mais surtout, parce qu'il permet aux particuliers de bénéficier de la reconnaissance d'un statut juridique dans un État qui en interdit la création sur son territoire.

À ce titre, l'émergence à des rythmes différés des nouvelles formes de conjugalités rendait inévitable que la Cour soit, plus ou moins rapidement, saisie d'une requête relative à la question de la circulation d'une relation de couple.

2. L'extension du droit à la circulation : la circulation de la relation de couple

394. L'extension du droit à la circulation aux relations de couple s'imposait pour deux raisons. En premier lieu, la relation qu'entretient un couple, qu'il s'agisse d'époux ou de partenaires, est considérée comme une relation de famille au sens de l'article 8⁶⁰². En second lieu, les divergences existant entre les différents États membres quant aux nouvelles formes de conjugalité renouvellent les difficultés de circulation des couples.

395. Après une ancienne décision qui laissait présager, en filigrane, l'existence d'un droit à la circulation de la relation de couple (a), la Cour a, en 2017⁶⁰³, consacré expressément l'existence d'un tel droit (b).

⁶⁰¹V. P. Kinsch, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *RCDIP*, 2007, p. 807.

⁶⁰²CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. 26431/12, 26742/12 et 60088/12.

⁶⁰³CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres, préc.*

a) Les prémices du droit à la circulation de la relation de couple

396. Un arrêt ancien, rendu bien avant les décisions *Wagner* et *Négrépontis-Giannisis*, traitait déjà, bien qu'indirectement, de la question de la circulation du mariage⁶⁰⁴. De cette affaire qui regroupe trois requêtes, seule la requête de Mme Cabales est utile à notre propos.

Mme Cabales, originaire des Philippines, résidait au Royaume-Uni depuis 1967 avec un titre de séjour sans limitation de durée. En 1977, en vacances à Manille, elle rencontre M. Cabales avec qui elle noue une relation amoureuse. Deux ans plus tard, au cours d'un nouveau séjour, elle épouse son compagnon aux Philippines avant de rentrer reprendre son travail. Une fois au Royaume-Uni, elle entame les procédures nécessaires afin d'obtenir une autorisation d'entrer sur le territoire au titre de conjoint de résident pour celui qui est désormais son époux. Les autorités britanniques lui opposent un refus et la relation conjugale se maintient à distance. Quatre ans plus tard, Mme Cabales est naturalisée et demande une seconde fois, pour son mari, un permis d'entrer sur le territoire aux fins d'établissement permanent comme conjoint de ressortissant britannique. L'entrée sur le territoire est une nouvelle fois refusée à Monsieur Cabales, leur mariage étant nul en droit philippin. En effet, ce mariage avait été célébré sans licence, et les époux ne remplissaient pas la condition de vie commune de 5 ans nécessaire à une célébration exceptionnelle du mariage.

Dès lors, nul selon le droit philippin, le mariage ne pouvait pas être reconnu selon le droit international privé britannique, et Monsieur Cabales ne pouvait obtenir un permis d'entrer sur le territoire. Monsieur Cabales a donc dû demander un visa pour pouvoir rejoindre son épouse et se « re-marier » au Royaume-Uni. Ce « second » mariage conforme au droit britannique lui permit d'obtenir finalement un titre de séjour, près de 4 ans après leur « premier » mariage.

La requérante avait, tout de même, saisi la Cour européenne d'une requête en violation de son droit au respect de la vie familiale. Selon elle, ce droit « [impliquait] le droit d'établir son foyer dans l'État de sa nationalité ou de sa résidence régulière »⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴CEDH, 25 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, préc.

⁶⁰⁵Point 66 de l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, préc.

397. La problématique n'était pas dans cet arrêt strictement énoncée en termes de circulation du mariage, la requérante n'en demandait ni la reconnaissance ni l'enregistrement. Toutefois, elle considérait que le fait que les autorités britanniques ne tiennent pas compte de son mariage dans la décision d'octroi d'un titre de séjour pour son mari constituait une violation de l'article 8. La circulation du mariage était alors l'idée sous-jacente dans cette affaire. Elle avançait l'argument selon lequel, pour être en conformité avec cette disposition, les autorités auraient dû tenir compte de sa situation matrimoniale pour en tirer des effets sur le séjour de son mari. Il fallait, alors, que ces autorités considèrent comme valable le mariage célébré à l'étranger et lui fassent jouer des effets sur leur territoire. Elles devaient accepter, en d'autres termes, de faire circuler le mariage étranger.

398. La Cour des droits de l'homme, lorsqu'elle se prononce sur la question, commence par vérifier l'existence d'une vie familiale au sens de la Convention. Sur ce point, elle répond par l'affirmative.

Elle considère que les deux époux entretenaient une relation familiale au sens de l'article 8 dans la mesure où ils se croyaient mariés en raison de la célébration du mariage et « souhaitent sincèrement cohabiter et mener une vie familiale normale »⁶⁰⁶. La Cour ne s'intéresse nullement à la question de la nullité du mariage selon le droit philippin, pas plus qu'au lieu de célébration du mariage. Elle énonce alors que l'article 8 impose à chaque État de protéger, au sens de la Convention, les mariages célébrés sur leur territoire comme les mariages célébrés hors de leur territoire. Aucune distinction n'est faite selon que le mariage est interne ou étranger à un État membre et la protection conventionnelle s'étend à tous les mariages, quel que soit leur lieu de célébration.

Si, dans cette affaire, la Cour ne constatait aucune violation de la Convention, c'est en raison de la nature du droit revendiqué. En matière d'immigration, l'article 8 ne peut être entendu « comme comportant pour un État contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays »⁶⁰⁷. L'objet de la requête ne rentrait pas dans le domaine de protection du droit au respect de la vie privée et familiale.

⁶⁰⁶Point 63 de l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, préc.

⁶⁰⁷Point 68 de l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, préc.

399. Il faut toutefois admettre que, si les solutions au fond étaient différentes, cet arrêt peut être rapproché de l'arrêt *Wagner*.

Une adoption étrangère, comme un mariage étranger, doit bénéficier dans les États membres de la même protection que les relations créées au niveau interne. Peu importe l'origine de la relation de famille, elle est protégée dans tous les États parties. Si la Cour a tranché de façon différente dans les deux cas, c'est parce que les droits revendiqués n'étaient pas de même nature.

400. Dans l'affaire *Wagner*, le refus de reconnaître l'adoption étrangère avait pour effet de compliquer la vie quotidienne des requérantes et d'empêcher l'intégration complète de l'enfant dans sa famille adoptive, ce qui relève du domaine de l'article 8, alors que dans l'affaire *Cabales*, l'absence de prise en considération du mariage entraînait un refus de titre de séjour, question qui ne relève pas de l'article 8.

Ainsi, si la Cour ne consacre pas un droit à la circulation de la relation de couple dans cet arrêt, elle en pose le premier jalon. Le mariage célébré à l'étranger bénéficie, au même titre que le mariage célébré dans le for, de la protection prévue par la Convention peu important sa régularité au regard du droit applicable selon la règle de conflit de l'État contractant.

b) La reconnaissance du droit à la circulation des relations de couple

401. C'est alors dans une décision d'irrecevabilité que la Cour énonce pour la première fois que le refus de reconnaître un mariage étranger peut être constitutif d'une ingérence au sens de l'article 8⁶⁰⁸. En l'espèce, Mary Green, une femme maltaise, déjà mariée religieusement selon le rite catholique dans son pays d'origine, s'installe en Libye. Une fois arrivée dans ce pays, elle se convertit à l'islam. Cette conversion entraîne l'annulation, au regard de l'ordre juridique libyen, de son mariage. En août 1980, elle se remarie avec M. Farhat, selon le rite musulman cette fois-ci. Le couple vivra 20 ans dans ce pays comme couple marié avant de rentrer à Malte pour prendre soin du père de Madame Green.

Les autorités maltaises refusent alors de reconnaître ce second mariage qui permettrait à M. Farhat de vivre à Malte sans visa en tant que conjoint de Maltais. Les

⁶⁰⁸Décision d'irrecevabilité *Green Farhat contre Malte*, 6 juillet 2010, req. 38797/07.

autorités le refusent au motif que Madame Green ne fait pas preuve de l'existence d'un divorce ou d'une annulation du premier mariage qui lui aurait permis de retrouver sa capacité à se marier. La reconnaissance de ce second mariage dans l'ordre juridique maltais serait alors contraire à leur ordre public. De plus, elle n'avait pas réussi à prouver qu'elle avait établi son domicile en Libye et le mariage libyen ne pouvait pas être reconnu en vertu des règles de droit international privé maltaises. Madame Green avait alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation de l'article 8 en raison du refus, des autorités maltaises, d'enregistrer son mariage.

402. La Cour avait procédé à un rapide examen de l'affaire au fond avant de déclarer la requête irrecevable. Elle avait alors constaté que le refus de reconnaître le mariage de la requérante constituait une ingérence, bien que justifiée, dans son respect de la vie privée et familiale. Si Malte évitait toute condamnation en l'espèce, c'était au regard du besoin impérieux que poursuivait le refus de reconnaître l'union : la volonté de lutter contre la polyandrie.

403. Ce n'est alors que 7 ans plus tard, dans une affaire relative aux nouvelles formes de conjugalités, que la Cour a eu l'occasion de consacrer expressément l'existence d'une obligation positive à la charge des États de reconnaître les mariages célébrés à l'étranger. Dans cette affaire, l'arrêt *Orlandi et autres contre Italie*⁶⁰⁹, six couples d'époux homosexuels s'étaient vu refuser l'enregistrement de leur mariage étranger en Italie. Si les mariages unissaient tous un ressortissant italien avec une personne du même sexe, leurs configurations étaient très diverses.

Dans trois d'entre eux, l'union présentait, ou avait présenté, un lien avec l'État de célébration du mariage. Ainsi, l'un des couples, marié au Canada, était formé par une épouse italienne et une épouse canadienne. Deux autres couples étaient liés à l'État de célébration par la résidence, soit que les deux époux y résident, soit que l'une des épouses y ait résidé un temps avant le mariage. En revanche, dans les trois autres situations, le couple n'avait aucun lien avec l'État d'origine du mariage et n'était rattaché, tant par la nationalité que par la résidence, qu'à l'Italie.

⁶⁰⁹CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, req. 26431/12, 26742/12 et 60088/12.

404. Tous ces couples avaient demandé l'enregistrement de leur mariage en Italie avant l'entrée en vigueur de la loi 76/2016⁶¹⁰ et s'étaient vu refuser cet enregistrement. Les refus étaient, selon les cas, fondés sur deux arguments différents. Le premier de ces arguments était lié à l'ordre public italien. Les mariages étrangers ne pouvaient être reconnus, car célébrés entre deux personnes de même sexe, ils n'étaient pas conformes à cet ordre public. Le second argument était lié à la règle de conflit italienne qui soumet la reconnaissance des mariages étrangers au respect des conditions de fond de la loi nationale des époux. Or le droit italien, jusqu'à 2016⁶¹¹, ne connaissait ni le mariage entre personnes de même sexe, ni le partenariat enregistré. Les mariages conclus par des ressortissants italiens ne pouvaient, dès lors, pas être reconnus. Ce n'était qu'après que le gouvernement ait, par décret provisoire⁶¹², mis en place un système de requalification des mariages homosexuels étrangers en partenariats enregistrés, que trois de ces mariages avaient pu être enregistrés comme des *unioni civili* par les autorités italiennes.

405. La question posée à la Cour était alors de savoir si le refus d'enregistrement des mariages, sous quelque forme que ce soit, combiné au fait que les couples étaient laissés, jusqu'à 2016, dans une situation de vide juridique, devait être considéré comme une violation de l'article 8⁶¹³.

À cette question, la Cour répond par l'affirmative. Les autorités italiennes avaient l'obligation d'enregistrer les relations de couple formées hors de leur territoire.

B. La portée du droit à la circulation de la relation de couple

406. Une fois consacré le droit à la circulation de la relation se pose la question de la portée de ce droit. S'agit-il d'imposer aux États de reconnaître le statut juridique créé à l'étranger ou simplement de reconnaître l'existence d'une relation de couple unissant deux

⁶¹⁰ Loi n° 76 du 20 mai 2016 sur les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et les cohabitations, GU n° 118, 25 mai 2016. Le texte est entré en vigueur le 5 juin 2016. V. sur les nouveautés apportées par cette loi en Italie et sur le contexte européen dans lequel elles s'intègrent, M. Winkler, « Italy's Gentle Revolution : The New Italian Law on Registered Partnerships », *Digest - National Italian American Bar Association Law Journal*, 2017, 1-31 ; le texte de loi a été complété par le décret d'application provisoire n° 144, adopté par le président du Conseil des ministres le 26 juillet 2016, GU n° 175, 28 juill. 2016.

⁶¹¹ Année d'entrée en vigueur de la loi 76/2016 adoptée après la condamnation de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Oliari* (21 juillet 2015, requêtes 18766/11 et 36030/11) et instaurant l'*unioni civili* pour les couples de même sexe.

⁶¹² Décret du président du Conseil des ministres n° 144 du 23 juill. 2016 (*Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio di stato civile*).

⁶¹³ Point 137 de l'arrêt *Orlandi et autres*, préc..

personnes ? Les arrêts les plus récents de la Cour européenne permettent aujourd'hui d'affirmer que si l'article 8 consacre un droit à la circulation de la « réalité sociale » de la relation, il est loin d'imposer la circulation de sa « réalité juridique » (1). Il apparaît alors que le droit à la circulation tel qu'il est désormais déduit de la Convention ne résout pas toutes les difficultés découlant des divergences existant dans le droit du couple de chacun des États membres (2).

1. La circulation de la « réalité sociale » de la relation de couple

407. Dans les arrêts *Wagner* et *Négrépontos-Giannisis*, la Cour avait constaté que l'ingérence résultait du refus d'exequaturer les jugements étrangers d'adoption⁶¹⁴. Elle laissait alors penser que l'article 8 en imposait l'exequatur, ou autrement dit, qu'il impliquait que les décisions constitutives de relations de famille puissent traverser les frontières en même temps que les individus.

408. L'objet du droit à la circulation internationale semblait être le statut juridique établi à l'étranger et incorporé aux décisions. L'article 8 de la Conv. EDH pouvait être considéré comme « le fondement d'une obligation de l'État requis de reconnaître le statut juridique né à l'étranger et correspondant à une vie familiale »⁶¹⁵. En effet, bien que dans ces arrêts, la Cour ne « [formule] aucune règle selon laquelle seule la reconnaissance automatique et inconditionnelle d'un jugement étranger en matière de statut personnel [était] compatible avec le droit au respect de la vie familiale »⁶¹⁶, il fallait bien admettre que la possibilité, pour les États, de refuser une telle reconnaissance était très étroitement encadrée par l'article 8. Le refus de reconnaître ne pouvait être légitime aux yeux de la Cour que lorsqu'il constituait une ingérence légitime et remplissait les conditions de l'article 8 § 2. Une telle vision des obligations posées par le droit au respect de la vie privée et familiale ne laissait qu'une marge de manœuvre très réduite aux États membres. Sans qu'elle impose directement l'utilisation de la méthode de la reconnaissance, la découverte d'une obligation d'exequaturer les décisions étrangères sur le fondement de l'article 8 menait concrètement

⁶¹⁴CEDH, 28 juin 2007, *Wagner*, préc. ; CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontos-Giannisis*, préc..

⁶¹⁵A. Bucher, « La famille en droit international privé », préc., sp. 102, § 58.

⁶¹⁶P. Kinsch, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », préc.

à des conséquences équivalentes et les États ne pouvaient plus qu'exceptionnellement refuser la circulation des décisions étrangères.

409. Il apparaît toutefois que la Cour fit preuve de retenue dans les arrêts postérieurs. Saisie dans les années suivantes de toute une série d'affaires relatives à des gestations pour autrui conclues à l'étranger, la Cour choisit une formulation un peu différente lorsqu'elle constate l'existence d'une ingérence.

Dans ses affaires, l'ingérence était constituée par « le refus de reconnaître juridiquement le lien familial unissant les requérants »⁶¹⁷. Ici, le changement de formulation, apparemment anodin, avait de l'importance. L'ingérence ne découle pas nécessairement du refus de retranscription des mariages, mais de l'absence de reconnaissance juridique du lien. Il faut alors s'entendre sur ce que signifie « reconnaître juridiquement » : il s'agit de reconnaître l'existence d'une relation et de la protéger juridiquement. L'article 8 impose que le lien familial formé à l'étranger soit juridiquement reconnu et protégé de part et d'autre de la frontière.

410. En revanche, la Cour ne se prononce pas, lorsqu'elle caractérise l'existence de l'ingérence, sur l'origine des dispositions matérielles en vertu desquelles l'existence de la relation doit être reconnue et protégée. Au contraire, lorsqu'elle contrôle la légitimité de l'ingérence, elle souligne le fait que le droit français faisait « obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne »⁶¹⁸ de la filiation entre l'enfant et son/ses parents d'intention. Selon elle, la violation de l'article 8 résulte de la combinaison de ces deux éléments : l'impossibilité de faire circuler le statut juridique étranger ainsi que l'impossibilité de reconstruire un statut juridique équivalent selon les dispositions du for⁶¹⁹. « Pour dire les choses autrement, la Cour n'impose pas à la France et aux autres États parties de reconnaître la filiation établie à l'étranger en vertu d'une loi qui autorise la GPA et en aménage les conséquences. Ce qu'elle n'admet pas, c'est que le refus de reconnaissance de la filiation "étrangère" combiné avec l'interdiction d'établir la filiation selon les règles nationales prive l'enfant d'un élément essentiel de son identité, dès lors que cette filiation correspond à la vérité biologique et que l'enfant et ses parents la

⁶¹⁷Point 48 de l'arrêt *Menesson* et point 49 de l'arrêt *Labbassee*, *préc.*

⁶¹⁸Point 100 de l'arrêt *Menesson* et point 79 de l'arrêt *Labbassee*, *préc.*

⁶¹⁹H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? », *RCDIP*, 2015, p. 1.

revendiquent. Pour le reste, il revient au juge ou au législateur national de prendre position. »⁶²⁰

411. Dès lors, le refus de reconnaissance de la filiation étrangère ne pourrait être considéré comme un manquement de la France à ses obligations que si la filiation ne peut être établie sur son territoire en vertu de son droit matériel. Ce qu'impose l'article 8 n'est pas la circulation du statut juridique établi à l'étranger, mais celle de la réalité sociale de la relation liant les parents d'intention et les enfants.

412. La Cour suit le même raisonnement en matière de mariage homosexuel. Dans son arrêt *Orlandi*, la Cour énonce que « given that at present it is open to the applicants to enter into a civil union, or have their marriage registred as a civil union, the Court must solely determine whether the refusals to register the applicants' marriage in any form whith the result that they were left in a legal vacuum and devoid of any protection, prior to 2016-17, violated their rights under Article 8 »⁶²¹. Elle limite alors son contrôle à la période où les époux ne pouvaient ni enregistrer un partenariat en Italie ni y faire enregistrer leur mariage célébré à l'étranger.

413. Selon le juge européen, le nœud du problème était, qu'à cette époque, les requérants « could not have ther relationship – be it a *de facto* union or a *de jure* union recognised under the law of a foreign state – recognised and protected in Italy under any form »⁶²². En d'autres termes, la relation de famille, lorsqu'elle est reconnue et protégée dans son État d'origine, doit l'être dans l'État d'accueil, mais peut l'être sous la forme d'un mariage ou d'une relation de couple similaire. Ce peut être la forme prévue par l'État d'origine, mais ce peut aussi être une forme connue du droit de l'État d'accueil. Ce n'est pas tant la forme de la relation, et donc son enveloppe juridique, qui doit être accueillie que sa réalité sociale. Ce n'est pas le refus d'enregistrer l'union en tant que mariage qui viole l'article 8, mais le fait que le couple soit privé de toute forme de reconnaissance et de protection juridiques dans son État d'accueil.

Or, c'était bien la situation dans laquelle les époux se trouvaient en Italie avant 2016. « The national authorities failed to recognise that situation or provide any form of

⁶²⁰*Ibid.*

⁶²¹Point 196 de l'arrêt *Orlandi et autres, préc.*

⁶²²Point 201 de l'arrêt *Orlandi et autres, préc.*

protection to the applicants' union »⁶²³. Ils ne bénéficiaient ni de la protection du statut d'époux ni de la protection d'un statut italien. En cela, les autorités étatiques « failed to take account of the social reality of the situation »⁶²⁴, puisqu'elles n'offraient aucun moyen aux requérants de sauvegarder leur relation à leur arrivée en Italie⁶²⁵. La Cour constate alors l'existence d'une violation des droits découlant de l'article 8.

414. De cet arrêt, plusieurs enseignements peuvent être tirés.

Tout d'abord, et cela rassurera les États parties, ceux-ci « ne sont pas tenus de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger »⁶²⁶. Une certaine liberté leur est laissée quant au sort qu'ils octroient aux unions célébrées à l'étranger, liberté d'autant plus nécessaire qu'en 2007, sur les 27 États qui prohibaient la célébration de mariage entre personnes de même sexe, trois seulement acceptaient de reconnaître les mariages étrangers⁶²⁷. Dès lors, l'article 8 n'impose pas plus aux États de reconnaître les mariages homosexuels étrangers qu'il ne leur impose de célébrer de telles unions sur leur territoire.

En revanche, la suite de l'arrêt montre que la liberté des États quant à la circulation des couples entre personnes de même sexe est, finalement, réduite. S'ils n'ont pas l'obligation de reconnaître les mariages en tant que tels, ils ne peuvent laisser les couples constitués à l'étranger dans une situation de vide juridique, c'est-à-dire sans aucune protection juridique. Ils ont l'obligation d'offrir un statut juridique protecteur à ces couples. Et à ce titre, l'Italie est condamnée pour violation du droit au respect de la vie privée et familiale.

415. Cet arrêt *Orlandi* doit alors être lu à la lumière des principes posés dans l'arrêt *Oliari*. Dans cette décision, la Cour avait interprété l'article 8 comme imposant aux États parties de mettre en place un statut protecteur des relations de couple entre deux personnes de même sexe.

Il était alors inévitable que saisie d'une question relative à la circulation de tels couples, elle déduise de l'article 8 l'obligation de protéger les unions constituées à l'étranger.

⁶²³Point 210 de l'arrêt *Orlandi et autres, préc.*

⁶²⁴Point 209 de l'arrêt *Orlandi et autres, préc.*

⁶²⁵Point 210 de l'arrêt *Orlandi et autres, préc.*

⁶²⁶H. Fulchiron, « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *D.*, 2018, p. 446 ; point 207 de l'arrêt *Orlandi, préc.*

⁶²⁷Point 113 de l'arrêt *Orlandi, préc.*

Le message porté par l'arrêt *Orlandi* pourrait alors être un « message brouillé » qui mène à la confusion⁶²⁸. Il pourrait, toutefois, être possible de proposer une interprétation de cette affaire la replaçant dans la droite ligne des raisonnements de la Cour tant en matière de circulation des relations de familles qu'en matière de couple homosexuel. En effet, si le juge européen admet que, pour les situations internes, les États gardent une certaine marge d'appréciation dans l'instauration des statuts offerts aux couples de personnes de même sexe, cette marge n'a pas la même importance selon qu'il s'agit de mettre en place un tel statut ou d'en déterminer le contenu. Dans le second cas, la Cour admet que la matière touche à des questions de morale et d'éthique telles que les États gardent une large marge d'appréciation. En revanche, lorsqu'est en cause la nécessité d'instaurer un statut protecteur, le juge européen considère que l'un des aspects essentiels de l'identité des individus est concerné. Dès lors, les États ne peuvent se voir reconnaître qu'une marge d'appréciation étroite⁶²⁹. La Cour dans l'arrêt *Orlandi* rappelle la même idée. Alors qu'elle déclare, dans le § 205 de son arrêt, que les États gardent une large marge d'appréciation en matière de reconnaissance des mariages, elle poursuit en ajoutant qu'« apart from the above, in determining the margin of appreciation, the Court must also take account of the fact that the issues in the present case concern facets of an individual's existence and identity »⁶³⁰. La reconnaissance du statut conjugal d'une personne participe de son identité sociale et personnelle⁶³¹. Finalement, la marge d'appréciation des États ne pourra, en la matière, être que réduite.

416. Il en découle que les États n'ont plus que très peu de liberté⁶³² tant pour la circulation que pour la formation des couples homosexuels. Ils sont comme « pris en tenaille »⁶³³ entre l'obligation d'offrir une protection juridique aux couples homosexuels qui voudraient créer un statut sur leur territoire et celle d'offrir une protection juridique aux couples, qui ayant déjà intégré un statut à l'étranger, s'installent sur leur territoire.

417. Ceci énoncé, il faut souligner que les États retrouvent une certaine liberté dans le choix de la protection qu'ils accordent aux couples étrangers. En effet, la Cour admet que

⁶²⁸H. Fulchiron, « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *préc.*

⁶²⁹Point 177 de l'arrêt *Oliari*, *préc.*

⁶³⁰Point 206 de l'arrêt *Orlandi*, *préc.*

⁶³¹CEDH, 20 juillet 2012, *Dadouch contre Malte*, req. 38816/07, point 48.

⁶³²H. Fulchiron, « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *préc.*

⁶³³*Ibid.*

cette protection puisse prendre la forme qu'ils choisissent. Lorsqu'elle apprécie la légitimité de l'ingérence, elle examine à la fois l'impossibilité pour les requérants de voir leur statut reconnu en vertu des règles de droit international privé italien et l'impossibilité pour eux d'accéder à un statut en Italie en raison de l'absence de dispositions matérielles permissives. Sur ce point, le Professeur Fulchiron considère que la Cour mêle la cause — l'absence de statut en droit interne — et sa conséquence - le refus de reconnaître le mariage⁶³⁴.

Toutefois, la lecture de l'arrêt *Orlandi* à la lumière des arrêts *Menesson* et *Labassee* pourrait permettre de proposer une autre interprétation du raisonnement de la Cour.

En premier lieu, il faut noter que s'il existe un lien entre le refus d'enregistrement et l'inexistence d'un statut en droit interne, ce lien n'est pas forcément un lien de cause à effet. Certains États qui n'offrent aucune forme de couple aux personnes homosexuelles peuvent accepter la reconnaissance de mariages homosexuels étrangers. À l'inverse, qu'un État permette aux personnes de même sexe d'enregistrer un partenariat n'implique pas nécessairement qu'il reconnaitra les mariages homosexuels étrangers, sous quelque forme que ce soit.

418. Le lien qui unit ces deux éléments dans le raisonnement de la Cour est que leur combinaison débouche sur une situation de vide juridique pour les requérants. De la même façon qu'en matière de GPA, le refus de retranscription des actes de naissance combiné à l'impossibilité de faire établir une filiation sur place menait à une situation de vide juridique pour l'enfant. Dans les deux cas, la réalité sociale de la relation de famille ne pouvait circuler dans la mesure où elle n'était pas protégée : la protection établie à l'étranger n'était pas reconnue et aucune protection « locale » ne pouvait être reconstruite.

Ainsi, dans l'arrêt *Orlandi*, l'Italie n'est pas condamnée parce qu'elle ne prévoit aucun statut pour les couples homosexuels avant 2016, mais parce qu'elle refuse la circulation de la réalité sociale de tels couples déjà formés à l'étranger. Et cet obstacle à la circulation découle à la fois du refus d'enregistrement des mariages étrangers et de l'absence de statut dans le droit interne italien. En revanche, les autorités italiennes auraient-elles accepté, au prix d'une modification du seuil de tolérance de leur ordre public, la reconnaissance de ces mariages, l'Italie n'aurait probablement pas été condamnée. Inversement, auraient-elles offert la possibilité aux époux de s'engager dans

⁶³⁴*Ibid.*

un statut italien équivalent au mariage, aucune violation de l'article 8 n'aurait été constatée⁶³⁵.

419. Le second enseignement de cet arrêt est que le droit à la circulation des relations de couples s'accommode de la requalification de la relation de couple qui traverse les frontières. Le statut juridique peut dès lors subir une réelle transformation, la seule limite étant que le statut reconnu dans l'État d'accueil soit conforme aux exigences posées par la Convention, c'est-à-dire qu'il soit un « legal status equal or similar to marriage in many respects »⁶³⁶. Ainsi, le droit italien actuel qui prévoit l'enregistrement des mariages homosexuels étrangers au titre d'*unioni civili* remplit les prévisions de l'article 8 de la Convention⁶³⁷.

2. Les difficultés résultant des différences de conception du couple entre les États parties

420. Défini de telle façon, le droit à la circulation ne résout pas toutes les difficultés que les individus peuvent rencontrer lorsqu'ils traversent les frontières.

En effet, dans certaines matières, la possibilité de requalifier le statut étranger ou d'imposer la recréation d'un nouveau statut conforme au droit interne pourra avoir des conséquences particulièrement importantes pour les particuliers. Ce sera notamment le cas en matière de couple au regard des divergences importantes qui existent entre les droits internes des différents États, quelle que soit leur configuration.

421. Prenons l'exemple d'un couple homosexuel qui se marie en France : il est soumis au faisceau de droits et obligations lié au mariage tant qu'il réside en France. En revanche, dès lors qu'il s'installerait dans un autre État membre qui, lui, ne connaît pas le mariage entre personnes de même sexe, cet État d'accueil pourrait soit requalifier leur mariage

⁶³⁵V. pour comparaison l'avis de la CEDH du 10 avril 2019 relatif à la gestation pour autrui (CEDH, avis, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, D., 2019, p. 759; AJDA, 2019, p. 788). Dans cet avis, la Cour impose la reconnaissance du lien de filiation avec la mère d'intention en laissant les États libres d'en définir les modalités et notamment de retenir la voie de l'adoption.

⁶³⁶Point 194 de l'arrêt *Orlandi et autres*, préc.

⁶³⁷C'est, du moins, ce qui découle d'une interprétation *a contrario* du point 196 de l'arrêt *Orlandi*, « Given that at present it is open to the applicants to enter into a civil union, or have their marriage registered as a civil union, the Court must solely determine whether the refusals to register the applicants' marriage in any form with the result that they were left in a devoid of any protection, prior to 2016-17, violated their right under Article 8 ».

comme un partenariat, soit éventuellement leur permettre de procéder à un enregistrement de leur couple en application des règles locales.

Dans ces deux cas, les époux français deviennent des partenaires à l'étranger et sont dans cet État soumis aux règles de droit international privé du for quant à la détermination des effets de leur relation de couple. Ces règles de conflit désignent en général soit la loi de l'autorité d'enregistrement, qui sera dans cet exemple soit la loi française, soit la loi de l'État d'accueil. Dès lors, si le mariage est requalifié, les époux nouvellement partenaires seront soumis soit aux dispositions matérielles françaises relatives au PACS, soit aux dispositions de l'État d'accueil en matière de partenariat. Dans cette hypothèse, la transformation est à la fois symbolique, les époux ne sont plus conjoints, mais partenaires, et matérielle, les effets de la relation de couple dans l'État d'accueil pourront être très différents de ceux auxquels ils s'attendaient.

Les mêmes difficultés guettent les partenaires homosexuels qui désirent s'installer dans un autre État que celui où ils ont enregistré leur relation. Prenons l'exemple d'un couple de PACSés français. S'ils s'installent dans un État qui ne connaît que le mariage, ouvert tant pour les couples homosexuels que pour les couples hétérosexuels, l'État d'accueil pourrait requalifier leur PACS en mariage et les soumettre aux rigidités du statut d'époux que les partenaires ne désiraient pas. S'ils s'installent dans un État qui connaît le partenariat, cet État garde, au regard de l'arrêt *Orlandi*, la possibilité de transformer profondément la relation en la qualifiant comme un partenariat local.

422. En énonçant que la réalité sociale de la relation doit circuler tout en admettant que sa « réalité juridique » puisse être profondément transformée, la Cour tolère que les prévisions des parties puissent ne pas être respectées.

Il faut alors noter que les difficultés que rencontrent les couples homosexuels peuvent aussi toucher les couples hétérosexuels dans certaines circonstances. Si les couples mariés ne risquent pas d'être confrontés aux risques de requalification de leur relation, les couples de partenaires ne sont pas dans la même situation. Alors que tous les États membres connaissent le mariage entre personnes de sexe différent, la Cour ne leur impose pas de mettre en place un partenariat qui leur serait accessible⁶³⁸. Ainsi, un État pourrait décider de requalifier comme un mariage un PACS enregistré entre un homme et une femme et être en conformité avec les obligations de la Convention. Le couple devrait alors

⁶³⁸CEDH, 26 octobre 2017, *Ratzenböck et Seydl contre Autriche*, préc..

accepter de se soumettre aux rigidités d'un statut qu'il avait mis à l'écart en France sous peine d'être privé de protection juridique dans son État d'accueil.

423. Il apparaît alors que le droit à la circulation de la réalité sociale de la relation de couple n'évite pas toutes les difficultés aux particuliers. La façon dont la Cour définit le droit à la circulation de la relation de famille laisse une marge d'appréciation certaine aux États lorsqu'ils doivent respecter ce droit. En effet, si l'arrêt *Orlandi* confirme l'arrêt *Oliari* quant à l'obligation de mettre en place un statut protecteur des couples homosexuels, dès que les États auront rempli cette obligation, ceux-ci gardent une réelle liberté quant à la qualification de la relation de couple étrangère. Dès lors qu'ils offrent un statut juridique aux couples hétérosexuels et aux couples homosexuels, ils gardent la possibilité d'accueillir les couples étrangers selon la configuration qui leur convient le mieux.

La reconnaissance d'un droit à la circulation du couple n'aura alors qu'un impact mesuré sur le droit de la famille des États membres au regard des obligations auxquelles ils sont déjà soumis par le droit à la protection de la vie privée et familiale entendue dans sa dimension interne.

424. L'influence que le droit à la circulation de la relation de couple aura sur le droit international privé de chacun de ces États ne peut, en outre, être appréciée qu'au regard des conditions de sa mise en œuvre.

Section II - L'impact du droit à la circulation sur les mécanismes de droit international privé

425. La consécration d'un « véritable droit subjectif » à la « continuité des situations juridiques »⁶³⁹ à travers les frontières démontre alors que si « droit des conflits et droits de l'homme ont longtemps coexisté sans se rencontrer » et que « ni l'un ni l'autre ne s'en portaient [...] plus mal », « le véritable culte que notre époque professe pour les seconds [ne peut plus, aujourd'hui,] s'accommoder de cette mutuelle indifférence »⁶⁴⁰.

⁶³⁹L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *préc.*, sp. 379, §190.

⁶⁴⁰Y. Lequette, note sous CA Paris 14 juin 1994, *RCDIP* 1995, p. 311.

426. En effet, et ce bien qu'elle laisse dans l'ombre la dimension de droit international privé dans les affaires qui lui sont présentées, la Cour impose, désormais, la reconnaissance de situations créées à l'étranger⁶⁴¹. Ainsi, le droit à la circulation des relations de famille touche au cœur même du droit international privé.

Se pose alors nécessairement la question de l'impact que les nouvelles obligations conventionnelles peuvent avoir sur les mécanismes de droit international privé par lesquels chaque État régule la circulation des situations étrangères. Il apparaît que le droit à la circulation peut subir des restrictions (§I), mais qu'il impose une adaptation des règles de droit international privé (§II).

§ I - Les possibles restrictions au droit à la circulation

427. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit dans son paragraphe II que les États peuvent, à certaines conditions, porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale⁶⁴². Selon le texte, ces ingérences étatiques ne peuvent être autorisées que si elles sont prévues par la loi et qu'elles constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la préservation de certains objectifs. Chaque mesure étatique, qui constitue une ingérence au droit consacré par l'article 8, doit passer le filtre de ces trois conditions. Au regard de la jurisprudence de la Cour, il apparaît que les conditions de légalité de la mesure et de légitimité du but poursuivi ne soulèvent que peu de difficultés (A).

La dernière condition, celle de la nécessité de la mesure, prend, quant à elle, la forme d'un contrôle de proportionnalité qui, au regard de l'interprétation de la Cour, ne laisse qu'une liberté très réduite aux États membres lorsqu'ils sont confrontés à la circulation d'une relation de couple étrangère (B).

⁶⁴¹H. Fulchiron, « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *préc.*

⁶⁴²P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 318, p. 9, sp. 100, § 67.

A. Une mesure prévue par la loi et poursuivant un but légitime

428. Il n'est pas nécessaire pour remplir cette condition que la mesure soit formellement prévue par une loi. Il suffit qu'elle ait une base légale dans l'État membre qui la met en œuvre. L'objectif est ici de prémunir les individus de l'intervention arbitraire d'autorités publiques dans leur exercice d'un droit fondamental consacré par la Convention. Il faut en sus que la règle soit accessible au justiciable et prévisible. Ainsi, « pour satisfaire à la condition de prévisibilité, la loi doit énoncer avec suffisamment de précision les conditions dans lesquelles une mesure peut être appliquée, et ce pour permettre aux personnes concernées de régler leur conduite en s'entourant au besoin de conseils éclairés »⁶⁴³.

429. La règle qui prévoit l'ingérence doit être accessible aux individus et suffisamment précise pour qu'ils puissent en prévoir les effets. Lorsque l'article 8 est appliqué à une relation internationale, il est possible que la mesure étatique soit une règle de droit international privé, qu'il s'agisse d'une règle de conflit ou d'une règle de reconnaissance, mais aussi une règle matérielle.

430. La deuxième condition à laquelle l'ingérence doit répondre au regard de l'article 8 est la poursuite d'un but légitime. La Convention fournit la liste des buts qui peuvent être considérés comme légitimes. En matière de circulation de la relation de couple, le but le plus fréquemment invoqué est la défense de l'ordre⁶⁴⁴. Mais la Cour a aussi considéré que le refus de reconnaître un mariage pouvait poursuivre le but de protéger les droits et libertés d'autrui⁶⁴⁵, notamment ceux du premier époux dans le cas des mariages polygamiques⁶⁴⁶. Il est tout aussi possible, au regard des particularités du droit des couples, d'imaginer que la protection de la morale d'une société puisse être concernée dans certaines situations. De façon générale, la Cour a pu affirmer qu'elle admettait que « the national regulation of the registration of marriage may serve the legitimate aim of the prevention of disorder and the protection of the rights of others, as contended by the Government »⁶⁴⁷ dans des affaires où les États avaient failli à indiquer quel but légitime ils

⁶⁴³Point 57 de l'arrêt *Mennesson*, préc.

⁶⁴⁴C'est le cas notamment dans les arrêts *Green Farhat*, *Dadouch* et *Orlandi*, préc.

⁶⁴⁵Comme dans les affaires *Dadouch* et *Green Farhat*, préc.

⁶⁴⁶Décision *Green Farhat*, préc.

⁶⁴⁷Point 54 de l'arrêt *Dadouch*, préc.

poursuivaient⁶⁴⁸. En réalité, cette condition n'a, jusqu'à présent, jamais suscité de débats dans les affaires relatives à la circulation des relations de couple.

431. Une interrogation a toutefois pu naître à la suite de l'arrêt *Orlandi*. Dans le § 200 de cette décision, la Cour énonce qu'« unlike other provisions of the Convention, Article 8 does not enlist the notion of “public order” as one of the legitimate aims in the interests of which a State may interfere with an individual's rights ». Fallait-il en déduire que l'ordre public ne pouvait pas permettre à un État de justifier une ingérence faite à l'article 8 ? La réponse est ici négative. En effet, la Cour ne fait que rappeler le texte de la Convention. L'ordre public n'est pas visé dans la liste exhaustive des buts légitimes admis par l'article 8. Toutefois, le juge européen qui a, à plusieurs reprises, été amené à contrôler la légitimité d'ingérences fondées sur l'exception d'ordre public n'a jamais remis en cause le principe de l'exception d'ordre public⁶⁴⁹. Simplement, il vérifie que la valeur protégée au nom de l'ordre public peut être considérée comme un besoin impérieux. Ainsi, le refus de reconnaître une union polygamique fondé sur l'intervention de l'ordre public pourra être considéré comme poursuivant les buts légitimes que sont la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui.

432. En plus de ces deux premières conditions, la Cour impose que la mesure mise en cause soit nécessaire dans une société démocratique.

B. Une mesure nécessaire dans une société démocratique

433. Le critère de la nécessité de la mesure dans une société démocratique est, sans nul doute, le critère le plus important de l'article 8 § 2. C'est, en effet, cette condition qui confère la plus large marge d'appréciation à la Cour pour tolérer ou condamner les atteintes portées au droit au respect de la vie privée et familiale. Ainsi, c'est autour de ce critère que se concentre l'essentiel du contrôle opéré par la Cour.

⁶⁴⁸Point 54 de l'arrêt *Dadouch*, préc. ; Point 200 de l'arrêt *Orlandi*, préc.

⁶⁴⁹C'est le cas notamment dans les arrêts *Négrépontis-Giannisis* et *Oliari*, préc ; v. sur ce point P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 318, p. 9, sp. 101, § 68.

434. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché. De ce fait, la nécessité de la mesure ne peut être appréciée qu'après examen concret de l'importance de l'objectif poursuivi au regard de l'atteinte qui est portée aux droits des individus. Lorsqu'elle vérifie le respect de cette condition, la Cour apprécie à la fois la légitimité de l'intérêt commun, justifiant l'ingérence, et l'intérêt de l'individu, atteint par l'ingérence. Elle procède, alors, à un réel contrôle du rapport de proportionnalité entre ces deux éléments. La casuistique du contrôle complique la systématisation de la jurisprudence de la Cour en la matière. Toutefois, il apparaît, à la lecture des arrêts les plus récents, que la marge d'appréciation laissée aux États dans la mise en œuvre de leurs obligations conventionnelles est de plus en plus étroite (1), la conséquence en est que le contrôle de la proportionnalité, tel qu'il est opéré par le juge européen, limite très étroitement la liberté des États membres quand il est question de la circulation des relations de couple (2).

1. La marge d'appréciation des États

435. La notion de marge d'appréciation correspond à la liberté que la Cour reconnaît aux États dans la mise en œuvre de leurs obligations issues de la Convention. C'est, en d'autres termes, la marge dont jouissent les États pour décider ce qui est nécessaire dans une société démocratique.

De l'étendue de cette marge d'appréciation découle l'étroitesse du contrôle de la Cour lorsqu'elle apprécie les justifications de l'ingérence. En somme, plus la marge d'appréciation octroyée aux États est étroite, plus le besoin impérieux invoqué au fondement de l'ingérence devra être important aux yeux de la Cour. Cette marge est en principe variable. Elle dépend d'un certain nombre d'éléments tels que l'existence d'un consensus entre les États sur la nécessité de l'ingérence, le contexte général ou le caractère plus ou moins sensible de la matière concernée. Or, il apparaît, dans les arrêts les plus récents, que la marge d'appréciation reconnue aux États en matière de couple se réduit comme peau de chagrin.

436. En 2010, dans son arrêt *Green et Faraht*, la Cour rappelait que « the State enjoys a certain margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention ». À ce principe généralement applicable à toutes matières relevant de l'article 8, la Cour ajoutait un élément propre à la question des mariages. « It is primarily for the national legislation to lay down the rules regarding validity of marriages and to draw the legal consequences ». La même année, dans son arrêt *Schalk et Kopf*, relatif à la question de la reconnaissance juridique des couples homosexuels, la Cour énonçait que « le domaine en cause [devait] toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les États doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives »⁶⁵⁰. Les États gardaient, ainsi, une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils étaient confrontés à la question de la circulation des couples formés à l'étranger, qu'il s'agisse de mariage ou de partenariat enregistré et que les couples soient hétérosexuels ou homosexuels.

437. Deux récents arrêts ont modifié la donne. En 2015, dans son arrêt *Oliari*, la Cour restreint la marge d'appréciation des États sur la question de l'élaboration de statuts ouverts aux couples homosexuels. Si elle admet qu'il n'existe, à cette date, aucun consensus entre les États en matière de reconnaissance juridique de ces couples, elle souligne que leur besoin de reconnaissance relève d'un aspect essentiel de la vie et de l'identité des individus. Partant, elle fait une distinction entre la question du contenu du statut, domaine dans lequel les États gardent une réelle marge d'appréciation, et celle de la nécessité d'offrir aux couples une protection juridique, domaine où ne leur est reconnue qu'une marge étroite⁶⁵¹.

Dès lors, il était inévitable que la marge d'appréciation des États soit restreinte dans le domaine de la circulation des relations de couple. Si le besoin de protection juridique relève de la vie et de l'identité des personnes lorsqu'il s'agit de constituer le couple sur le territoire d'un État membre, il en relève tout autant lorsqu'il s'agit de reconnaître un couple déjà constitué dans un autre État. C'est ce qu'énonce le juge européen dans son arrêt *Orlandi* de 2017. S'il reconnaît que l'absence de consensus en la matière devrait en principe impliquer une large marge d'appréciation⁶⁵², il poursuit en indiquant que « in determining the margin of appreciation, the Court must also take account of the fact that

⁶⁵⁰Point 105 de l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc.

⁶⁵¹Point 177 de l'arrêt *Oliari*, préc.

⁶⁵²Point 205 de l'arrêt *Orlandi*, préc.

the issues in the present case concern facets of an individual's existence and identity »⁶⁵³.
La marge d'appréciation ne peut alors être qu'étroite.

Il en découle que le rapport de proportionnalité entre l'impact de l'ingérence et le besoin impérieux protégé sera strictement contrôlé par la Cour et que les États devront justifier de raisons particulièrement graves pour légitimer leur ingérence.

2. Les besoins impérieux justifiant l'ingérence

438. Le contrôle de proportionnalité opéré entre l'intérêt public protégé et l'atteinte portée au droit fondamental de la personne explique « que, devant la Cour européenne des droits de l'homme, les mêmes causes (le blocage tiré du refus de reconnaissance d'une situation personnelle ou familiale constituée à l'étranger) ne produisent pas toujours les mêmes effets... »⁶⁵⁴.

Toutefois, il apparaît, au regard des arrêts de la Cour, que si le rejet de l'homosexualité ne peut être considéré comme un besoin impérieux (a), le juge européen a déjà pu admettre que la volonté de lutter contre la polygamie (b), la volonté de lutter contre la fraude (c) ou la protection de l'ordre public (d) peuvent justifier une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale.

a) Le rejet de l'homosexualité

439. S'il est des arguments qui ne peuvent être considérés comme constituant un besoin impérieux, ce seront les arguments tournant autour du rejet de l'homosexualité dans une communauté étatique.

Cette solution peut être déduite de l'arrêt *Orlandi*, bien que la question n'ait pas été directement en cause dans cette affaire. L'Italie refusait l'enregistrement des mariages au motif que les requérants avaient contourné les prohibitions de la loi qui leur était

⁶⁵³Point 206 de l'arrêt *Orlandi*, préc.

⁶⁵⁴L. D'Avout, « Des marges d'appréciation des États en matière de validité et de dissolution des unions matrimoniales », *RCDIP*, 2011, p. 665.

normalement applicable selon les règles de conflit italiennes. Dans cette hypothèse, la Cour admettait que l'État peut légitimement chercher à protéger l'autorité de ses dispositions matérielles en refusant la reconnaissance des mariages étrangers. La question de l'orientation sexuelle des couples n'intervenait que plus tard dans le raisonnement de la Cour, c'est-à-dire au stade du contrôle du rapport de proportionnalité. Dans cette optique, la Cour avait considéré que l'Italie ne pouvait laisser les requérants dans une situation de vide juridique en refusant toute forme de protection aux couples. Les conséquences du refus — la situation de vide juridique dans laquelle étaient laissés les couples — l'emportaient sur le besoin reconnu comme impérieux — la préservation de l'autorité de la loi. Dès lors, le rejet de l'homosexualité — qui équivaut à la volonté de laisser les couples entre personnes de même sexe dans une telle situation de vide — ne saurait être considéré comme un besoin impérieux. Il en découle qu'un État ne peut invoquer des arguments relatifs au caractère homosexuel du couple ou des motifs liés aux valeurs qui fondent la société pour justifier son refus de reconnaissance. De façon plus générale, toute mesure étatique qui aurait pour effet de bloquer, de façon systématique, la circulation des couples homosexuels serait interdite par la Cour au titre de violation de l'article 8.

440. C'est, ici, le prolongement logique de l'arrêt *Oliari*. Il s'agit d'intégrer à la dimension internationale du droit au respect de la vie privée et familiale le reflet de l'obligation positive découlant de ce droit au niveau interne. Les États membres ont l'obligation d'offrir une protection juridique aux couples homosexuels formés sur leur territoire et ont par ricochet l'obligation d'offrir la même protection aux couples formés à l'étranger.

Le Professeur Fulchiron soulignait alors dans son commentaire sous l'arrêt *Orlandi*⁶⁵⁵ que les États membres qui n'offraient aucun statut, dans leur droit interne, aux couples de même sexe étaient en quelque sorte « pris en tenaille ». En effet, ils savent, d'une part « qu'à un moment ou à un autre, ils devront introduire dans leur droit un moyen de reconnaître et de protéger les couples homosexuels », alors que « d'autre part [ils risquent d'être contraints], en application de la jurisprudence *Orlandi*, d'enregistrer les mariages entre personnes de même sexe que leurs nationaux auraient contractés à l'étranger, et de les reconnaître en tant que mariages »⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵H. Fulchiron, « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *préc.*

⁶⁵⁶*Ibid.*

Il semble, cependant, que la situation ne soit pas aussi exceptionnelle qu'il y paraît. En effet, en matière de convention de mère porteuse, la Cour a déduit de l'article 8 l'obligation pour les États de reconnaître la filiation unissant les parents d'intention à l'enfant né de la gestation pour autrui, tout en admettant qu'un État interdise une telle procédure sur son territoire⁶⁵⁷. Ainsi, aussi déroutant que cela puisse être, la situation n'est pas nouvelle. Il apparaît, toutefois, que la Cour ne laisse aux États, dans ses arrêts *Oliari* et *Orlandi*, qu'une marge d'appréciation étroite sur la question de la reconnaissance des couples homosexuels. Dans les deux cas, des aspects essentiels de la vie et de l'identité des personnes sont mis en cause⁶⁵⁸. Il est, dès lors, difficilement imaginable qu'un État soit condamné pour avoir omis de mettre en place un statut protecteur des couples homosexuels dans son droit interne, mais ne le soit pas pour son refus de reconnaître un couple homosexuel étranger. Dans les deux cas, la condamnation semble inévitable.

En outre, et ceci est essentiel, la Cour n'impose pas aux États de reconnaître les mariages homosexuels. Elle impose uniquement que le couple soit protégé de part et d'autre de la frontière. Un État peut alors choisir de reconnaître le mariage étranger, comme il peut choisir de le requalifier en partenariat enregistré, comme il peut, éventuellement, refuser toute reconnaissance en offrant au couple la possibilité de former un nouveau statut selon son droit interne, statut qu'il a l'obligation de mettre en place en vertu de l'arrêt *Oliari*.

b) La lutte contre la polygamie et la polyandrie

441. La décision *Green Farhat*, bien que d'irrecevabilité, permet de constater que la Cour admet qu'un État membre refuse de reconnaître un mariage célébré à l'étranger dans le but d'empêcher l'existence de situations de polygamie sur son territoire.

Dans cette affaire, les autorités maltaises avaient refusé de reconnaître la seconde union conclue par l'une de leurs ressortissantes en Libye. Ce refus était fondé sur le fait que Madame Green n'apportait pas la preuve de l'existence d'un divorce ou d'une annulation du premier mariage qui lui aurait permis de retrouver sa capacité à se marier. La

⁶⁵⁷C'était le cas notamment dans les arrêts *Menesson* et *Labbassee préc.*

⁶⁵⁸Point 206 de l'arrêt *Orlandi* et point 177 de l'arrêt *Oliari, préc.*

reconnaissance de ce second mariage dans l'ordre juridique maltais était alors contraire à leur ordre public.

442. Que le refus de reconnaître le second mariage de la requérante constitue une ingérence au droit au respect de la vie familiale de Madame Green ne faisait pas de doute. La Cour considérait toutefois que l'État maltais n'avait pas dépassé la marge d'appréciation qui lui était octroyée par le §2 de l'article 8 et que l'ingérence était justifiée par le besoin impérieux de lutter contre la polyandrie. En effet, elle souligne que « in view of the interests of the community in ensuring monogamous marriages, and those of the third party directly involved, namely the first applicant's first husband, the Court cannot find that, in the circumstances of the case the domestic courts failed to strike a fair balance between the conflicting interests ».

443. Il apparaît, au regard de la particularité des faits d'espèce, que l'examen du rapport de proportionnalité prend une importance particulière dans cette affaire. En effet, le premier mariage, seul valable aux yeux de l'ordre juridique maltais, n'avait concrètement duré qu'un peu moins d'un an avant le départ de l'épouse. La cohabitation avait cessé rapidement et le couple ne vivait plus comme un couple marié depuis plusieurs décennies. De plus, le premier mari était décédé en cours de procédure. L'union n'existait donc plus au moment où la Cour devait se prononcer. En revanche, la deuxième union de Mme Green, valable dans son esprit, avait duré plus de 30 ans, dont 20 dans un pays étranger.

444. Ainsi que l'indique le Professeur d'Avout⁶⁵⁹, les mécanismes de droit international privé auraient pu permettre sa reconnaissance à Malte. Et le contrôle de proportionnalité l'aurait pu de la même manière au regard des différents intérêts particuliers mis en cause. Cette affaire mettait en lumière une « opposition des deux droits fondamentaux concrètement concernés, qui paralysent mutuellement leurs effets au bénéfice du *statu quo* »⁶⁶⁰. L'intérêt du premier époux à voir le respect de sa vie privée et familiale assuré par le refus de reconnaissance du second mariage s'opposait à celui de son épouse et de son second mari à voir leur propre union reconnue à Malte. Dans cette affaire, l'intérêt du premier époux, décédé, de voir protéger une union qui n'existait plus dans les faits ne

⁶⁵⁹L. D'Avout, « Des marges d'appréciation des États en matière de validité et de dissolution des unions matrimoniales », *préc.*

⁶⁶⁰*Ibid.*

devait pas nécessairement primer celui des requérants de voir reconnaître une union qu'ils pensaient légitime et confirmée par plusieurs décennies de vie commune.

445. Il semble alors que l'intérêt de la communauté de lutter contre les unions polygamiques prend une importance prépondérante en l'espèce. En effet, admettre la validité de cette deuxième union sur le territoire maltais, célébrée à l'étranger alors que le premier mariage n'avait pas été dissous, revenait à admettre la validité et les effets d'une union polyandre. Or la Cour a déjà, bien que dans des circonstances tout à fait différentes, indiqué que la Convention visait à la protection de valeurs qu'elle considère comme démocratiques et notamment à l'interdiction de la polygamie fondée sur une vision inégalitaire des hommes et des femmes⁶⁶¹. Cet intérêt général, particulièrement légitime aux yeux de la Cour, prend alors le pas sur les intérêts particuliers des requérants et justifie la constatation de l'absence de violation de l'article 8. Il faut alors admettre que le risque de blocage absolu dans le cadre du conflit de civilisations n'est pas résolu par la reconnaissance d'un droit à la circulation⁶⁶².

Toutefois, la portée de la violation du droit au respect de la vie familiale était limitée dans le cas d'espèce. En effet, les époux pouvaient cohabiter sur le territoire maltais et vivre comme un couple normal au quotidien. Le couple pouvait dès lors vivre leur relation de couple et l'atteinte portée à leur droit était proportionnée au besoin de protéger la société maltaise des unions polygames.

446. De la même façon, la Cour constate dans son arrêt qu'à la suite du décès du premier mari, les époux Green et Faraht pouvaient se remarier valablement aux yeux de l'ordre juridique maltais.

Dans cette affaire, si la Cour fait donc primer l'intérêt de l'ordre juridique sur celui des requérants et laisse à Malte la possibilité de refuser la circulation de cette union, la nature du mariage ici en cause a une grande importance.

⁶⁶¹CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi et autres contre Turquie*, req. 41340/98, 41342/98 et 41343/98.

⁶⁶²L. D'Avout, « Des marges d'appréciation des États en matière de validité et de dissolution des unions matrimoniales », *préc.*

c) La lutte contre la fraude à la loi

447. Dans son arrêt *Orlandi*, la Cour devait se prononcer sur « la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger par des nationaux italiens en contradiction avec les principes essentiels de l'ordre juridique italien dont les normes sont déclarées applicables par la règle italienne de conflit de lois »⁶⁶³. Elle reconnaissait alors que la volonté d'un État d'assurer l'application de sa loi à ses nationaux pouvait être reconnue comme un besoin impérieux au sens de l'article 8 § 2. Elle souligne dans le § 207 de son arrêt qu'elle « considers that there is also a State's legitimate interest in ensuring that its legislative prerogatives are respected and therefore that the choices of democratically elected governments do not go circumvented ».

Dans cette affaire, il était flagrant que certains couples de requérants avaient obtenu à l'étranger un statut qui leur était interdit sur place, et ce dans le seul but d'en obtenir la reconnaissance dans leur pays d'origine. Trois des six couples concernés ne présentaient aucun lien avec l'État de célébration de leur mariage, alors qu'ils résidaient en Italie à cette date. La question de la fraude à la loi se profilait alors très clairement dans ces affaires. Dans ces conditions, l'affirmation de la Cour ne pouvait être qu'approuvée et rassurer chacun des États membres⁶⁶⁴ : la nécessité d'empêcher le contournement de ses prohibitions internes par ses ressortissants est reconnue comme un besoin impérieux de l'État et l'article 8 n'a pas vocation à priver de toute efficacité les prohibitions internes en imposant aux États de reconnaître les statuts que leurs nationaux avaient obtenus à l'étranger.

448. Toutefois, deux limites étaient posées par la Cour. En premier lieu, si la Cour accepte que « to prevent disorder Italy may wish to deter its nationals from having recourse in other States to particular institutions which are not accepted domestically », elle ne se prononce pas sur la situation où les requérants n'auraient pas été liés à l'Italie par la nationalité, mais par un autre lien de proximité. En second lieu, toujours selon la Cour, un État ne peut s'opposer à la circulation d'un statut étranger qu'il aurait l'obligation de prévoir dans son droit interne en vertu de la Convention. Le refus d'enregistrement d'un

⁶⁶³H. Fulchiron, « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *préc.*

⁶⁶⁴H. Fulchiron, « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *préc.*

statut est alors doublement encadré : au regard de la nationalité des particuliers qui en ont fait la demande, mais aussi au regard de la nature du statut. Le refus italien répondait à ces deux conditions, chacun des couples requérants était composé d'au moins un Italien et l'article 8 n'impose pas que les États ouvrent le mariage aux personnes de même sexe.

449. Il n'en demeure pas moins que l'Italie fut condamnée dans cette affaire, et il apparaît que la liberté des États en matière de circulation des relations de couple est finalement étroitement limitée. En effet, si la Cour reconnaît l'existence d'un besoin impérieux dans cette affaire, elle estime que les décisions italiennes constituaient une violation du droit à la circulation dans la mesure où « the State failed to strike a fair balance between any competing interests »⁶⁶⁵. C'est alors après examen du rapport de proportionnalité qu'elle décide que les autorités italiennes avaient outrepassé la marge d'appréciation qui leur était accordée. Non seulement, elles avaient refusé de reconnaître les mariages étrangers, ce que lui autorise la Cour, mais elles « failed to ensure that the applicants had available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions »⁶⁶⁶. Si l'Italie est condamnée par la Cour, c'est parce qu'elle n'offre aucun moyen aux parties de faire circuler la réalité sociale de leur relation. Les requérants n'avaient ni la possibilité de voir circuler leur statut, sous la forme d'un mariage ou d'un partenariat, ni la possibilité de créer un nouveau statut protecteur en vertu du droit italien. Ce n'est pas, alors, le refus d'enregistrer les mariages qui viole l'article 8, mais le fait que ce refus s'accompagne d'une impossibilité de bénéficier d'une quelconque protection juridique.

L'atteinte faite au droit à la circulation n'a pas la même portée dans cette affaire que dans l'arrêt *Green Farhat*. Dans le cas du mariage polygamique, les requérants, s'ils ne pouvaient faire reconnaître leur mariage à Malte, gardaient la possibilité de s'y remarier. En revanche dans l'arrêt *Orlandi*, les couples requérants n'avaient aucune solution pour sortir de la situation de vide juridique dans laquelle le refus d'enregistrement les plongeait. Ainsi que le souligne la Cour, « the applicants thus encountered obstacles in their daily life and their relationship was not afforded any legal protection. »⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵Point 210 de l'arrêt *Orlandi*, préc.

⁶⁶⁶Point 210 de l'arrêt *Orlandi*, préc.

⁶⁶⁷Point 208 de l'arrêt *Orlandi*, préc.

d) Le respect de l'ordre public

450. Si l'ordre public ne peut être considéré comme un but légitime au sens de l'article 8⁶⁶⁸, la protection des valeurs qui le compose peut être constitutive d'un besoin impérieux. Toutefois, il ne suffit pas qu'un État invoque la contrariété d'un couple avec son ordre public pour que la Cour tolère l'ingérence qui découle du refus de reconnaissance. En effet, « selon la Cour, la référence à l'ordre public ne saurait [...] passer pour une carte blanche justifiant toute mesure »⁶⁶⁹.

451. En réalité, le juge européen vérifie que la valeur invoquée par l'État puisse être considérée comme un principe fondamental dans son ordre juridique. Ainsi, dans son arrêt *Orlandi*, la Cour rejette l'idée que l'ordre public italien impose le refus de reconnaissance des mariages étrangers en raison de leur caractère homosexuel. Pour ce faire, elle se fonde sur le raisonnement de la Cour de cassation italienne qui, en 2012, avait décidé que « the said refusal could not be based on the ground that such a marriage ran counter to public order »⁶⁷⁰.

Elle avait procédé au même contrôle dans l'arrêt *Négrépontis-Giannisis* lorsqu'elle soulignait qu'il n'existait aucun accord entre les juges de la Cour de cassation grecque quant à la qualification de l'interdiction faite aux moines de se marier comme composante de l'ordre public grec⁶⁷¹.

452. Une fois admis que le droit à la circulation de la relation de couple n'est pas un droit absolu, reste à déterminer comment adapter le jeu des règles de droit international privé afin de le mettre en conformité avec les nouvelles exigences conventionnelles.

⁶⁶⁸Point 200 de l'arrêt *Orlandi*, préc.

⁶⁶⁹Point 80 de l'arrêt *Paradiso Campanelli*, préc.

⁶⁷⁰Point 63 de l'arrêt *Orlandi*, préc.

⁶⁷¹Points 73 et 74 de l'arrêt *Négrépontis-Giannisis*, préc.

§ II - La nécessaire adaptation des règles de droit international privé

453. Le premier élément de réponse se déduit de la méthode de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, « qui dit proportionnalité, dit examen concret, et ceci vaut tout particulièrement devant la Cour européenne des droits de l'homme qui souligne souvent, comme élément fondamental de sa méthode, que son rôle n'est pas de procéder à un contrôle abstrait des normes de droit interne, mais d'apprécier leurs effets concrets sur la situation des requérants »⁶⁷². Elle ne s'est alors jamais prononcée directement sur les règles de droit international privé mises en œuvre par les États pour la circulation des relations de couple. Elle leur laisse le choix des mécanismes qu'ils considèrent comme appropriés, sans imposer aucune méthode particulière⁶⁷³. Ce qui compte est le seul résultat auquel parviennent ces règles : le respect ou non du droit au respect de la vie familiale prévu par l'article 8 de la Convention. Ainsi, la mise en place de règles de reconnaissance ne peut découler que de la volonté des États.

Un second élément de réponse peut lui se déduire de l'arrêt *Wagner*. Dans cet arrêt, la Cour, qui devait se prononcer sur la compatibilité du refus d'exequatur opposé à une adoption avec les articles 6 §1 et 8 de la Convention, reprochait aux juridictions nationales de ne pas avoir vérifié si « l'ordre public commandait précisément d'accorder, au titre de l'article 8 de la Convention, l'exequatur à la décision d'adoption étrangère »⁶⁷⁴. Ce faisant, elle intégrait le droit à la circulation de la relation de famille au contenu de l'ordre public luxembourgeois. Cette intégration n'est pas étonnante, les liens entre les droits garantis par la Convention, dont l'objectif est la préservation d'un idéal démocratique commun aux différents États membres⁶⁷⁵, et le contenu de l'ordre public sont réels, les dispositions de la Convention et les composantes de l'ordre public ne sont pas totalement étrangères les unes aux autres⁶⁷⁶. Ainsi, la traduction de ces valeurs conventionnelles peut prendre la forme de

⁶⁷²P. Kinsch, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *préc.* ; D. Cohen, « La CEDH et le droit international privé français », *RCDIP*, 1989, p. 451, sp. 453.

⁶⁷³P. Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, Paris, 2013, p.43, sp. 44, § 2.

⁶⁷⁴Point 97 de l'arrêt *Wagner*, *préc.*

⁶⁷⁵P. Courbe, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la convention dans le système français », in P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 249, sp. 263.

⁶⁷⁶D.Cohen, « La CEDH et le droit international privé français », *RCDIP*, 1989, p. 451, sp. 477.

l'exception d'ordre public⁶⁷⁷, et les droits garantis par le texte peuvent être intégrés à son contenu⁶⁷⁸.

454. Toutefois, il en découle nécessairement une évolution du rôle de l'ordre public (A). Mécanisme ayant traditionnellement vocation à intervenir de façon exceptionnelle⁶⁷⁹, il deviendrait un élément pivot de la circulation des relations de couple. Il semble, en sus, qu'une telle utilisation justifie le renouveau de l'ordre public atténué (B).

A. L'évolution du rôle de l'ordre public

455. C'est, selon l'arrêt *Wagner*, dans le cadre du contrôle de l'ordre public que les États doivent procéder à l'« examen concret »⁶⁸⁰ de la proportionnalité entre le besoin impérieux justifiant le refus de circulation et l'atteinte portée au droit à la circulation.

Il apparaît toutefois que l'essence du droit à la circulation n'est pas compatible avec le rôle habituellement reconnu à l'ordre public. Pour le dire autrement, le mécanisme de l'ordre public n'est pas, *a priori*, adapté à la protection de ce droit. Mécanisme protecteur, s'il peut être vu comme un « instrument de coordination des systèmes »⁶⁸¹, c'est parce

⁶⁷⁷P. Courbe, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la convention dans le système français », *préc.*, sp. 263 ; H. Fulchiron, « Le droit étranger à l'épreuve de la Constitution française et des conventions internationales liant l'ordre juridique français », in G. Cerqueira et N. Nord (dir.), *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger – Etudes de droit international privé : Amérique latine — États-Unis – Europe*, Paris, SLC, 2017, p. 63.

⁶⁷⁸La question du mode d'intervention des droits garantis par la CEDH reste aujourd'hui encore débattue dans la doctrine. Certains auteurs (v. notamment L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé Etude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, préface Y. Lequette) considèrent que les droits conventionnellement garantis devraient intervenir directement sans passer par le truchement des mécanismes de droit international privé, sans passer donc par le jeu des règles de conflit ou de l'ordre public (P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997, p.1). Un exemple de cette application directe des droits fondamentaux dans l'ordre juridique français se trouve dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 juin 1994, *Osmar B. contre procureur général près la Cour d'appel de Paris* (CA Paris, 14 juin 1994, *RCDIP*, 1995, note Y. Lequette, p. 308). Pour d'autres auteurs au contraire (P. Mayer, « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP*, 1991, p. 663 ; P. Hammje, « Droits fondamentaux et Ordre Public », *RCDIP*, 1997, p.1 ; D. Cohen, « La CEDH et le droit international privé français », *préc.* ; P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 318, p. 9, sp. 171 s., § 133 s. ; N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, th. dactyl., Université Robert Schuman, 2003, sp. 190 s., § 341 s.), la protection des droits fondamentaux doit passer par le mécanisme de l'ordre public qui permet d'en faire une application raisonnable (Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, (dir) R. Cabrillac, Dalloz, 25ème éd., 2019, p. 135, sp. 162, § 196). Restent alors ouvertes les questions d'un ordre public européen dissocié de l'ordre public international propre à chaque État (F. Sudre, « L'ordre public européen » in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis Bruylant, coll. droit et justice n° 29, 2001, p. 109 et du même auteur « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, (dir) Tavernier, Bruylant, 1996, p.1 ; N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *préc.*, sp. 151 s., § 272 s.).

⁶⁷⁹S. Sana-Chaillé de Néré, « Le concept d'ordre public et ses mutations », *Droit de la famille* n° 9, Septembre 2015, dossier 45, § 4.

⁶⁸⁰Point 135 de l'arrêt *Wagner*, *préc.*

⁶⁸¹H. Fulchiron, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, éd. Nemesis et Bruylant, 2002, p. 353, sp. 361.

qu'autorisant le refus de la norme étrangère inadmissible aux yeux du for, il permet plus volontiers d'admettre celles qui ne le sont pas⁶⁸². Lorsqu'il intervient dans le cadre de la circulation d'un couple, sa fonction essentielle est de s'opposer à la reconnaissance d'une union non conforme aux valeurs du for. Par exemple, l'ordre public français s'opposera à la reconnaissance, en France, d'un mariage célébré entre des enfants, ou entre des frères et sœurs.

En revanche, le droit à la circulation, tel qu'il est entendu par la Cour européenne a vocation à imposer qu'une relation de famille créée dans un État soit reconnue dans tous les États parties à la Convention. Ainsi, dans l'arrêt *Wagner*, le droit à la circulation commandait l'exequatur, au Luxembourg, du jugement péruvien.

Il apparaît alors que si l'on admet que le droit à la circulation soit intégré à l'ordre public de chaque État partie, cela revient, concrètement à considérer que tous ces États accordent une valeur particulière au droit à la circulation. Celui-ci se voit reconnaître le statut de valeur fondamentale protégée par l'ordre public. Une telle situation met en lumière un paradoxe certain : la valeur « faveur à la circulation de la relation de famille » doit être protégée par un mécanisme dont la mise en œuvre a, par définition, pour effet de bloquer la circulation des situations étrangères.

456. De cette situation de paradoxe, deux conséquences peuvent être observées. De façon habituelle, l'exception d'ordre public s'intègre à l'ensemble des conditions encadrant, dans un État, la circulation des normes étrangères (lois ou décisions). Ainsi, en matière de relations de couple, les autorités françaises qui doivent se prononcer sur la validité d'un statut créé à l'étranger en vérifient la conformité au système conflictuel du for avant d'apprécier si la « réception » de ce statut pourrait être constitutive d'une violation de l'ordre public. De la même façon, lorsque ces autorités sont saisies d'une question de reconnaissance d'une décision étrangère relative à un statut de couple, elle contrôle le respect des conditions posées par l'arrêt *Cornelissen*⁶⁸³. Une telle décision pourra être reconnue si elle a été rendue par une juridiction étrangère indirectement compétente, si elle n'a pas été obtenue par fraude et si elle est conforme à l'ordre public. Toutes ces conditions répondent à un même objectif : vérifier que la norme étrangère peut être appliquée ou reconnue en France. Si l'une de ces conditions fait défaut, il n'est pas nécessaire

⁶⁸²*Ibid.*

⁶⁸³Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, *RCDIP*, 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *JDI*, 2007, p. 1195, note F. - X. Train ; *D.*, 2007, p. 1115, note S. Bollée et L. d'Avout ; *JCP G*, 2007, act. 107, note C. Bruneau.

d'examiner les autres. Ainsi, lorsqu'un statut de couple ne peut être considéré comme valable au regard des dispositions matérielles de la loi désignée par les règles de conflit françaises, alors sa conformité à l'ordre public n'est pas examinée. Cet examen est inutile dans la mesure où sa validité ne peut être acquise en France pour la seule raison qu'il ne répond pas aux exigences du système conflictuel français.

457. L'ordre public fonctionne de la même façon en matière de reconnaissance des décisions et l'arrêt *Wagner*⁶⁸⁴ de la CEDH permet de l'illustrer. Le jugement d'adoption péruvien rendu à l'égard d'une ressortissante luxembourgeoise ne pouvait être reconnu au Luxembourg car il avait été rendu en contradiction avec la loi compétente aux yeux des autorités luxembourgeoises. Lesdites autorités avaient alors refusé l'exequatur à ce jugement sans se pencher sur la question de sa conformité avec l'ordre public local. La circulation de la décision étant refusée, elle ne risquait pas de violer l'une des valeurs fondamentales de cet État.

Or, si la valeur « faveur à la circulation des relations de famille » portée par la dimension internationale du droit au respect de la vie privée et familiale est intégrée à l'ordre public de chacun des Etats membres, il apparaît que celui-ci pourrait être violé en cas d'atteinte à cette valeur (c'est-à-dire lorsque la circulation du rapport de famille est refusée). Il en découle que l'exception de l'ordre public devrait alors pouvoir être mise en œuvre pour contrôler que le refus de reconnaissance ou d'application d'une norme étrangère n'entre pas en contradiction avec la « faveur à la circulation de la relation de famille ». C'est d'ailleurs parce que les autorités luxembourgeoises n'avaient pas fait jouer l'exception d'ordre public en ce sens que la Cour européenne avait condamné le Luxembourg⁶⁸⁵. En omettant de contrôler la conformité du refus d'exequatur à la composante « faveur à la circulation de la relation de famille » de leur ordre public, les autorités avaient porté atteinte à l'article 8 de la Convention.

458. Il apparaît alors que la Cour impose, aujourd'hui, un examen en deux temps des situations de circulation des relations de famille. Les Etats gardent la possibilité de contrôler, en premier lieu, que le statut étranger remplit une série de conditions posées par

⁶⁸⁴CEDH, 28 juin 2007, *Wagner, préc.*

⁶⁸⁵Ainsi dans le § 97 de l'arrêt *Wagner, préc.*, la Cour européenne a souligné que la juridiction luxembourgeoise avait « omis de donner une réponse au moyen selon lequel l'ordre public commandait précisément d'accorder, au titre de l'article 8 de la Convention, l'exequatur à la décision d'adoption péruvienne ».

ses règles de droit international privé et encadrant la circulation du statut. Le droit au respect de la vie privée et familiale n'est, en effet, pas un droit absolu. En second lieu, lorsque l'application de ces conditions mènent au refus de circulation (la loi applicable est écartée ou la décision n'est pas reconnue), les Etats ont l'obligation de vérifier que ce refus ne constitue pas une atteinte au droit prévu dans l'article 8, et que donc, il ne viole pas la valeur « faveur à la circulation de la relation de famille » protégée par leur ordre public.

459. La solution est, *a priori*, classique : la Cour impose aux Etats de contrôler que le résultat de l'application de leurs règles de droit international privé (le refus de circulation) est conforme aux dispositions qu'elle protège (plus particulièrement, dans notre hypothèse, l'article 8), et de façon habituelle, ce contrôle passe par l'exception d'ordre public.

Toutefois, au regard de la nature de la valeur protégée, « la faveur à la circulation de la relation de famille », il apparaît que, désormais, l'ordre public encadre à un double titre le jeu des autres conditions encadrant la circulation. Tout d'abord, il permet de corriger les effets de ces conditions lorsqu'elles autorisent la circulation de la relation de famille. Ainsi, quand la règle de conflit française donne compétence à une loi étrangère autorisant le mariage d'enfants et permet, de ce fait, la reconnaissance d'un mariage étranger célébré entre deux enfants en vertu de cette loi, l'ordre public évince l'application de la loi et interdit la reconnaissance du mariage. Mais, il permet, en outre, d'en corriger les effets lorsqu'elles mènent à un refus de circulation, comme dans l'arrêt *Wagner*⁶⁸⁶. La condition d'ordre public chapeaute désormais l'ensemble des conditions posées à la circulation de statuts de couple et pourra intervenir de façon beaucoup plus fréquente. La Cour impose alors un réel « aménagement des conditions d'efficacité internationale des décisions et actes de droit familial afin de permettre à la vie familiale de se développer à travers les frontières nationales »⁶⁸⁷ et l'ordre public s'élève réellement au rang « d'instrument de dialogue entre les différentes lois en présence »⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶V. le paragraphe 97 de l'arrêt dans lequel la CEDH indique que « la Cour d'appel [luxembourgeoise] a omis de donner une réponse au moyen selon lequel l'ordre public commandait précisément d'accorder, au titre de l'article 8 de la Convention, l'exequatur à la décision d'adoption péruvienne [...] et ce en dépit de [la] jurisprudence selon laquelle la Convention déploie ses effets directs dans l'ordre juridique luxembourgeois ». C'est, ainsi, parce que les juridictions luxembourgeoises n'ont pas vérifié la conformité de leur refus d'exequatur avec l'article 8 de la Conv. EDH par le mécanisme de l'ordre public, que la CEDH constate, dans l'arrêt *Wagner* l'existence d'une violation à l'article 6 de la dite convention.

⁶⁸⁷A. Bucher, « La famille en droit international privé », *préc.*, sp. 1001.

⁶⁸⁸*Ibid.*, sp. 362.

460. La deuxième conséquence de cette intégration de la valeur « faveur à la circulation » est qu'il est possible désormais que les valeurs composant le contenu de l'ordre public puissent entrer en concurrence les unes avec les autres.

Prenons l'exemple de la circulation d'un mariage polygamique célébré au Maroc. Si l'on admet qu'il a été valablement célébré au regard de la loi désignée par les règles de conflit françaises, surgit la question de sa conformité à l'ordre public. Deux valeurs françaises peuvent être concernées par la circulation d'une telle union, la première étant l'interdiction de la bigamie alors que la seconde est celle de la « faveur à la circulation de la relation de famille ». La protection de la première commande le refus de circulation en France du statut étranger, alors que la seconde impose qu'il soit considéré comme valable dans cet État. Les autorités françaises saisies de la question sont alors partagées, pour protéger leur ordre public, entre deux obligations concurrentes : reconnaître ou refuser de reconnaître la validité de l'union.

461. Dans de telles hypothèses, seul un examen concret des faits de chaque espèce permettra de trouver le juste équilibre entre les différentes valeurs mises en concurrence afin de déterminer si l'ordre public a vocation, dans une affaire particulière, à imposer ou à interdire la reconnaissance de la relation de couple. Les autorités étatiques devront, pour choisir de reconnaître ou non le statut étranger, prendre en considération l'importance accordée à chacune des valeurs en cause et surtout la portée de l'atteinte qui leur serait faite selon que la relation est ou non reconnue pour prendre position.

462. Il apparaît qu'un tel contrôle n'est pas sans rappeler le contrôle de proportionnalité auquel la Cour européenne procède lorsqu'elle doit contrôler la conformité d'une mesure étatique à l'article 8, mais surtout qu'il impose que l'ordre public soit, dans de telles hypothèses, contrôlé selon la modalité de l'ordre public atténué.

B. L'ordre public atténué et le contrôle de proportionnalité de l'article 8

463. La jurisprudence a mis en lumière plusieurs figures de l'ordre public afin de justifier qu'il puisse « parfois s'accommoder de ce qu'en principe il condamne »⁶⁸⁹, et que, ce qui dans certains cas semble inacceptable, le soit dans d'autres situations.

Ainsi que l'indique le Professeur Gannagé⁶⁹⁰, il existe en France deux formes principales de fonctionnement de l'ordre public. La première fondée sur un « diptyque »⁶⁹¹ de l'ordre public plein et de l'ordre public atténué, et la seconde, d'origine allemande, désignée sous le terme d'*Inlandsbeziehung* ou d'ordre public de proximité. Chacune de ces formes fonctionne de façon différente et est portée par une vision particulière de la place accordée aux valeurs du for dans le traitement des relations internationales⁶⁹².

464. Dans la version traditionnelle française, l'ordre public plein ou l'ordre public atténué interviendront alternativement selon que la situation doit être constituée dans le for ou l'a déjà été à l'étranger.

Lorsque le juge français doit, lui-même, créer la situation en application de la loi étrangère, l'ordre public jouera dans son effet plein et imposera l'éviction systématique de toute loi dont l'application concrète violerait son contenu. La mise en œuvre de cette figure de l'ordre public est alors relativement rigide.

En revanche lorsque la situation a été constituée à l'étranger, l'ordre public jouera, selon l'arrêt *Rivière*, dans son effet atténué, en ceci qu'il n'imposera pas de façon systématique l'éviction de la norme étrangère. Cette modalité de mise en œuvre se rencontre principalement lorsqu'est en cause la reconnaissance d'un jugement étranger, mais elle peut aussi intervenir face à des situations qui n'ont pas été constituées par un acte juridictionnel. Ainsi, pendant un temps, les répudiations constatées par des notaires à l'étranger ont pu être reconnues en France⁶⁹³. De la même façon, l'ordre public joue dans

⁶⁸⁹D.Cohen, « La CEDH et le droit international privé français », *préc.*, sp. 479.

⁶⁹⁰L. Gannagé « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *préc.*, sp. 332, § 125.

⁶⁹¹*Ibid.*

⁶⁹²*Ibid.*, § 126.

⁶⁹³Civ. 1ère, 3 novembre 1983, *R.*, 1984, p.325, 1ère esp., note I. Fadlallah ; *JDI*, 1984, p. 329, note. Ph. Kahn ; *JCP*, 1984, II, p. 20131, concl. Gulphe.

son effet atténué pour permettre la reconnaissance de mariages polygamiques célébrés à l'étranger⁶⁹⁴.

Deux raisons expliquent cette « tolérance » à l'égard du mariage célébré à l'étranger, l'une basée sur un facteur temporel et l'autre sur un facteur spatial.

En vertu du facteur temporel, l'effet atténué de l'ordre public est fondé sur le respect des droits acquis. Le mariage, célébré à l'étranger, existe et a déjà entraîné des conséquences que les époux attendent légitimement de voir respecter. Dès lors, « il faut [...] des raisons particulièrement graves » pour les remettre en cause. Dans le domaine du droit de la famille en particulier, le sacrifice des valeurs du for est alors justifié par la nécessité de respecter la stabilité de l'état des personnes »⁶⁹⁵.

Ainsi, dès lors que la situation est créée à l'étranger, il faudra une violation particulièrement grave des valeurs du for pour entraîner la mise en œuvre de l'ordre public.

En vertu du facteur spatial, l'effet de l'ordre public sera atténué en raison de l'éloignement existant entre le for et la situation au moment de sa création. La situation n'étant pas « ancrée »⁶⁹⁶ dans l'ordre juridique du for, la violation de son ordre public serait moins grande.

465. Cette double facette de l'ordre public, pleine et atténuée, permet alors au for d'adapter sa réaction aux circonstances de fait de l'espèce, l'ordre public plein intervenant systématiquement en cas de violation de ses valeurs, alors que l'ordre public atténué lui permet d'en tolérer une « violation modérée ».

Cette configuration de l'ordre public est aujourd'hui critiquée⁶⁹⁷ et « une véritable entreprise de désactivation de l'ordre public atténué [au profit de l'ordre public de proximité s'est mise] en place »⁶⁹⁸. La principale critique adressée à l'ordre public atténué est qu'il ne répondrait plus aux réalités de la vie moderne. Les évolutions technologiques, notamment en matière de déplacement, impliquent que « le seul fait qu'une situation [soit]

⁶⁹⁴Civ. 1ère, *Chemouni*, 28 janvier 1958, *RCDIP*, 1958, p.110, note Jambu-Merlin ; *D.*, 1958, p. 265, note Lenoan ; *JCP*, 1958, II, p. 10488, note Louis-Lucas ; *JDI*, 1958, p. 776, note Ponsard ; Cass., civ. 1ère, *Chemouni*, 19 février 1963, *RCDIP*, 1963, p. 559, note G. H. ; *JDI*, 1963, p. 986, note Ponsard ; *Rec. Gen. Lois*, 1963, p.315, note Droz ; Cass., civ. 1ère, *Beneddouch*, 3 janvier 1980, *RCDIP*, 1980, p. 331, note Batiffol ; *JDI*, 1980, p. 327, note Simon-Depitre ; *D.*, 1980, p. 549, note Poisson-Drocourt ; Cass., civ. 1ère, *Baaziz*, 17 février 1982, *RCDIP*, 1983, note Lequette ; *JDI*, 1983, p. 606, obs. Kahn.

⁶⁹⁵L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *préc.*, sp. 340, §134 reprenant l'expression de Ms H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, 7ème éd., LGDJ, 1981, t. I, n° 367, p. 426.

⁶⁹⁶L'expression est empruntée à N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique*(Inlandsbeziehung) *en droit international privé*, *préc.*, sp. 146, § 158.

⁶⁹⁷B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP*, *préc.*, n° 21, § 6 ; H. Gaudemet-Tallon « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, 1991, p. 9 et s, sp. 270, § 122.

⁶⁹⁸L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *préc.*, sp. 343, § 139.

née à l'étranger ne permet plus de présumer qu'elle n'avait à l'époque de sa création que peu de liens avec la société française »⁶⁹⁹. De ce fait, l'abaissement du seuil de tolérance ne pourrait plus être justifié par l'éloignement géographique de la formation de la situation juridique.

466. Selon la théorie de l'*Inlandsbeziehung*, l'ordre public devrait être mis en œuvre dès que le rapport de droit présente un lien pertinent avec le for. Ce n'est plus l'éloignement, dans l'espace et dans le temps, du rapport de droit avec le for qui justifie la désactivation du mécanisme d'éviction, mais la proximité entre les deux qui en justifie l'activation. Le diptyque traditionnel de l'ordre public plein et de l'ordre public atténué s'efface alors devant une autre modalité d'application qui permet « le même jeu de l'ordre public que la situation soit constituée dans ou hors du territoire du for »⁷⁰⁰. Seul importe « que cette situation présente des liens étroits avec la France »⁷⁰¹.

Ces liens se réalisent dans la personne de l'un des membres de la relation, que ce soit par son domicile, sa nationalité ou sa résidence. Dans ce cas, le facteur « personnel »⁷⁰² prend le pas sur les facteurs temporels et spatiaux. Par exemple, une loi étrangère prohibant l'établissement d'une filiation naturelle a pu être considérée comme contraire à l'ordre public français lorsqu'elle a pour effet de priver de filiation un enfant français ou résidant en France,⁷⁰³ mais ne l'a pas été lorsque l'enfant n'est ni français ni résident sur notre territoire⁷⁰⁴. Peu importe que la filiation ait déjà été établie à l'étranger ou doive l'être en France.

467. Il apparaît alors que le diptyque ordre public plein/ordre public atténué, qui permet une réelle modulation du seuil de tolérance du for au regard du lien de formation de la relation de famille, est le plus à même de protéger le droit à la circulation fondé sur l'article 8 de la Convention.

En premier lieu, les deux volets de ce diptyque s'articulent autour d'une distinction fondamentale : la situation doit être créée dans le ressort du for ou l'a déjà été à l'étranger. Dès lors que la relation existe déjà, l'intervention de l'ordre public se veut plus mesurée

⁶⁹⁹B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP, préc.*, n° 26, § 13.

⁷⁰⁰H. Gaudemet-Tallon « La désunion du couple en droit international privé », *préc.*, sp. 271, §122.

⁷⁰¹*Ibid.*

⁷⁰²B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP, préc.*, n° 26, § 12.

⁷⁰³Civ. 1ère, 10 février 1993, *R.*, 1993, p. 620, note J. Foyer ; *JDI*, 1994, p. 124, note I. Barrière-Brousse.

⁷⁰⁴Civ. 1ère, 10 mai 2006, *D.*, 2006, p. 2890, note G. Kessler et G. Salomé ; *JCP*, 2006, II, p.1165, note T. Azzi ; *JCP*, 2007, I, p.109, note L. Corbion ; *Droit de la famille*, Septembre 2006, p. 33, note M. Farge.

afin d'en faciliter la reconnaissance dans l'ordre juridique du for. Par définition, l'ordre public atténué a vocation à intervenir dans les situations mettant en cause le droit à la circulation de la relation de famille.

En second lieu, l'ordre public atténué répond à une logique similaire à celle du droit à la circulation. Ainsi que le souligne le Professeur Gannagé⁷⁰⁵, la justification première de l'atténuation de l'ordre public était d'ordre temporel. C'est parce que les situations avaient déjà été constituées et avaient déjà entraîné des conséquences auxquelles les parties avaient pu se fier que le for se devait de se montrer plus conciliant⁷⁰⁶. De la même façon, les États membres ont l'obligation de reconnaître la relation de famille parce qu'elle a été vécue et protégée avant le franchissement de la frontière. Ces deux idées répondent à la même logique.

468. Surtout, le contrôle opéré par le for lors du déclenchement de l'ordre public atténué pourrait répondre aux exigences posées par l'article 8. Lorsque les auteurs conditionnent l'intervention du mécanisme d'éviction à l'existence de « raisons particulièrement graves », le propos fait écho à la notion de besoin impérieux justifiant l'ingérence faite au droit à la circulation. Seules les valeurs les plus importantes pourront bloquer la circulation de la relation de famille.

En cela, l'ordre public atténué pourrait permettre aux autorités du for de procéder à une réelle appréciation de la réalité de la violation de l'ordre public tant au regard de l'importance de la valeur protégée que de la portée de l'atteinte qui lui est faite au regard des conséquences que l'éviction de la norme étrangère aurait sur la circulation des relations de famille. Dans cette optique, la réalité du vécu de la relation, comme son enracinement dans le temps ou son éloignement géographique par rapport au for, pourraient être pris en compte⁷⁰⁷. Une telle appréciation au cas par cas pourrait expliquer que, dans certains cas, la nécessité de respecter la stabilité des situations juridiques justifie le sacrifice des valeurs du for⁷⁰⁸ et s'intégrerait alors parfaitement au contrôle du rapport de proportionnalité imposé par la Cour lors de l'examen de la légitimité de l'ingérence faite au droit à la circulation.

⁷⁰⁵L. Gannagé, L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TFC DIP*, 2006-2008, p. 205, sp. 212, § 13.

⁷⁰⁶*Ibid*, sp. 212, § 13.

⁷⁰⁷*Ibid*, sp. 214, § 18.

⁷⁰⁸*Ibid*, sp. 212, § 13

Conclusion du Chapitre I

469. L'article 8 de la Conv. EDH, qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale, s'est vu octroyer, au fil de la jurisprudence de la Cour, une portée insoupçonnée à l'origine du texte.

Si dans l'esprit de ses rédacteurs la notion de vie familiale supposait l'existence d'une relation maritale, il est aujourd'hui acquis que la grande majorité des formes de couples peut bénéficier de la protection conventionnelle au titre de relation de famille. En parallèle de cet élargissement du champ d'application de la disposition, la Cour a procédé à un approfondissement de la protection accordée. Désormais, la relation de famille n'est plus seulement protégée au sein des frontières d'un État partie, mais l'est aussi lorsqu'elle franchit des frontières. La famille est protégée dans sa mobilité comme dans son immobilisme. Ainsi, la protection conventionnelle de la relation de famille, et plus précisément de la relation de couple, impose désormais aux États membres d'offrir un statut juridique à toutes les relations de couple qui, avant d'arriver sur son territoire, bénéficiaient déjà d'un tel statut.

Il convient, toutefois, de mesurer la portée de l'obligation, ici, faite aux États. En effet, l'objet de la protection conventionnelle est la réalité sociale de la relation de couple et non le statut juridique du couple. L'obligation qui pèse sur les États est celle d'offrir un statut juridique sur leur territoire aux relations de couple qui ont été juridiquement consacrées dans un autre État. Cette obligation sera remplie que l'État d'accueil accepte de reconnaître le statut étranger ou qu'il donne accès à un statut local aux membres du couple.

Chapitre II - La circulation du couple garantie par le droit de l'Union européenne : la liberté de circulation du citoyen

470. La libre circulation des personnes est aujourd'hui un acquis fondamental de la construction de l'Union européenne qui, mis en place dans le cadre du Marché intérieur, a pris une dimension plus politique qu'économique. Si dans le cadre du Traité de Rome, cette liberté a pu être liée à la volonté « de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté », elle est aujourd'hui étroitement attachée à la notion de citoyenneté européenne, statut fondamental de chaque ressortissant d'un État membre. Ce n'est plus seulement l'agent économique européen qui en bénéficie, mais le citoyen de l'Union, ressortissant d'un État membre.

Cette liberté de circulation offerte au citoyen de l'Union est aujourd'hui consacrée tant dans le Traité sur l'Union européenne (TUE) que dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ainsi, l'article 3 § 2 du TUE indique que la libre circulation des personnes est assurée pour les citoyens alors que les articles 20§2 et 21 § 1 du TFUE rappellent que tous citoyens de l'Union bénéficient de cette liberté.

471. Applicable aux personnes, le droit de circuler se décompose en deux droits qui se complètent. Dans un premier temps, la liberté de circulation s'entend au sens strict, comme la possibilité de franchir les frontières internes à l'espace européen. Il s'agit d'autoriser les citoyens à entrer et à sortir librement des différents États membres pour se rendre dans un autre État membre. Dans un second temps, cette liberté de circulation implique un droit de séjour sur le territoire des différents États membres. L'un et l'autre de ces droits se combinent nécessairement. Il semble en effet illusoire de prévoir le droit de séjourner dans un État si l'on ne reconnaît pas aux individus le droit d'y entrer ou de le quitter. En sens inverse, reconnaître aux individus le droit de circuler entre les États sans leur permettre de s'y installer consacre une coquille relativement vide, un simple droit de passage au travers des frontières. Le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres reconnu par les Traités s'apparente aujourd'hui à un « droit à l'entrée et au séjour qui se rapproche de la liberté d'aller et de venir du droit interne, d'une liberté

publique déconnectée de toute considération économique »⁷⁰⁹. Le citoyen, du seul fait de sa citoyenneté, jouit d'un droit quasi absolu de se déplacer sur le territoire européen, droit qui ne saurait souffrir aucune entrave injustifiée. La citoyenneté de l'Union se conçoit aujourd'hui comme une « citoyenneté de mouvement »⁷¹⁰.

Or, il est incontestable que le citoyen doit, pour circuler librement, être « assuré de la permanence de sa situation »⁷¹¹, assuré qu'il « emporte avec [lui] sa situation familiale »⁷¹². La circulation « matérielle »⁷¹³ du citoyen telle qu'elle est prévue dans les Traités doit se doubler d'une circulation « juridique » de son statut personnel.

472. C'est, alors, pour assurer l'octroi d'un droit dérivé au conjoint d'un citoyen de l'Union, que la Cour de Justice a, pour la première fois, imposé à un État membre de reconnaître la relation de couple du citoyen (Section I). Si, dans ce cadre, l'obligation de reconnaissance a une portée limitée, l'évolution de la jurisprudence de la Cour en matière de nom patronymique, laisse présager la consécration d'une obligation plus générale de reconnaître des relations de couple (Section II).

Section I - Le refus de droit dérivé opposé au conjoint du citoyen : l'entrave à la circulation et au séjour du citoyen

473. L'obligation de quitter son noyau familial, notamment son conjoint ou ses enfants, en cas de déplacement, peut incontestablement freiner la circulation du citoyen. De plus, ainsi que la Cour a pu le signaler dans son arrêt *Reed*⁷¹⁴, la possibilité pour un travailleur migrant d'être accompagné de son partenaire non marié, et donc d'un membre de sa famille, « peut contribuer à son intégration dans le milieu du pays d'accueil et donc à la réalisation de l'objectif de la libre circulation des travailleurs ».

⁷⁰⁹E. Pataut, « L'invention du citoyen européen », in B. Fauvarque-Cosson, E. Pataut et J. Rochfeld (dir.), *La citoyenneté européenne*, Société de législation comparée, Coll. Trans Europe Expert, 2011, p. 27.

⁷¹⁰J. Pertek, « Citoyenneté de l'Union », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 185, novembre 2008, § 49 à 128, sp. § 52.

⁷¹¹E. Pataut, « L'invention du citoyen européen », *préc.*

⁷¹²E. Jayme, « Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation », Conférence prononcée le 24 juillet 2000 à l'Académie de La Haye, *RCADI*, 2000, t. 282, p. 9, sp. 23.

⁷¹³J.S. Bergé, « Le fait de circulation internationale : la méthode du juriste en question », *préc.*, § 25.

⁷¹⁴CJCE, 17 avril 1986, *Reed*, C-59/85, point 28.

474. Depuis l'introduction de la citoyenneté de l'Union dans le Traité de Maastricht de 1992, un droit dérivé de séjour est reconnu aux membres de la famille du citoyen au titre de cette seule citoyenneté et est soumis à un texte unique : la directive 2004/38.

Cette directive vise à assurer la circulation « matérielle » des membres de la famille du citoyen. Ceux-ci doivent pouvoir s'installer et vivre aux côtés du citoyen où qu'il se trouve sur le territoire de l'Union européenne, et ce afin de ne pas freiner la circulation du citoyen. L'octroi d'un droit dérivé de séjour sur le territoire d'un État membre découle, alors, directement du lien de famille, lien juridique, qui unit le membre de la famille et son citoyen référent. Ainsi pour qu'un membre de la famille puisse bénéficier d'un droit dérivé, il faut que l'État d'accueil du citoyen le considère comme un membre de la famille au sens de la directive. En d'autres termes, il faut qu'il reconnaisse la validité du lien de famille qui les unit. Il apparaît alors que la circulation « matérielle » du conjoint et du partenaire du citoyen *présuppose* la circulation « juridique » de leur relation de couple.

475. Il convient alors de délimiter les situations dans lesquelles le conjoint ou le partenaire d'un citoyen peut bénéficier d'un droit dérivé (§1) avant d'examiner la portée de l'obligation de reconnaissance de la relation de couple (§2)

§ I - De la reconnaissance d'un droit dérivé au conjoint et au partenaire du citoyen de l'Union...

476. Comme son intitulé l'indique⁷¹⁵, la directive 2004/38, principal texte de droit européen dérivé⁷¹⁶ aujourd'hui applicable en matière de libre circulation de la personne⁷¹⁷, octroie un droit dérivé à certains proches du citoyen. Dans le but de « renforcer »⁷¹⁸ le droit du citoyen qui doit pouvoir « s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de

⁷¹⁵Directive 2004/38 du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

⁷¹⁶Nous utiliserons l'expression de « droit européen dérivé » pour désigner le droit issu du droit primaire afin d'éviter toute confusion avec l'expression « droit dérivé » qui sera utilisée pour désigner le droit dérivé de séjour accordé au membre de la famille en vertu du TFUE ou de la directive 2004/38.

⁷¹⁷En effet, cette directive abroge les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE et modifie le règlement (CEE) no 1612/68, qui a lui-même été abrogé par le Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union

⁷¹⁸CJCE, 5 mai 2011, *McCarthy* C-434/09, point 28.

dignité »⁷¹⁹, cette directive établit la liste des personnes pouvant bénéficier « d'un droit automatique d'entrée et de séjour dans l'État membre d'accueil »⁷²⁰ du citoyen de l'Union en qualité de « membre de sa famille ». Seuls certains proches du citoyen, ceux pour lesquels il est assuré que « le refus d'un tel droit est de nature à porter atteinte à la liberté de circulation »⁷²¹ dudit citoyen, se voient reconnaître la qualité de membre de la famille. Cette liste, prévue à l'article 2 de la directive, désigne tant le conjoint que le partenaire du citoyen (A).

477. Toutefois, la directive, dans son article 3, énonce qu'elle s'applique « à tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille, tels que définis à l'article 2, point 2), qui l'accompagnent ou le rejoignent. » Elle limite alors les situations dans lesquelles elle permet d'octroyer un droit dérivé au conjoint ou au partenaire d'un citoyen. Pour les autres hypothèses, la Cour, afin de préserver l'effet utile de la liberté de circuler, déduit l'existence du droit dérivé des dispositions du Traité (B).

Elle fait, en cela, preuve d'une véritable audace dans son interprétation des dispositions du Traité et, alors que la consécration de la citoyenneté a pu être considérée comme essentiellement symbolique⁷²², la Cour « s'est [...] progressivement emparée de la notion [...] pour lui donner une ampleur [...] insoupçonnée » en la matière⁷²³. Elle se fonde, alors, en même temps sur le caractère fondamental du statut de citoyen et sur la volonté de ne pas entraver les droits qui lui sont associés, pour déterminer l'étendue du droit dérivé qui peut être accordé aux membres de la famille en vertu du droit européen.

A. Le droit dérivé reconnu au conjoint et au partenaire du citoyen en vertu de la directive

478. Dans la mesure où le droit octroyé au conjoint ou au partenaire du citoyen n'est qu'un droit dérivé, celui-ci ne pourra en bénéficier qu'à la condition que son citoyen de

⁷¹⁹Considérant 5 de la directive 2004/38.

⁷²⁰Considérant 6 de la directive 2004/38.

⁷²¹CJUE, 12 mars 2014, *O. B.*, C-456/12, point 45.

⁷²²E. Pataut, « L'invention du citoyen européen », *préc.*

⁷²³*Ibid.*

rattachement ait fait, lui-même, usage de son droit à la libre circulation⁷²⁴. De fait, « le citoyen de l'Union, qui n'a jamais fait usage de son droit de libre circulation et qui a toujours séjourné dans un État membre dont il possède la nationalité, ne relève pas de la notion de "bénéficiaire" au sens de la directive, de sorte que cette dernière ne lui est pas applicable »⁷²⁵. Elle n'est dès lors pas applicable ni à son conjoint ni à son partenaire, et ceux-ci ne pourront en tirer aucun droit de circuler ou de séjourner sur le territoire d'un État membre⁷²⁶. En d'autres termes, leurs droits « dérivent de l'exercice de la liberté de circulation par un citoyen de l'Union »⁷²⁷.

479. Si le principe est simple, il est nécessaire de le préciser.

Tout d'abord, il serait erroné d'en déduire que le citoyen référent doit, nécessairement, s'être physiquement déplacé entre deux États pour que son conjoint ou son partenaire puisse bénéficier d'un droit dérivé sur le territoire européen. La Cour considère, en effet, qu'un citoyen qui, ressortissant d'un État membre, réside sur le territoire d'un autre État membre a fait usage de sa libre circulation, et ce alors même qu'il n'aurait pas franchi de frontière. Ainsi, dans l'arrêt *Rendon Marin*⁷²⁸, relatif du droit dérivé d'un ascendant de citoyen, la Cour opérait une différence entre les citoyens résidant sur le territoire de leur État membre et ceux qui, n'ayant jamais physiquement circulé, résidaient sur le territoire d'un autre État membre. En l'espèce, la citoyenne était née polonaise sur le territoire espagnol. Elle avait alors, aux yeux de la Cour, fait usage de son droit à la libre circulation et devait être considérée comme « bénéficiaire » au sens de la directive. L'application de la directive n'est pas conditionnée par le franchissement d'une frontière intra européenne par le citoyen référent. Celle-ci peut être applicable à la seule condition que le citoyen de l'Union réside dans un État membre tout en étant titulaire de la nationalité d'un autre État. Dès lors, le conjoint ou le partenaire d'un tel citoyen, considéré comme membre de sa famille au sens de la directive, doit pouvoir bénéficier d'un droit dérivé.

480. Si le franchissement de frontière ne conditionne pas l'application de la directive, se pose la question de savoir si le conjoint ou le partenaire d'un citoyen qui, ressortissant de deux États membres différents, réside sur le territoire de l'un d'entre eux, sans n'avoir

⁷²⁴CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, préc., point 42.

⁷²⁵CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11, point 54 ; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, C-87/12, point 30.

⁷²⁶CJUE, 12 mars 2014, *S. G.*, C-457/12.

⁷²⁷CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11, point 67.

⁷²⁸CJUE, 13 septembre 2016, *Rendon Marin*, C-304/14.

jamais franchi de frontière, peut espérer tirer un droit dérivé de la directive. La réponse est négative, car la directive ne leur est pas applicable⁷²⁹. L'article 3 de la directive ne vise que les citoyens qui se rendent ou séjournent sur le territoire d'un autre État membre que celui de leur nationalité. Elle ne saurait être applicable aux situations dans lesquelles un citoyen de l'Union jouit d'un droit de séjour inconditionnel, issu d'un principe de droit international, en raison du fait qu'il séjourne dans l'État membre de sa nationalité⁷³⁰.

481. Plus récemment, la Cour a précisé sa solution dans l'arrêt *Lounes*. Le conjoint ou le partenaire d'un citoyen de l'Union qui, après avoir fait usage de son droit à la libre circulation, acquiert la nationalité de son État d'accueil ne pourra bénéficier d'aucun droit dérivé en vertu de la directive. Si le citoyen de l'Union qui, ressortissant d'un État membre, s'installe dans un autre État membre relève de la directive 2004/38, il en perd le bénéfice dès qu'il acquiert la nationalité de son État d'accueil⁷³¹.

482. De la même façon, le citoyen de l'Union qui, après avoir fait usage de son droit à la libre circulation, retourne dans son État d'origine perd le bénéfice de la directive. Son conjoint ou son partenaire ne pourra, dès lors, se voir octroyer un droit dérivé sur le fondement de ce texte⁷³².

483. Il apparaît alors que le critère déterminant l'application de la directive, et par là la reconnaissance d'un droit dérivé au conjoint ou au partenaire du citoyen sur son fondement est le fait que le citoyen référent séjourne sur le territoire d'un État dont il n'a pas la nationalité.

484. Une distinction doit alors être opérée entre les conjoints et les partenaires de citoyens. Une fois établie la compétence de la directive, les partenaires d'un citoyen de l'Union ne se verront pas automatiquement octroyer un droit de séjour dérivé. En effet, l'article 2.b) de la directive encadre l'octroi d'un tel droit. Il faut pour que la directive leur accorde un droit de séjour que le partenariat ait été enregistré sur la base de la législation d'un État membre. Ainsi, le partenariat doit, au rebours du mariage, présenter un lien de proximité important avec le territoire de l'Union dès son origine. Il apparaît, en sus, au

⁷²⁹CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, préc.

⁷³⁰CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, préc., point 34.

⁷³¹CJUE, 14 novembre 2017, *Lounes*, C- 165/16.

⁷³²CJUE, 12 mars 2014, *O. B.*, C- 456/12.

regard des règles de conflit les plus fréquentes en la matière, que lorsqu'un partenariat a été enregistré sur la base du droit d'un État membre, il l'a, en général, été par l'autorité de cet État membre. La deuxième condition posée à l'octroi d'un droit dérivé est que l'État dans lequel est réclamé le droit dérivé connaisse ce type de statut et le considère comme équivalent au mariage. Ainsi, un État prohibitif ne pourrait se voir imposer d'accorder un droit de séjour, en vertu du droit de l'Union, s'il ne connaît pas le partenariat enregistré. La dernière condition prévue à l'article 2 b) est que le partenariat ait été formé « dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil. »

Ainsi, le droit dérivé des partenaires de citoyens de l'Union est doublement encadré par des considérations tirées du droit de l'État membre d'origine du couple, mais aussi du droit de l'État membre d'accueil.

485. En revanche, le conjoint d'un citoyen bénéficie d'un droit dérivé automatique dès lors que son citoyen référent remplit les conditions de ressources posées à l'article 7. Il suffit que le mariage existe juridiquement pour justifier l'octroi d'un droit dérivé, et ce quelle que soit la réalité de la relation de couple dans les faits. Ainsi, dans son arrêt *Iida*⁷³³, la Cour rappelle que le simple fait que le couple vive séparément et puisse avoir l'intention de divorcer ne permet pas d'écarter l'application de la directive. Seule la dissolution juridique du mariage par l'autorité compétente retirera la qualité de membre de la famille du citoyen, dans la mesure où l'article 2 point 2 sous a) « n'exige pas d'autres conditions dans le chef du requérant »⁷³⁴. En outre, la date et le lieu de célébration du mariage importent peu dans l'octroi du droit dérivé. En effet, la directive ne pose aucune exigence quant à l'origine du mariage et celui peut avoir été célébré dans un État membre comme dans un État tiers. De la même façon, la Cour a pu décider qu'un État ne pouvait refuser d'octroyer un droit dérivé au ressortissant d'un État tiers au seul motif qu'il serait arrivé célibataire sur son territoire, sans n'avoir jamais séjourné dans un autre État européen, et s'y serait marié avec un citoyen de l'Union⁷³⁵. Peu importe que le ressortissant tiers ait, ou non, déjà séjourné sur un autre État membre avant son arrivée dans l'État membre

⁷³³CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11, point 58 et suivants.

⁷³⁴CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11, point 57, il faut tout de même noter que la directive pose un second critère de titularité pour le droit dérivé qui se réalise lui dans le chef du citoyen de référence. Il faut en effet que ce citoyen ait lui fait usage de sa libre circulation pour que les membres de sa famille puissent entrer dans le champ d'application personnel de la directive.

⁷³⁵CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, C-127/08.

d'accueil⁷³⁶, et peu importe que la relation de famille préexiste ou non à l'entrée du citoyen ou de son conjoint cet État⁷³⁷.

486. Il apparaît, dès lors, qu'une fois admise l'application de la directive, la seule existence du mariage justifiera la reconnaissance d'un droit dérivé au conjoint du citoyen. En revanche, lorsque la directive n'est pas applicable, le droit dérivé que le citoyen peut tirer du Traité sera plus strictement encadré.

B. Le droit dérivé reconnu au conjoint du citoyen en vertu du TFUE

487. Afin de préserver l'effet utile de la libre circulation du citoyen, la Cour a pu déduire l'existence d'un droit dérivé des dispositions même du TFUE.

Elle instaure alors un réel rapport de complémentarité entre les dispositions de droit européen dérivé et de droit primaire, ces dernières permettant, dans les faits, de réintégrer dans le giron du droit de l'Union des situations qui *a priori* devaient lui échapper. Pour ce faire, la Cour se départit des limites du champ d'application de la directive pour justifier l'application du Traité en raison du « rapport intrinsèque » qu'entretient le rapport de droit avec la liberté de circulation d'un citoyen.

Ainsi, elle souligne que certaines situations « caractérisées par le fait que, même si elles sont régies par des réglementations relevant *a priori* de la compétence des États membres », et qui donc ne relèvent pas de la compétence du droit européen, « ont toutefois un rapport intrinsèque avec la liberté de circulation d'un citoyen de l'Union qui s'oppose à ce que ledit droit d'entrée et de séjour soit refusé [à des ressortissants d'État tiers] dans l'État membre où réside ce citoyen »⁷³⁸. La Cour puise à la fois dans les dispositions relatives à la libre circulation du travailleur et la liberté d'établissement (1) et dans les dispositions relatives à la libre circulation du citoyen (2).

⁷³⁶Point 54 de l'arrêt *Metock*, préc.

⁷³⁷Points 88 et 92 de l'arrêt *Metock*, préc.

⁷³⁸CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, C-87/12, point 37 ; CJUE, 10 octobre 2013, *Alopa*, C-86/12, point 23.

1. Le droit dérivé issu de la libre circulation du travailleur

488. L'article 45⁷³⁹ du Traité fait figure de règle spéciale face aux règles générales que sont les articles 20 et 21.

Cet article est applicable à tout citoyen « qui, dans le cadre de son contrat de travail, exerce des activités professionnelles dans un État membre autre que celui de sa résidence »⁷⁴⁰. En 2014⁷⁴¹, la Cour a admis que le refus d'octroyer un titre de séjour au conjoint du citoyen travailleur pouvait être de nature à porter atteinte à l'exercice de sa liberté de circulation. L'impossibilité pour le conjoint du travailleur de vivre à ses côtés risque d'avoir « un effet dissuasif sur l'exercice effectif des droits que le travailleur »⁷⁴² tire de l'article 45 TFUE. La Cour suit alors la même logique que celle qui avait présidé à la reconnaissance d'un droit dérivé au conjoint d'un prestataire de service⁷⁴³. Les membres de la famille du citoyen, et notamment son conjoint, doivent se voir reconnaître un droit de circuler afin de ne pas freiner le citoyen dans l'exercice de son propre droit à la circulation. Toutefois, si dans la directive, l'existence de l'« effet dissuasif » du refus de titre est présumée, elle ne l'est pas quand le droit dérivé est puisé directement dans l'article 45 du TFUE. Dans son arrêt *S. G.* de 2014, la Cour renvoyait à l'État membre la charge d'établir le caractère « nécessaire » du droit de séjour dérivé « afin de garantir » la liberté de circulation du travailleur⁷⁴⁴. En l'espèce, le fait que le conjoint s'occupe de l'enfant du citoyen devait être considéré comme un élément pertinent lors de cette vérification.

⁷³⁹Article 45 du TFUE.

1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union.

2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique :

a) de répondre à des emplois effectivement offerts,

b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres,

c) de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux,

d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi.

4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique.

⁷⁴⁰CJUE, 12 mars 2014, *S. G.*, C-457/12, point 39.

⁷⁴¹CJUE, 12 mars 2014, *S. G.*, *préc.*

⁷⁴²Point 43 de l'arrêt *S. G.*, *préc.*

⁷⁴³CJUE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter*, C-60/00.

⁷⁴⁴Points 44 et 42 de l'arrêt *S. G.*, *préc.*

2. Le droit dérivé issu de la libre circulation du citoyen

489. De façon générale, l'article 21⁷⁴⁵ est applicable à tous les citoyens de l'Union en raison de leur seule citoyenneté. Il permet, ainsi, à la Cour de reconnaître un droit de séjour à des membres de la famille d'un citoyen qui ne pourraient s'en voir octroyer en vertu de la directive.

Deux situations sont alors envisageables. En premier lieu, la Cour a pu accorder, sur la base de ce texte, un droit dérivé à des ressortissants qui ne sont pas considérés comme des membres de la famille du citoyen au sens de la directive⁷⁴⁶. Cette situation ne sera pas approfondie dans cette étude dans la mesure où le conjoint d'un citoyen est reconnu comme un membre de la famille par ce texte.

En second lieu, cette disposition a permis à la Cour d'accorder un droit dérivé aux conjoints de citoyens n'entrant pas dans le champ d'application de la directive. Dans cette hypothèse, la Cour a pu octroyer un droit dérivé au conjoint du citoyen dans deux cas de figure, soit que le citoyen rentre s'installer dans son État d'origine après avoir fait usage de sa liberté de circuler (a), soit qu'il ait obtenu la nationalité son État d'accueil (b).

a) Le conjoint du citoyen qui, après avoir fait usage de la libre circulation, rejoint son État d'origine

490. La Cour de Justice avait déjà pu reconnaître un tel droit dérivé aux conjoints du citoyen du travailleur sous l'empire des anciens Traités dans de telles situations. Ainsi,

⁷⁴⁵Article 21 du TFUE.

1. Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application.

2. Si une action de l'Union apparaît nécessaire pour atteindre cet objectif, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des droits visés au paragraphe 1.

3. Aux mêmes fins que celles visées au paragraphe 1, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, peut arrêter des mesures concernant la sécurité sociale ou la protection sociale. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.

⁷⁴⁶ Dans plusieurs arrêts, la Cour a ainsi pu octroyer un droit de séjour dérivé aux parents d'un citoyen mineur dans la mesure où le refus de séjour « priverait de tout effet utile le droit de séjour [du citoyen], étant donné que la jouissance du droit de séjour par un enfant en bas âge implique nécessairement que cet enfant ait le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui dans l'État membre d'accueil pendant ce séjour » (arrêt *Rendon Marin, préc.*, arrêt *Alopka, préc.*).

dans les arrêts *Singh*⁷⁴⁷ et *Eind*⁷⁴⁸, elle a, en vertu des articles 52 du TCE et 18 du TUE, octroyé un droit de séjour au ressortissant d'États tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union, sur le territoire de l'État d'origine dudit citoyen au motif que celui-ci « pourrait être dissuadé de quitter l'État membre dont il a la nationalité afin d'exercer une activité salariée sur le territoire d'un autre État membre en raison de l'absence de certitude, pour ce travailleur, de pouvoir poursuivre, après son retour dans l'État membre d'origine, une vie de famille éventuellement commencée, par l'effet du mariage ou du regroupement familial, dans l'État membre d'accueil »⁷⁴⁹. C'est, ici, le droit de sortie du territoire de l'État de nationalité du citoyen qui pourrait être entravé si cette sortie du territoire ne pouvait être accompagnée de la certitude pour le citoyen qu'il pourra rentrer dans son État membre d'origine avec son conjoint.

491. En 2014, la Cour a, dans son arrêt *O. B.*⁷⁵⁰ puis dans son arrêt *Coman*⁷⁵¹, étendu le bénéfice d'un tel droit dérivé de séjour sur le territoire de l'État de nationalité du citoyen au conjoint de citoyen non travailleur. Elle se fondait non plus sur la libre circulation du travailleur, mais sur la libre circulation du citoyen. Cette extension était inévitable dès lors que la liberté de circulation du citoyen n'est plus conditionnée par son activité professionnelle. Le risque de ne pas pouvoir rentrer dans son État d'origine accompagné de son conjoint, ressortissant d'un État tiers, peut dissuader le citoyen de faire usage de son droit de sortie, que le déplacement soit lié à une activité professionnelle ou non⁷⁵².

492. La Cour ne reconnaîtra toutefois pas l'existence d'un droit dérivé en toute circonstance et « l'article 21 TFUE n'exige pas que tout séjour d'un citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil accompagné d'un membre de sa famille, ressortissant d'un État tiers, implique nécessairement l'octroi d'un droit de séjour dérivé »⁷⁵³. En premier lieu, il faut que ce séjour dans l'État d'accueil ait été propice au développement et à la consolidation de la relation familiale qui lie le ressortissant d'un État tiers et son citoyen référent. Ainsi, un court séjour dans un autre État membre ne saura ouvrir le bénéfice d'un droit dérivé lors du retour du citoyen dans son État d'origine⁷⁵⁴. Seul un long

⁷⁴⁷CJUE, 7 juillet 1992, *Singh*, C-370/90.

⁷⁴⁸CJUE, 11 décembre 2007, *Eind*, C-291/05.

⁷⁴⁹Point 46 de l'arrêt *O. B.*, préc.

⁷⁵⁰CJUE, 12 mars 2014, *O. B.*, préc.

⁷⁵¹CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, C- 673/16.

⁷⁵²Point 49 de l'arrêt *O. B.*, préc.

⁷⁵³Point 51 de l'arrêt *O. B.*, préc., point 56 de l'arrêt *Coman*, préc.

⁷⁵⁴Point 52 de l'arrêt *O. B.*, préc.

séjour justifiera l'octroi d'un droit dérivé, et ceci à la condition que le citoyen ait rempli les conditions de ressources et d'assurance maladie prévues à l'article 7 de la directive⁷⁵⁵.

493. En second lieu, la relation de famille doit s'être développée et consolidée dans l'État d'accueil du citoyen⁷⁵⁶. Ainsi, le conjoint d'un citoyen de l'Union ne pourra bénéficier d'un droit dérivé qu'à la condition qu'il ait acquis le statut d'époux avant ou durant le séjour de son citoyen référent dans son État d'accueil et qu'il ait, donc, déjà été « à tout le moins pendant une partie de son séjour dans l'État membre d'accueil », son conjoint. L'article 21 du TFUE ne saurait, dès lors, imposer aux États membres d'octroyer un titre de séjour au conjoint de l'un de leurs ressortissants qui se serait marié après avoir fait usage de sa libre circulation.

b) Le conjoint du citoyen qui, après avoir fait usage de sa libre circulation, acquiert la nationalité de son État d'accueil

494. La seconde possibilité d'octroi d'un droit dérivé sur le fondement de l'article 21 s'est concrétisée dans les faits qui ont donné lieu à l'arrêt *Lounes*⁷⁵⁷. Dans cette affaire, une ressortissante espagnole s'était installée, en tant que citoyenne européenne, au Royaume-Uni. Après plusieurs années de résidence, elle avait acquis la nationalité britannique, tout en conservant sa nationalité d'origine. Après cette naturalisation, elle s'était mariée religieusement puis civilement avec Monsieur Lounes, ressortissant algérien. Or, deux jours avant le mariage civil, son époux s'était vu notifier une décision d'éloignement au motif qu'il avait dépassé la durée du séjour qui lui était autorisé au Royaume-Uni. Les autorités britanniques considéraient que, son épouse ayant obtenu la nationalité britannique, il ne pouvait bénéficier des dispositions relatives au séjour des conjoints de citoyens de l'Union.

Il appartenait alors à la Cour d'apprécier si l'acquisition de la nationalité britannique par la citoyenne européenne d'origine espagnole avait eu pour effet de la

⁷⁵⁵Points 53 et 56 de l'arrêt *O. B., préc.*. La Cour considère, en effet, que si la directive ne couvre pas les situations dans lesquelles un citoyen de l'Union rentre dans son État d'origine, l'octroi d'un droit dérivé au conjoint du citoyen sur la base de l'article 21 du Traité ne saurait être encadré plus strictement que le droit dérivé qu'il aurait pu obtenir sur le fondement de la directive. Celle-ci doit donc être appliquée par analogie, dans ces espèces, en ce qui concerne les conditions du séjour du citoyen. (Point 50 de l'arrêt *O. B., préc.*).

⁷⁵⁶Point 54 de l'arrêt *O. B., préc.*

⁷⁵⁷CJUE, 14 novembre 2017, *Lounes*, C- 165/16.

soustraire du champ d'application des règles européennes relatives à la libre circulation du citoyen.

De façon logique, la Cour décide que le citoyen européen qui a acquis la nationalité de son État d'accueil ne peut plus bénéficier des dispositions de la directive. En effet, son droit de séjour découle, dans la mesure où il est désormais ressortissant de son État d'accueil, du droit international public et non du droit européen⁷⁵⁸.

En revanche, il ne perd pas le bénéfice des droits qui sont reconnus aux citoyens par l'article 21 du Traité, sous peine de méconnaître l'effet utile de cette disposition⁷⁵⁹. En effet, cela reviendrait à traiter de la même façon un citoyen qui n'a jamais fait usage de sa libre circulation et celui qui, après en avoir fait usage, a gardé sa nationalité d'origine à laquelle s'est ajoutée celle de son État membre d'accueil⁷⁶⁰. De plus, l'obligation de renoncer au bénéfice des droits qu'il tire de l'article 21 en raison de l'usage de sa libre circulation irait à l'encontre de la logique d'intégration progressive portée par cette disposition⁷⁶¹.

Or, l'article 21, selon l'interprétation de la Cour, reconnaît à chaque citoyen le droit « de mener une vie familiale normale dans l'État membre d'accueil, en y bénéficiant de la présence, à [ses côtes], des membres de [sa] famille »⁷⁶². Il faut alors souligner que si le principe n'est pas nouveau⁷⁶³, la formulation l'est. Dans un arrêt précédent, la Cour avait pu décider que « si les citoyens de l'Union n'étaient pas autorisés à mener une vie de famille normale dans l'État membre d'accueil, l'exercice des libertés qui leur sont garanties par le traité serait sérieusement entravé »⁷⁶⁴, notamment leur droit de sortie du territoire⁷⁶⁵. Le changement de formulation semble alors d'importance. Si avant l'arrêt *Lounes*, la Cour considérait que l'impossibilité de vivre avec le membre de son conjoint entraînait une entrave aux droits du citoyen, et notamment à sa liberté de circuler, elle affirme désormais que le droit à une vie familiale normale est, en lui-même, un droit que le citoyen se voit octroyer par le Traité.

⁷⁵⁸Point 40 de l'arrêt *Lounes*, préc.

⁷⁵⁹Point 53 de l'arrêt *Lounes*, préc.

⁷⁶⁰Point 54 de l'arrêt *Lounes*, préc.

⁷⁶¹Point 58 de l'arrêt *Lounes*, préc. et point 86 des conclusions de l'avocat général.

⁷⁶²Point 52 de l'arrêt *Lounes*, préc.

⁷⁶³Point 62 de l'arrêt *Metock*, préc.

⁷⁶⁴*Ibid.*

⁷⁶⁵Point 49 de l'arrêt *O. B.*, préc.

495. Cette évolution soulève alors une interrogation fondamentale. Le droit à la vie familiale doit-il être envisagé comme un droit autonome, dissocié de la libre circulation, qui pourrait être invoqué par un citoyen qui n'a pas fait usage de sa libre circulation ou reste-t-il subordonné à la liberté de circulation. En d'autres termes, une restriction à ce droit peut-elle être constatée sans que la libre circulation d'un citoyen européen ait été entravée ? En cas de réponse affirmative, une deuxième interrogation apparaîtrait : celle de la portée de ce droit à la vie familiale normale.

496. Il semble tout de même que ce droit doit rester dans le giron de la libre circulation. En effet, la Cour le déduit de l'article 21§1 qui ne prévoit expressément que la libre circulation. En second lieu, le droit à la vie familiale se limite, pour le citoyen, à pouvoir vivre accompagné des membres de sa famille. Il ne s'agit pas de bénéficier d'un statut ou d'une protection particulière. Le seul effet de ce droit sera d'octroyer au membre de la famille du citoyen un droit de séjour sur l'État duquel le citoyen est ressortissant, et donc, en réalité, l'effectivité de son droit à la libre circulation.

497. Or, si l'effectivité du droit du citoyen dépend de la possibilité qui lui est faite de vivre avec son conjoint ou son partenaire, il apparaît qu'elle dépend indirectement du fait que son État d'accueil reconnaisse la validité de la relation de couple qui les unit.

§ II - ... à l'obligation de reconnaître la relation de couple du citoyen

498. C'est, ainsi, pour assurer l'effectivité du droit de séjour du membre de la famille du citoyen européen que la Cour a pu consacrer une obligation de reconnaissance de la relation de couple du citoyen européen (A). Toutefois, cette obligation ne saurait être une obligation absolue, l'entrave à la libre circulation du citoyen que constitue le refus de reconnaissance pourra, dans certaines conditions, être justifiée (B).

A. La consécration de l'obligation de reconnaître la relation de couple du citoyen de l'Union

499. Il apparaît au regard du texte de la directive que si cette obligation a été consacrée en matière de mariage (1), elle ne devrait pas l'être en matière de partenariat enregistré (2)

1. L'obligation de reconnaître le mariage d'un citoyen de l'Union

500. Jusqu'à très récemment, la question de la reconnaissance du mariage célébré à l'étranger lors de l'application de la directive ne s'était pas posée à la Cour. En effet, tant que la notion de mariage recouvrait des réalités relativement similaires dans l'ensemble des pays du monde et notamment entre les États membres, les cas de refus de séjour présentés à la Cour ne se fondaient pas sur l'impossibilité pour un État membre de reconnaître la qualité de conjoint aux ressortissants d'États tiers unis à un citoyen de l'Union. Toutefois, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe dans les ordres juridiques de certains États membres devait nécessairement soulever la question de l'existence d'une entrave à la libre circulation en cas de refus par un État membre de reconnaître le mariage qui unit le citoyen à son conjoint. L'arrêt *Coman*⁷⁶⁶ a, alors, permis à la Cour d'énoncer qu'un tel refus pouvait être constitutif d'une entrave à la libre circulation (a), mais aussi de se prononcer sur le traitement du mariage homosexuel par le droit européen dans le cadre de cette circulation (b) et sur l'étendue de l'obligation de reconnaître les mariages étrangers (c) dans ces hypothèses.

a) La caractérisation de l'entrave à la libre circulation du citoyen en cas de non-reconnaissance du mariage du citoyen

501. Évoquer le risque d'une entrave à la libre circulation en cas de refus de reconnaissance d'un mariage peut sembler *a priori* surprenant. En effet, la directive,

⁷⁶⁶ CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, préc.

lorsqu'elle vise la circulation du citoyen et des membres de sa famille, vise la circulation « matérielle » du couple sans traiter à aucun moment de la circulation « juridique » de la relation de couple. Aucune de ses dispositions ne concerne, ni de près ni de loin, la question de la validité ou de la reconnaissance du statut conjugal.

Toutefois, le Professeur Bucher déduisait déjà, en 2009, de ce texte qu'il imposait aux États membres de « reconnaître, sans aucun autre contrôle, la qualité de conjoint résultant d'un mariage considéré valable dans un autre État membre »⁷⁶⁷. Avec près d'une dizaine d'années d'avance, l'auteur prophétisait déjà la solution donnée par la Cour de justice dans son arrêt *Coman*.

502. Dans cette affaire, Monsieur Coman, binational américano-roumain et résidant à Bruxelles, avait épousé un autre homme en Belgique. Son époux était ressortissant d'un État tiers, puisqu'il était lui aussi américain, et résidait, à la date du mariage, aux États-Unis. Après quelques années de mariage, Monsieur Coman décida de rentrer dans son pays et y réclama, pour son époux, un droit de séjour au titre de conjoint de citoyen européen. Les autorités roumaines avaient refusé de lui octroyer un tel titre au motif que le mariage les unissant était un mariage entre personnes de même sexe qui ne pouvait être reconnu en Roumanie. En effet, son époux n'en étant pas un aux yeux l'ordre juridique roumain, il ne pouvait bénéficier d'un droit de séjour sur le territoire roumain sur le fondement ni de la directive, ni de l'article 21 du TFUE.

La Cour devait alors répondre à la question de savoir si le refus de reconnaître le mariage de Monsieur Coman pouvait être constitutif d'une entrave à l'exercice de sa libre circulation.

La réponse est, ici, affirmative dans la mesure où « les droits reconnus aux ressortissants des États membres par [l'article 21] incluent celui de mener une vie familiale normale tant dans l'État membre d'accueil que dans l'État membre dont ils possèdent la nationalité, lors du retour dans cet État membre, en y bénéficiant de la présence, à leurs côtés, des membres de leur famille »⁷⁶⁸.

503. En réalité, l'entrave se réalise, ici, en deux temps comme par un effet de domino. Dans un premier temps, le refus de reconnaître le mariage de Monsieur Coman implique que son conjoint ne peut se voir reconnaître un droit de séjour dérivé sur le territoire

⁷⁶⁷A Bucher « De la reconnaissance mutuelle au droit à l'identité », rapport adressé au Groupe européen de droit international privé du 18-20 septembre 2009 disponible sur le site http://www.gedip_egpil.eu/gedipdroit_international_privé_reunion.html .

⁷⁶⁸Point 32 de l'arrêt *Coman*, préc.

duquel le citoyen réside. Dans un second temps, le refus d'octroi d'un droit dérivé entraîne l'impossibilité pour le citoyen de vivre avec son conjoint sur le territoire de cet État. Il faut ici souligner que, selon les termes de Cour, le droit de mener une vie familiale normale au sens de l'article 21 s'entend comme le droit pour un citoyen de bénéficier « de la présence [à ses côtés], des membres de [sa] famille ». Le droit de mener une vie familiale normale se voit reconnaître une portée très limitée.

504. Il apparaît alors que le refus de reconnaître le mariage d'un citoyen ne sera pas systématiquement constitutif d'une entrave à sa libre circulation.

En premier lieu, ce ne pourra être le cas que lorsque le conjoint de citoyen aurait pu bénéficier d'un droit de séjour dérivé sur le fondement de la directive ou de l'article 21 du Traité. C'est-à-dire lorsque le droit dérivé est demandé « dans l'État membre d'accueil » du citoyen référent ou dans « l'État membre dont [il possède] la nationalité, lors du retour dans cet État membre ». Il faut en sus que le citoyen remplisse les conditions de ressources et d'assurance maladie posées par l'article 7 de la directive. De la même façon, dans le cas de l'application de l'article 21 du Traité, la relation de couple qui unit le citoyen à son conjoint doit s'être développée et consolidée dans l'État membre où le citoyen avait fait usage de son droit au long séjour avant qu'il ne rentre dans son pays d'origine.

En second lieu, il faut que le refus d'octroi du droit dérivé entraîne l'impossibilité pour le couple de vivre ensemble sur le territoire de l'État choisi par le citoyen. En effet, l'entrave à la libre circulation du citoyen est constituée par le fait qu'il ne peut pas bénéficier « de la présence [à ses côtés], des membres de [sa] famille ». Ainsi, l'obligation de reconnaissance n'existe que lorsque le conjoint du citoyen ne peut obtenir de titre de séjour dans l'État membre de résidence du citoyen par un autre biais.

b) La question du caractère homosexuel du mariage

505. Une fois admis que le refus de reconnaître un mariage étranger, qui entraîne le refus de titre de séjour au conjoint du citoyen, pouvait être constitutif d'une entrave à la libre circulation du citoyen, restait, dans l'arrêt *Coman*, à apprécier si un conjoint du même sexe que le citoyen pouvait être considéré comme un « conjoint » au sens des dispositions

relatives à la libre circulation. Il s'agissait, en d'autres termes, de vérifier si la notion de mariage retenue dans la directive 2004/38 englobait les unions maritales célébrées entre deux personnes de même sexe.

En cas de réponse négative, un ressortissant d'un État tiers marié à un citoyen de l'Union du même sexe que lui ne peut se voir reconnaître de droit dérivé en vertu du droit européen, et la non-reconnaissance de son mariage ne peut être considérée comme une atteinte du droit du citoyen.

Pour répondre à cette question, la Cour déroule un raisonnement en plusieurs étapes. Elle rappelle, d'abord, le caractère neutre de la notion de conjoint au regard du droit européen. Si elle a déjà pu énoncer que le conjoint est le particulier uni par les liens du mariage avec un autre particulier, rien ni dans la jurisprudence ni dans les textes européens ne permet d'exclure les conjoints homosexuels de la notion de conjoint.

Ensuite, elle souligne que le texte de la directive ne se réfère pas aux conceptions étatiques en matière de mariage. Alors qu'en matière de partenariat enregistré, la directive renvoie explicitement au droit matériel de l'État d'accueil, tel n'est pas le cas pour la notion de conjoint. Ainsi, la directive ne permet pas aux États d'invoquer leur propre conception de l'union matrimoniale pour s'opposer à la reconnaissance d'un mariage aux fins d'application de la directive.

Mais surtout, et, c'est là, la dernière étape de son raisonnement, les dispositions de la directive 2004/38 ne sauraient être interprétées de façon restrictive et ne doivent pas, en tout état de cause, être privées de leur effet utile. Or, autoriser les États membres à refuser, aux fins d'octroi d'un droit dérivé, de reconnaître un mariage en raison de leurs conceptions étatiques et donc leur laisser la liberté d'accorder un droit dérivé ou non au regard de ces conceptions, entraînerait une modification des droits du citoyen en fonction de l'État où il en demande le bénéfice. Une telle possibilité aurait pour conséquence de priver le droit à la libre circulation de tout effet utile.

Dès lors, la Cour ne pouvait qu'imposer aux États membres de reconnaître les mariages étrangers célébrés entre personnes de sexe différent, mais aussi entre personnes de même sexe⁷⁶⁹.

⁷⁶⁹Il faut alors préciser que la Cour prend, dans le point 37 de l'arrêt, la précaution de souligner que, le droit de la famille relevant de la compétence exclusive des États, ceux-ci restent libres d'ouvrir ou non le mariage aux personnes de même sexe dans leur droit interne.

c) L'étendue de la reconnaissance

506. Il faut alors souligner que l'obligation qui est, ici, faite aux États membres est finalement assez limitée. Ils ne doivent reconnaître le mariage étranger qu'« aux seules fins de l'octroi d'un droit dérivé à un ressortissant d'un État tiers »⁷⁷⁰. Ainsi, une fois accordé le droit dérivé, l'obligation de reconnaissance est épuisée. Les États membres ne sont pas obligés de lui reconnaître d'autres effets sur leur territoire. En effet, et c'est là la limite du droit à la vie familiale normale attaché à la libre circulation du citoyen, la vie familiale n'est protégée que dans la mesure où cette protection est nécessaire à la préservation de l'effet utile des droits du citoyen. Une fois exercé son droit, c'est-à-dire, une fois reconnu le droit dérivé, la protection s'efface au profit des conceptions étatiques en matière de couple.

507. Reste alors la question de savoir si cette obligation de reconnaissance n'est applicable qu'aux mariages célébrés dans un État membre, ou peut être applicable à des mariages célébrés dans un État tiers. En effet, dans l'affaire *Coman*, la Cour impose à la Roumanie de reconnaître le « mariage légalement conclu dans l'État membre d'accueil »⁷⁷¹, c'est-à-dire au Royaume-Uni. Toutefois, plusieurs arguments militent pour que les mariages célébrés hors de l'Union soient reconnus au même titre que ceux célébrés sur le territoire européen.

En premier lieu, la directive 2004/38, lorsqu'elle prévoit l'octroi d'un droit dérivé au conjoint du citoyen, ne fait aucune référence au lieu de célébration du mariage. Elle se contente de prévoir que le « conjoint » du citoyen peut bénéficier d'un droit dérivé. Les dispositions de ce texte ne devant pas être interprétées de façon trop restrictive, il n'est pas possible d'ajouter une condition non expressément prévue par le texte à l'octroi de ce droit dérivé en vertu de la directive.

En deuxième lieu, que le droit dérivé doive être tiré de la directive ou du Traité, le risque de freiner la circulation du citoyen de l'Union en cas de non-reconnaissance de son mariage existe tout autant qu'il se soit marié sur le territoire d'un État membre ou sur le territoire d'un État tiers.

⁷⁷⁰Points 36, 40 et 46 de l'arrêt *Coman*, préc.

⁷⁷¹Point 50 de l'arrêt *Coman*, préc.

En dernier lieu, dans l'arrêt *Coman*, la Cour déduit le droit dérivé du conjoint de l'article 21 du Traité. Or, dans cette hypothèse, le droit dérivé ne peut être octroyé qu'au conjoint dont la relation de famille s'est développée et consolidée dans un État membre. Ceci explique la référence faite par la Cour au lieu de célébration. Cette célébration sur le territoire d'un État européen permet de caractériser que la relation qui unissait le citoyen et son conjoint s'était effectivement développée et consolidée sur le territoire de l'État d'accueil. Il serait alors exagéré de déduire de l'arrêt que la reconnaissance d'un droit dérivé ne peut découler que d'un mariage célébré en Europe, dans la mesure où d'autres éléments pourraient permettre de constater une telle consolidation. Ce pourrait, par exemple, être le cas lorsque le citoyen et son conjoint, après s'être mariés dans un État tiers, s'installent dans un État membre d'accueil et y vivent, dans le cadre du droit au long séjour prévu par la directive, sous le statut de couple marié. En cas de déplacement du couple vers un autre État européen, le conjoint devrait pouvoir bénéficier d'un droit dérivé soit en vertu de la directive, si ce second État membre n'est pas celui de la nationalité de son citoyen référent, soit en vertu du Traité, lorsque le citoyen rentre dans son État d'origine. Dans une telle hypothèse, la nécessité de reconnaître un droit dérivé au conjoint du citoyen devrait imposer à ce nouvel État membre de reconnaître la relation de conjugale qui, bien que constituée hors du territoire européen, s'est développée et consolidée dans le premier État d'accueil du couple.

508. Dès lors que l'obligation de reconnaître le mariage d'un citoyen a été consacrée par la Cour, reste la question de savoir si une obligation de reconnaître le partenariat d'un citoyen pourrait être, elle aussi, imposée aux États membres.

2. L'obligation de reconnaître le partenariat du citoyen ?

509. La situation des partenaires de citoyens de l'Union est profondément différente de celle des conjoints de citoyens. En effet, lorsque la directive prévoit que ces partenaires peuvent bénéficier d'un droit dérivé, elle définit étroitement les partenariats qui peuvent entrer dans son champ d'application. Trois conditions sont posées dans l'article 2.2 b du texte pour que ce type de statut conjugal relève de la directive et permette aux partenaires

ressortissants d'États tiers de bénéficier d'un titre de séjour dans l'État membre d'accueil de leur citoyen référent.

En premier lieu, le partenariat doit avoir été enregistré sur la base de la législation d'un État membre.

En deuxième lieu, le partenariat ne pourra ouvrir droit à un droit dérivé qu'à la condition qu'il soit, dans l'État d'accueil, considéré comme étant équivalent à un mariage. Il apparaît alors que le droit de l'État d'origine n'est pas seul pris en compte, mais que le droit de l'État d'accueil l'est aussi. Il en découle alors que le partenariat ne pourra ouvrir de droit au séjour au partenaire du citoyen dans un État qui ne prévoit pas ce type de statut dans son droit interne. Il ne le permettra pas plus dans un État qui connaissant le partenariat ne le considère pas comme équivalent à un mariage. Ainsi, un partenaire ne se verra pas reconnaître un droit dérivé sur le territoire de n'importe quel État membre. Au rebours du cas du mariage, les conceptions étatiques en la matière prennent une part importante dans l'octroi d'un tel droit. Par exemple, le partenaire ressortissant d'un État tiers ne pourra bénéficier d'un droit au séjour en Roumanie en vertu du droit européen dans la mesure où la Roumanie ne connaît pas le partenariat enregistré. Il ne le pourra pas plus en Belgique où la *cohabitation légale*, qui peut être enregistrée entre personnes de la même famille, ne saurait être considérée comme un mariage. Il faut donc en déduire que la directive, qui n'impose pas à ces États d'octroyer un droit dérivé aux partenaires, ne pourrait pas avoir pour effet de leur imposer de reconnaître les partenariats étrangers. Là où il n'existe pas de droit dérivé, il n'existe pas d'obligation de reconnaissance⁷⁷²⁷⁷³. Reste alors à savoir si les États qui connaissent le partenariat enregistré et le considèrent comme équivalent au mariage pourraient se voir imposer de reconnaître les partenariats enregistrés dans un État membre aux fins d'octroi d'un droit dérivé au partenaire du citoyen.

La réponse, au regard de la dernière condition posée par la directive, se doit d'être négative. En effet, le texte prévoit que le partenaire d'un citoyen ne peut être considéré comme un membre de la famille du citoyen, et donc bénéficier d'un droit dérivé, que « dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil »⁷⁷⁴. Les différents États membres restent alors maîtres de la qualification des partenaires, qualification qu'ils opèrent selon leur propre législation. Ainsi, ils peuvent, en

⁷⁷²V. supra § 501 s.

⁷⁷³Il faut alors noter que la Cour européenne des droits de l'homme impose, depuis l'arrêt *Oliari* (CEDH, 21/07/2015, *Oliari et autres contre Italie*, req. 18766/11 et 36060/11), que tous les États parties prévoient dans leur droit interne un statut juridique protecteur du couple homosexuel. Si les États gardent la possibilité de choisir entre leur ouvrir le bénéfice du mariage ou de leur prévoir un statut particulier, il est probable qu'un certain nombre d'États choisisse de prévoir un nouveau statut, le partenariat enregistré, pour répondre à la nouvelle obligation. Le nombre d'États européens connaissant le partenariat enregistré devrait alors encore augmenter.

⁷⁷⁴Article 2.2 b de la directive 2004/38.

vertu de leurs règles de droit international privé, refuser de considérer le partenaire d'un citoyen comme un membre de sa famille au motif que le partenariat enregistré ne peut être reconnu sur leur territoire. En l'état du droit positif, les États membres gardent toute latitude quant à la reconnaissance des partenariats enregistrés dans le cadre de l'application de la directive⁷⁷⁵. Reste alors à examiner les limites de l'obligation faite aux États membres de reconnaître le mariage des citoyens de l'Union.

B. La possible justification du refus de reconnaissance

510. De façon classique, la Cour reconnaît, dans l'arrêt *Coman*, qu'une entrave à la libre circulation peut être justifiée si elle se fonde « sur des considérations objectives d'intérêt général et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national »⁷⁷⁶. L'obligation de reconnaissance n'est alors pas inconditionnelle.

La Cour devait, dans cet arrêt, se prononcer sur la légitimité du refus d'un État de reconnaître un mariage en raison de son incompatibilité avec les conceptions du for. C'était là, en effet, tout le nœud du problème dans cette affaire. Le mariage duquel découlait le statut de « conjoint » était un mariage homosexuel et sa reconnaissance était réclamée dans un État qui n'ouvre cette union qu'aux couples de personnes de sexe différent. Plusieurs gouvernements soulignaient, à l'appui de refus roumain, que la question du sexe des époux relève, dans certains États, de normes de rang constitutionnel et que le refus de reconnaissance était justifié par « des raisons liées à l'ordre public et à l'identité nationale »⁷⁷⁷.

511. La Cour, bien qu'elle reconnaisse la nécessité de protéger à la fois l'ordre public et l'identité nationale de chacun des États membres, dissocie la question de la reconnaissance d'un mariage homosexuel de ces deux notions. La question du sexe des époux au sein du mariage ne met pas en cause les « structures fondamentales, politiques et

⁷⁷⁵Reste, toutefois, ouverte la question d'un éventuel droit dérivé du partenaire du citoyen de l'Union sur le fondement de l'article 21 du TFUE. Si la Cour n'a jusqu'à présent jamais été saisie de la question, il est possible qu'elle décide, le cas échéant, de puiser directement dans le Traité, comme elle l'a fait pour les conjoints de citoyen, les ressources nécessaires à l'octroi d'un droit dérivé au partenaire d'un citoyen afin d'assurer l'effet utile du droit à la libre circulation du citoyen. Dans cette hypothèse, il serait possible qu'elle renforce les obligations des États membres en la matière, notamment sur la question de la reconnaissance des partenariats enregistrés.

⁷⁷⁶Point 41 de l'arrêt *Coman*, préc.

⁷⁷⁷Point 42 de l'arrêt *Coman*, préc.

constitutionnelles »⁷⁷⁸ d'un État membre. De la même façon, l'ordre public du for ne peut être entendu, lorsqu'il justifie l'entrave à la libre circulation, que de façon stricte. La Cour garde alors le pouvoir de contrôler sa mise en œuvre qu'elle limite aux « cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »⁷⁷⁹. C'est alors la nature de l'obligation de reconnaissance qui lui permet d'affirmer que la protection de l'ordre public ne saurait être légitimement invoquée en l'espèce. Si la Roumanie doit reconnaître le mariage célébré à l'étranger aux fins d'octroi du droit dérivé, elle n'a ni l'obligation de prévoir ce type d'union dans son droit matériel ni celle de reconnaître aux mariages étrangers plus d'effets que ceux nécessaires à l'octroi d'un droit de séjour. Dès lors, elle ne peut justifier l'entrave par la non-conformité du mariage à son droit matériel.

512. Si l'obligation de reconnaître le mariage d'un citoyen telle qu'elle a été consacrée dans l'arrêt *Coman* ne peut avoir qu'un effet limité, il est tout à fait possible que la Cour pose un principe général de reconnaissance de la relation de couple dans le but d'assurer l'effectivité de son droit à la libre circulation.

Section II - L'impermanence du statut personnel du citoyen : l'inconvénient sérieux à la libre circulation

513. Depuis un peu plus de 20 ans, la Cour a construit, de manière jurisprudentielle, un droit à la « permanence du nom »⁷⁸⁰ patronymique du citoyen. Ce principe impose à tous les États membres de reconnaître le nom qu'un citoyen a pu acquérir dans un autre État membre. Ainsi que le soulignait le Professeur Lagarde⁷⁸¹, par le biais de la libre circulation du citoyen, la Cour impose, désormais, que le principe de droit international privé qui veut que la validité d'une situation soit appréciée par un État au regard de la loi compétente à ses yeux soit évincé au profit d'une logique de reconnaissance en matière de nom. La Cour a ainsi posé l'existence d'un principe de la permanence du nom patronymique du citoyen

⁷⁷⁸Point 42 de l'arrêt *Coman*, préc.

⁷⁷⁹Point 42 de l'arrêt *Coman*, préc.

⁷⁸⁰A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 356, § 925.

⁷⁸¹P. Lagarde, « De l'obligation, pour un État membre, de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance », note sous l'arrêt Grunkin-Paul, *RCDIP*, 2009, p. 80, § 9.

en droit de l'Union (§I). Au regard des justifications avancées au fondement de ce principe, il apparaît qu'il devrait être étendu à la question du couple du citoyen ⁷⁸²(§II).

§ I - Le principe de la permanence du nom patronymique du citoyen

514. Évoquer l'existence d'un principe de la permanence du nom issu du droit européen pourrait *a priori* laisser perplexe. En effet, la détermination des noms patronymiques relève de la seule compétence des États membres et ne devrait pas, dans ce cas, faire l'objet d'un contrôle à l'aune du droit européen.

515. La lecture de la jurisprudence européenne en la matière permet, toutefois, de constater l'impact fondamental que la notion de citoyenneté de l'Union peut avoir sur le statut personnel des individus, y compris sur leur nom. Alors que cette citoyenneté ne devrait pas avoir pour effet d'étendre le domaine d'application du droit européen⁷⁸³, il est incontestable qu'elle permet à la Cour d'y intégrer des questions qui *a priori* devraient en être exclues. C'est ainsi « par l'intermédiaire de la citoyenneté européenne [que] la Cour de justice s'est progressivement aventurée sur le chemin du droit de la famille qui ne constitue pourtant pas, pour dire le moins, le cœur de la compétence de l'Union. »⁷⁸⁴.

516. En effet, il apparaît, dans les arrêts rendus par la Cour en matière de nom, que ce n'est pas tant la matière concernée par les litiges que la qualité des parties en cause qui lui permet de faire entrer les litiges dans le giron du droit européen. Pour ce faire, la Cour déroule un raisonnement en deux étapes justifiant le contrôle des mesures nationales relatives à l'établissement du nom de citoyen de l'Union. Ainsi qu'elle le rappelle, le statut de citoyen de l'Union est le statut fondamental des ressortissants des différents États membres et leur permet, dès que leur situation entre dans le champ *ratione materiae* du Traité, de bénéficier des droits issus de ce traité.

⁷⁸²V. notamment A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc. ; P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », préc., sp. 481, § 9 ; E. Pataut, « L'invention du citoyen européen », préc. ; A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », préc., sp. 371.

⁷⁸³Point 26 de l'arrêt *Garcia Avello*, préc.

⁷⁸⁴E. Pataut, « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTD eur.*, 2011, p. 571.

517. Or, il est acquis, depuis l'arrêt *Garcia Avello*⁷⁸⁵, qu'un rattachement au droit européen existe dans les litiges concernant des personnes ressortissantes d'un État membre et séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre⁷⁸⁶. Dès lors qu'un ressortissant d'un État membre a, en sa qualité de citoyen de l'Union, exercé sa liberté de circuler et de séjourner, il est fondé à invoquer les libertés reconnues par les dispositions du TFUE⁷⁸⁷. Ainsi, lorsqu'un citoyen a fait usage d'un droit directement lié à sa citoyenneté, les mesures nationales qui lui sont applicables, quand bien même elles relèveraient de la seule compétence des États, doivent être examinées sous le prisme des dispositions européennes.

518. Ce raisonnement a permis à la Cour de justice de se saisir de la question de la circulation du nom patronymique des citoyens de l'Union. C'est, alors, au fil de sa jurisprudence que la Cour a imposé le principe selon lequel « un citoyen européen ne change pas de nom en franchissant une frontière interne de l'Union européenne »⁷⁸⁸. Et s'il est rare que la Cour de justice formule des principes⁷⁸⁹, il est aujourd'hui incontestable au regard de la multitude d'arrêts rendus en la matière, que de la nécessité d'assurer la permanence du nom du citoyen, la Cour déduit une obligation à la charge des États de reconnaître le nom des citoyens de l'Union (A). La consécration de cette obligation aura alors nécessairement un impact important sur les règles de droit international privé applicables en la matière dans chacun des États membres (B).

A. La consécration de l'obligation de reconnaître le nom des citoyens de l'Union

519. La première affaire dans laquelle la Cour a imposé à un État membre de reconnaître le nom octroyé à un citoyen par un autre État membre est l'affaire *Garvia Avello*⁷⁹⁰. En l'espèce, deux citoyens, nés en Belgique, présentaient la double nationalité belge et espagnole. Les autorités belges, État de naissance, mais aussi de résidence des enfants,

⁷⁸⁵CJCE 2 oct. 2003, aff. C-148/ 02, *Garcia Avello, D.*, 2004, p. 1476, note M. Audit ; *RCDIP*, 2004, p. 184, note P. Lagarde ; *RTD civ.*, 2004, p. 62, obs. J. Hauser ; *RTDE*, 2004, p. 559, note A. Iliopoulou ; *JDI*, 2004 p. 1219, note S. Poillot-Peruzzetto.

⁷⁸⁶Point 27 de l'arrêt *Garcia Avello, préc.* ; point 16 de l'arrêt *Grunkin Paul, préc.* ; point 34 de l'arrêt *Freitag, préc.*

⁷⁸⁷Point 39 de l'arrêt de la CJUE 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contre Landeshauptmann von Wien*, C-208-09.

⁷⁸⁸E. Pataut, « L'invention du citoyen européen », *préc.*

⁷⁸⁹C. Kohler, « La reconnaissance des situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in P. Lagarde (dir), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, éd. Pédone, Paris, 2013, p. 67, sp. 68.

⁷⁹⁰CJUE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello, préc.*

avaient inscrit les citoyens sous le nom de « Garcia Avello ». En parallèle, le père avait fait inscrire les citoyens sur les registres de l'état civil espagnol par le service consulaire de l'Ambassade espagnole de Belgique qui les avait enregistrés sous le nom de « Garcia Weber ». Dans cette affaire, les deux États en cause prévoyaient des règles de conflit équivalentes et soumettaient l'établissement du nom à la loi nationale de son titulaire. Les enfants étant, à la fois, belges et espagnols, les autorités belges avaient appliqué la loi belge alors que les autorités espagnoles avaient retenu l'application de la loi espagnole. Le père avait alors demandé une modification de nom inscrit dans les registres belges afin qu'il soit mis en conformité avec celui retenu par l'Espagne, ce que les autorités belges avaient refusé.

Saisie de la question, la Cour constata l'existence d'une discrimination en ce que les autorités belges soumettaient les citoyens binationaux au même traitement que les autres « sans tenir compte des difficultés propres à leur situation et qui les distinguaient des personnes ayant la seule nationalité belge, lesquelles sont désignées par un seul nom de famille »⁷⁹¹. Dès lors, un citoyen hispano-belge ne saurait être traité en Belgique comme un simple national dans la mesure où sa double nationalité le place dans une situation particulière qui nécessite un traitement particulier. C'était, dans cet arrêt, par le biais de la double nationalité des citoyens en cause et de l'interdiction de la discrimination que la Cour posait les bases d'une obligation de reconnaître le nom d'un citoyen. Les faits particuliers de l'affaire avaient alors pu laisser penser à un « épiphénomène »⁷⁹².

520. Dans ses arrêts suivants, la Cour a donné une portée plus générale à l'obligation de reconnaître le nom des citoyens, à tel point qu'il est aujourd'hui possible d'évoquer l'existence d'un principe général de la permanence du nom des citoyens. Au fur et à mesure de sa jurisprudence, la Cour a, en effet, développé la notion « d'inconvénient sérieux » résultant de la divergence de noms pour un même citoyen entre deux États membres. Ainsi, une telle divergence est désormais considérée comme constitutive d'une entrave à l'exercice de la libre circulation reconnue par les Traités (1) et ne pourra être justifiée que de façon exceptionnelle (2).

⁷⁹¹Point 37 de l'arrêt *Garcia Avello*, préc.

⁷⁹²A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 246, § 635.

1. Le risque d'entrave à la libre circulation du citoyen en cas de divergence de noms

521. C'est, dans un premier temps, sur la base d'un risque d'entrave à la liberté d'établissement que la Cour a pu imposer à un État membre de reconnaître le nom d'un d'un citoyen de l'Union. Dans l'arrêt *Konstantinidis*⁷⁹³ de 1992, le requérant grec exerçait son activité de masseur en Allemagne. Il contestait alors l'orthographe retenue pour son nom de famille par les autorités allemandes, celle-ci ne reflétant pas, pour des germanophones, la réelle prononciation de son nom. Selon lui, la distorsion phonétique de son patronyme était d'une telle importance qu'elle l'exposait au risque d'une confusion de personnes auprès de sa clientèle potentielle⁷⁹⁴. Saisie par le requérant, la Cour avait alors jugé que ce risque de confusion constituait une gêne entraînant, pour le citoyen qui désire établir son activité dans un autre État membre, une entrave à l'exercice de sa liberté d'établissement. Le nom du citoyen, agent économique de l'Union, était alors protégé en raison de la nécessité de protéger une liberté d'établissement effective. Les bases du principe de la permanence du nom, et partant celles de l'obligation de reconnaissance, étaient alors posées dans cet arrêt.

522. La reconnaissance d'un droit à la libre circulation attaché non plus à la qualité d'agent économique, mais à celle de citoyen de l'Union a, par la suite, ouvert la porte à l'extension de l'obligation de reconnaissance. Ainsi dans l'arrêt *Grunkin-Paul*⁷⁹⁵, la Cour a pu décider que la divergence de noms entre deux États membres pouvait entraîner des inconvénients sérieux dans la preuve de l'identité du citoyen qui exerce son droit à la libre circulation, et donc une entrave à cet exercice (a). Elle a, dans un deuxième temps, mis en lumière l'existence d'un risque d'inconvénient sérieux dans la preuve de la relation de famille du citoyen de l'Union (b).

⁷⁹³CJUE, 16 décembre 1992, *Konstantinidis*, C-168/941.

⁷⁹⁴*Ibid.*

⁷⁹⁵CJUE, 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06.

a) Le risque d'inconvénients sérieux dans preuve de l'identité du citoyen

523. C'est, aujourd'hui, en se fondant sur le risque d'inconvénients sérieux dans l'exercice de la libre circulation attachée au *citoyen* que la Cour puise les sources de l'obligation de reconnaître le nom patronymique au sein de l'Union. En 2008, l'arrêt *Grunkin-Paul*⁷⁹⁶ lui a pour la première fois offert l'opportunité de mettre en lumière le risque d'entrave à la libre circulation du citoyen en cas de divergence de noms, pour une même personne, entre deux États membres. Dans sa décision, la Cour avait pris le temps de détailler les conséquences que pouvait avoir cette divergence, ceci afin de caractériser les « inconvénients sérieux » constitutifs de l'entrave à la libre circulation des citoyens. Ainsi qu'elle le soulignait, les individus ont, dans de nombreuses situations de la vie quotidienne, tant dans le domaine privé que dans le domaine public⁷⁹⁷, l'obligation de prouver leur identité, comme lorsqu'ils cherchent à obtenir le bénéfice d'une prestation ou d'un droit quelconque ou lorsqu'ils veulent justifier leur réussite à des épreuves ou l'acquisition de capacités⁷⁹⁸.

Or, la preuve de cette identité se fait essentiellement par la présentation du passeport et chaque fois que le nom indiqué sur leur passeport ne correspond pas au nom sous lequel ils sont connus dans l'État où ils doivent justifier de leur identité, les citoyens risquent « de devoir dissiper des doutes concernant celle-ci et écarter des soupçons de fausse déclaration »⁷⁹⁹. Ce qui constituera l'entrave à la libre circulation du citoyen. La Cour constatait alors que c'était effectivement la situation dans laquelle le requérant de l'arrêt *Grunkin-Paul* risquait de se trouver. Il était au Danemark, État où il était né et résidait, inscrit dans les registres d'état civil sous le nom Grunkin-Paul. En revanche, l'Allemagne, pays dont il était ressortissant et seul habilité à lui fournir un passeport, refusait de l'enregistrer sous ce nom. En vertu de la loi allemande, loi de sa nationalité, son nom ne pouvait être que Grunkin. Cette divergence de noms était alors de nature à « faire naître des doutes quant à l'identité de cette personne ainsi qu'à l'authenticité des documents présentés ou à la véracité des données contenues dans ceux-ci » et ce « chaque fois que le nom utilisé dans une situation concrète ne [correspondait] pas à celui figurant dans le document présenté à titre de preuve de [son] identité »⁸⁰⁰.

⁷⁹⁶CJUE, 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, préc.

⁷⁹⁷Point 25 de l'arrêt *Grunkin-Paul*, préc.

⁷⁹⁸Point 28 de l'arrêt *Grunkin-Paul*, préc.

⁷⁹⁹Point 26 de l'arrêt *Grunkin-Paul*, préc.

⁸⁰⁰Point 28 de l'arrêt *Grunkin-Paul*, préc.

524. La question de la preuve de l'identité apparaissait, alors, être la clef de voûte de l'obligation de reconnaissance du nom patronymique. En effet, dès lors que la divergence de noms ne risque pas de gêner la preuve de cette identité, la Cour se refuse à imposer aux États de reconnaître le nom octroyé dans un autre État membre. C'est, du moins, l'enseignement qui peut être tiré de l'arrêt *Runevič Vardyn*⁸⁰¹. Cette affaire mettait en lumière une divergence de noms résultant d'une différence d'alphabet entre la Lituanie et la Pologne. La requérante au principal, Lituanienne issue de la minorité polonaise, portait, dans les registres lituaniens, le nom de « Malgožata Runevič ». Elle avait épousé un ressortissant polonais nommé Łukasz Paweł Wardyn. Leur certificat de mariage lituanien les désignait respectivement sous les noms de « Malgožata Runevič-Vardyn » et de « Łukasz Paweł Wardyn ». Le nom de l'époux était orthographié selon l'alphabet latin, qui ne connaît pas les modifications diacritiques, alors que le nom de l'épouse l'était selon l'alphabet lituanien, qui ne connaît pas le W. Il en résultait alors une différence entre le nom de l'épouse « Runevič-Vardyn » et celui de son conjoint « Wardyn ».

En parallèle, les autorités polonaises avaient établi un certificat de naissance au nom de la requérante ainsi qu'un certificat de mariage. Elles avaient, de leur côté, appliqué les règles de graphies polonaises qui reconnaissent à la fois le W et les modifications diacritiques. Les noms de jeune fille et de femme mariée de la requérante y apparaissaient alors respectivement sous les formes « Małgorzata Runiewicz » et « Małgorzata Runiewicz-Wardyn », alors que le nom de son époux s'écrivait sous la forme polonaise de « Łukasz Paweł Wardyn ». La requérante rencontrait dès lors deux difficultés. En premier lieu, elle était connue dans les deux États sous deux graphies différentes du même nom. En second lieu, la graphie du nom de son époux variait, dans les documents lituaniens, selon qu'il apparaissait comme nom de son conjoint ou était adjoint à son nom de jeune fille. La Cour avait toutefois refusé de voir un risque d'entrave dans ces divergences dans la mesure où ces différences mineures ne pouvaient, selon elle, engendrer de réelles difficultés dans la preuve de l'identité de deux citoyens. La Cour posait alors une limite à l'obligation de reconnaître du nom des citoyens qui n'existe que lorsque leur libre circulation risque d'être entravée par l'existence « d'inconvénients sérieux » dans la preuve de leur identité.

525. Il apparaît toutefois que la Cour entend largement cette notion « d'inconvénients sérieux ». Elle admet, en effet, que ceux-ci peuvent résulter de la seule « gêne »

⁸⁰¹CJUE, 12 mai 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, C-391/09.

occasionnée par « le fait [pour un citoyen,] de devoir modifier toutes les traces formelles »⁸⁰² d'un nom précédemment acquis dans un État membre sans qu'il existe de réels risques de confusion quant à l'identité de ce citoyen. Dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*⁸⁰³, la requérante autrichienne avait été adoptée, en Allemagne, par un ressortissant allemand. Son adoption avait été accompagnée d'une modification de son nom, qui Ilonka Kereke à l'origine devenait Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein. Ce nouveau nom avait été reconnu par l'État autrichien et les autorités de cet État lui avaient fourni un nouveau passeport ainsi que deux certificats de nationalité. Ce n'est que 15 ans plus tard que la divergence de noms avait vu le jour, lorsque les autorités autrichiennes avaient décidé de retrancher la particule nobiliaire du nom établi par le jugement d'adoption allemand (et reconnu précédemment en Autriche). Les faits de l'espèce présentaient la particularité que le nom « allemand » de la requérante n'avait pas été enregistré dans les registres d'état civil allemands. La requérante étant autrichienne, ce nom n'apparaissait que dans les registres autrichiens ainsi que dans une multitude de documents publics et privés établis dans les deux États. La modification du nom inscrit en Autriche n'aurait alors fait « naître aucun conflit avec les registres de l'état civil tenus ou de tels documents officiels délivrés par un autre État membre »⁸⁰⁴. La divergence de noms ne se réalisait pas réellement sur un plan géographique, c'est-à-dire entre deux noms enregistrés dans les registres de deux États, mais plutôt sur un plan temporel, entre deux noms successivement enregistrés dans les registres d'un seul et même État. Il n'était de ce fait pas acquis que la modification de son nom sur le registre autrichien puisse entraîner un quelconque inconvénient sérieux dans la preuve de l'identité de la requérante. Celle-ci n'était « pas obligée d'utiliser des noms patronymiques différents dans les différents États membres, étant donné que l'inscription, corrigée, dans [le registre autrichien] ferait désormais foi en toute circonstance »⁸⁰⁵. Si elle avait effectivement laissé « de nombreuses traces formelles » de son nom en Allemagne, « tant dans la sphère privée que dans la sphère publique »⁸⁰⁶, elle pouvait les éliminer. Il lui suffisait de justifier, grâce à son passeport ou à son acte de naissance, de sa nouvelle identité afin de modifier au cas par cas les traces du nom qu'elle avait utilisé pendant une quinzaine d'années. La Cour avait toutefois constaté l'existence d'inconvénients sérieux dans la preuve de son identité en

⁸⁰²Point 67 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc.

⁸⁰³CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn Wittgenstein*, préc.

⁸⁰⁴Point 60 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc.

⁸⁰⁵Point 59 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc.

⁸⁰⁶Point 63 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc. et point 44 des conclusions de l'avocat général M^{me} Sharpston sous l'affaire *Sayn Wittgenstein*.

raison de la gêne qui lui était occasionnée par le fait qu'elle devait effacer toutes les traces du nom qu'elle avait porté pendant 15 ans tant en Allemagne qu'en Autriche.

526. Il apparaissait alors dans cet arrêt que la Cour sanctionne le moindre risque d'inconvénient dans la preuve de l'identité du citoyen qui doit pouvoir bénéficier d'une liberté de circulation effective. Ainsi, « au-delà de la technique de la reconnaissance, il y a [...] bien une exigence plus profonde : celle de la consécration de l'identité du citoyen, identité qui doit être acceptée telle quelle et sans modification dans l'État d'accueil »⁸⁰⁷.

527. Il convient, en outre, de noter que les arrêts les plus récents de la Cour portent en germe un approfondissement important de la notion d'identité du citoyen. En effet, si dans les affaires les plus anciennes, la Cour visait le nom comme « moyen d'identification individuelle » de la personne qu'est le citoyen de l'Union, elle insiste désormais sur l'idée que ce nom permet aussi de le rattacher à sa cellule familiale.

b) Le risque d'inconvénient sérieux dans la preuve de la relation de famille

528. L'affaire *Runevič Vardyn*⁸⁰⁸ est la première affaire ayant offert l'opportunité à la Cour de se prononcer sur la question de la reconnaissance d'un nom entendu comme « élément de rattachement du citoyen à sa famille »⁸⁰⁹. Les requérants contestaient, tout à la fois, l'orthographe retenue en Lituanie pour les noms et prénoms de la requérante, celle retenue pour le prénom du requérant ainsi que celle retenue pour le nom de requérant tel qu'adjoint au nom de jeune fille de la requérante. Sur les deux premiers points, la Cour avait refusé de constater l'existence d'une entrave à la libre circulation des requérants. En revanche, la solution est différente pour la question du nom de l'époux adjoint à celui de l'épouse.

Sur ce point précis, la Cour n'était pas appelée à se prononcer sur l'existence d'inconvénients sérieux résultant d'une divergence de noms, entre deux États, pour une

⁸⁰⁷E Pataut, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in H. Fulchiron et C. Bidaud (dir.), *La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ?*, Dalloz, 2004, p. 97, sp. 104.

⁸⁰⁸CJUE, 12 mai 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, préc.

⁸⁰⁹Point 66 de l'arrêt *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, préc.

seule et même personne, mais sur l'existence de tels inconvénients pouvant découler d'une divergence de noms, entre deux personnes, sur le territoire d'un seul État. En effet, le nœud du problème était, ici, que l'acte de mariage lituanien désignait l'épouse sous son nom de jeune fille auquel était adjoint le nom de son mari sous sa forme lituanienne, alors que l'époux était inscrit, dans ce même acte ainsi qu'en Pologne, sous la forme polonaise de son nom. Le risque de confusion n'existait, dans cette hypothèse, pas au niveau de l'identification de chacun des citoyens en tant qu'individus, mais au niveau de l'identification de la nature du lien qui les unissait. Or, la Cour le rappelle, de nombreuses actions de la vie quotidienne peuvent imposer à un citoyen de l'Union d'apporter la preuve de la nature de ses relations de famille⁸¹⁰. Ce sera par exemple le cas lorsqu'un particulier réclame un droit de séjour sur le territoire d'un État membre au titre de conjoint de citoyen. Ce pourra tout autant l'être lorsqu'un citoyen réclame le bénéfice de droits ou de prestations découlant directement du statut de conjoint. Il semblait alors inévitable que la difficulté à prouver sa relation de famille puisse, comme la difficulté à prouver son nom, être considérée comme une entrave à la libre circulation du citoyen.

529. La Cour faisait, dans cette décision, preuve d'innovation comme de prudence.

Innovante, la solution donnait un nouvel exemple de « l'inconvénient sérieux » résultant du refus de circulation du nom d'un citoyen. Ce faisant, la Cour semblait ouvrir la porte à l'extension de ce principe de circulation à de nouveaux éléments du statut personnel des citoyens. En effet, la frontière est fine entre l'obligation de reconnaître la preuve de l'existence d'une relation et celle de reconnaître l'existence de la relation elle-même. Il faut alors souligner que depuis l'arrêt *Runevic*, la Cour a franchi la frontière et imposé à un État de reconnaître, dans le cadre de l'octroi d'un droit dérivé, le statut de conjoint à l'époux d'un citoyen de l'Union⁸¹¹. Et si la Cour a étroitement encadré la portée de cette obligation dans l'arrêt *Coman*, la lecture de cette récente décision à la lumière de l'arrêt *Runevic* indique que la Cour n'est qu'à un pas d'imposer la reconnaissance de la relation de famille de façon générale.

530. Prudente, la décision l'était en ce que la Cour ne se prononçait pas sur l'existence de l'entrave et laissait à la charge des juridictions nationales l'appréciation de sa réalité. Il leur appartenait alors de vérifier si la différence de graphie entre les noms des deux époux

⁸¹⁰Point 73 de l'arrêt *Malgożata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, préc.

⁸¹¹V. supra § 501 s.

pouvait effectivement entraîner des difficultés quant à la preuve de leur statut d'époux. Cette prudence s'explique par le fait que les liens du mariage n'impliquent pas dans tous les États membres le port d'un patronyme commun⁸¹².

531. La Cour a alors fait preuve de moins de retenue dans son arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*⁸¹³ de 2016. Dans cette affaire, le requérant, un binational germano-britannique, avait obtenu une modification de son nom au Royaume-Uni sur simple déclaration de volonté. Après le changement de son nom, il était rentré en Allemagne accompagné de son épouse et celle-ci avait accouché sur le territoire allemand. Les autorités de cet État avaient alors enregistré l'enfant sous le nom de son père tel que modifié au Royaume-Uni, mais refusaient de modifier le nom sous lequel lui-même était enregistré dans les registres d'état civil. Ainsi, la fille mineure était inscrite sous le nom de « Larissa Xenia Gräfin von Wolffersdorff Freiin von Bogendorff », la forme féminine du nom britannique du père alors que le passeport de son père le désignait sous le nom de « Bogendorff von Wolffersdorff ». Dans cette espèce, la différence de nom ne se constatait pas entre deux conjoints, mais entre un père et sa fille. La Cour considérait alors que le requérant risquait, en raison de cette différence de nom, de rencontrer des difficultés pour justifier de ses liens familiaux avec celle-ci⁸¹⁴ et constatait l'existence d'un risque d'entrave à sa libre circulation.

532. Toutefois, si le risque d'entrave est quasiment systématique au regard de la jurisprudence de la Cour, celle-ci admet que l'entrave peut être justifiée.

2. Les justifications à l'entrave

533. Conformément à une jurisprudence constante, une restriction à la libre circulation des personnes peut être justifiée si elle est fondée sur des considérations objectives et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national. La Cour contrôle

⁸¹²Par exemple, si l'usage permet tant en Belgique qu'en France à un époux d'adjoindre à son propre nom celui de son conjoint, ceci reste à la discrétion des membres du couple et n'implique aucun changement de leur état civil. En Allemagne, les membres d'un couple marié peuvent choisir le nom de l'un d'entre eux comme nom conjugal ce qui modifiera juridiquement le nom de l'autre. Ceci reste toutefois à la volonté des époux et ce choix peut intervenir à tout moment de la vie conjugale.

⁸¹³ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14.

⁸¹⁴Point 46 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, préc.

alors la réalité des objectifs poursuivis (a) ainsi que la proportionnalité de l'atteinte faite aux droits du citoyen au regard de la légitimité de ces objectifs (b).

a) Les considérations objectives pouvant justifier l'entrave à la libre circulation

534. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a pu se prononcer, en de multiples occasions, sur les motivations avancées afin de justifier le refus de reconnaître le nom d'un citoyen. Si le caractère *in concreto* du contrôle opéré par le juge européen ne permet pas de déterminer quel argument pourrait, dans l'absolu, justifier un tel refus, une distinction peut être faite entre les considérations qui ne sauraient jamais légitimer une entrave à la libre circulation et celles qui, en fonction des faits d'espèce, pourraient être retenues par le juge.

535. Parmi les premières, l'on retrouve logiquement les considérations fondées sur de simples considérations pratiques. Ainsi, un État ne peut refuser de reconnaître le nom d'un citoyen au seul motif qu'il est un nom composé trop complexe ou trop long⁸¹⁵. De la même façon, si la légitimité de l'objectif de préserver la continuité et la fixité du nom, « élément d'identification fiable et durable »⁸¹⁶ de la personne, ne fait pas de doute aux yeux du juge européen⁸¹⁷, il ne saurait aucunement justifier une mesure étatique ayant pour effet de conduire à une divergence de noms entre deux États. En effet, les mesures nationales ne peuvent être justifiées que si elles « sont propres à garantir la réalisation des objectifs qu'elles poursuivent »⁸¹⁸.

De façon plus étonnante, il semble que des doutes quant à la validité du nom dans son État de création ne puissent justifier un refus de reconnaissance dans son État d'accueil⁸¹⁹.

⁸¹⁵Point 36 de l'arrêt *Grunkin-Paul*, préc. et point 60 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, préc.

⁸¹⁶Point 50 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, préc.

⁸¹⁷Point 31 de l'arrêt *Grunkin-Paul*, préc.

⁸¹⁸Point 72 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, préc.

⁸¹⁹En effet, dans l'affaire *Sayn Wittgenstein*, tant le gouvernement allemand que le gouvernement autrichien insistaient sur le fait que le nom n'était pas conforme aux dispositions du droit matériel autrichien, applicable selon les règles de conflit allemandes et autrichiennes. Ainsi que le soulignait l'avocat général Sharpston dans ses conclusions générales « l'inscription rectifiée en Autriche ne concernait pas un nom patronymique valablement conféré dans un autre État membre, mais un nom attribué par erreur » (point 52 des conclusions de l'avocat général E. Sharpston). La Cour n'a pourtant pas répondu à cet argument.

536. D'autres justifications, bien qu'elles n'aient jusqu'à présent pas permis de légitimer l'entrave à la libre circulation du citoyen induite par la divergence de noms, pourraient, dans certaines situations, être acceptées par la Cour. Il s'agit de la lutte contre la fraude et des considérations liées à la proximité.

La question de la fraude se profilait, dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*⁸²⁰, derrière la question du caractère volontaire du changement de nom du requérant. Ce requérant allemand avait, après quelques années de résidence au Royaume-Uni et l'acquisition de la nationalité de cet État, obtenu une modification de son nom dans son État de résidence. Les autorités allemandes avaient refusé de reconnaître ce nouveau nom au motif, entre autres, que le droit allemand prohibait le changement du patronyme fondé sur la seule volonté du titulaire du nom. Le gouvernement allemand évoquait le risque de « tourisme du nom »⁸²¹ et justifiait son refus de reconnaissance par la volonté d'éviter le contournement de ses dispositions en matière de nom. Dans cette affaire, la Cour avait fait, une nouvelle fois, preuve de sa « traditionnelle réticence [...] à l'admission de la fraude »⁸²². En effet, si elle rappelait « qu'un État membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale »⁸²³, elle considérait, en l'espèce, que « les autorités allemandes ne [pouvaient] refuser la reconnaissance d'un nom légalement obtenu par un ressortissant allemand dans un autre État membre au seul motif que ce changement de nom répondrait à des raisons de convenance personnelle et sans tenir compte des motifs dudit changement »⁸²⁴. Ainsi, et ce de façon logique, le caractère volontaire du changement de nom ne permettait pas, à lui seul, de caractériser l'existence d'un abus de droit.

537. Cet arrêt peut être rapproché de l'arrêt *Garcia Avello* dans lequel la Cour donnait, en définitive, la possibilité au citoyen de l'Union ressortissant de deux États membres de choisir la loi applicable à la détermination de son nom. La situation dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* était un peu différente, mais c'était une nouvelle fois la question de l'ampleur de l'autonomie de la volonté reconnue en la matière qui était posée à la Cour. Sur ce point, la Cour optait pour la voie du « libéralisme le plus large »⁸²⁵ et certains

⁸²⁰CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, préc.

⁸²¹Point 84 des conclusions de l'avocat général E. Sharpston.

⁸²²E. Pataut, « Et le statut personnel ? », préc.

⁸²³Point 57 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, préc.

⁸²⁴Point 56 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, préc.

⁸²⁵E. Pataut, « Et le statut personnel ? », préc.

auteurs ont pu déduire de cet arrêt qu'il suffisait « à une personne de se placer sous l'empire [d'une loi plus libérale] pour que le changement produise ses effets dans toute l'Europe »⁸²⁶. La Cour laisserait alors la porte grande ouverte à la fraude à la loi en matière de nom.

538. Il semble toutefois que le propos doive être nuancé. En effet, si la Cour se montre réticente à admettre, ici, l'existence d'une fraude, elle n'exclut pas que la fraude puisse justifier une entrave à la libre circulation du citoyen. Simplement, elle soulignait que le caractère volontaire du changement du nom ne saurait justifier le refus de reconnaissance « sans qu'il soit tenu compte des motifs de ce changement »⁸²⁷. Or, dans cette espèce, la qualification de la fraude n'était pas assurée ainsi que l'avocat général le soulignait dans ses conclusions générales⁸²⁸. Le requérant s'était déplacé au Royaume-Uni, y avait vécu pendant plusieurs années et avait obtenu la nationalité de cet État. Il était difficile de considérer qu'il avait agi dans la seule intention de créer artificiellement les circonstances nécessaires au changement de ses prénoms et de son nom au Royaume-Uni et à l'application de l'article 48 de l'EGBGB en Allemagne. Il apparaît alors que si la volonté de lutter contre la fraude n'a pas été retenue comme légitime en l'espèce, il n'est pas exclu qu'elle le soit dans une autre affaire.

539. La question de la proximité entre l'État d'origine et le titulaire du nom s'est posée, pour la première fois, dans le même arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*. Le requérant réclamait la reconnaissance dans un État, qui était à la fois celui de sa nationalité et celui de sa résidence, du nom octroyé dans un État avec lequel il n'était pas acquis qu'il entretienne des contacts dans le futur. Cet aspect de l'affaire avait pourtant été occulté par la Cour dans son raisonnement⁸²⁹ et la question pouvait se poser de savoir si l'obligation de reconnaître le nom d'un citoyen devait être conditionnée à l'existence d'une quelconque proximité. Selon le Professeur Fulchiron, la pertinence d'un tel critère pouvait être discutée dans le cadre du droit de l'Union⁸³⁰.

⁸²⁶ E. Pataut, « Et le statut personnel ? », *préc.*

⁸²⁷ Point 56 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, *préc.*

⁸²⁸ Point 86 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, *préc.*

⁸²⁹ H. Fulchiron, « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *préc.* ; E. Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne, Familles recomposées », *RTD eur.*, 2017, p. 589.

⁸³⁰ *Ibid.* L'auteur soulevait alors la question de savoir si « le principe de confiance mutuelle [n'exigeait] pas que, dès lors qu'un État membre accepte que la situation se constitue valablement sur son territoire, elle soit reconnue dans les autres États membres, et le citoyen européen qui a obtenu cette création n'est-il pas en droit d'attendre sa reconnaissance dans l'espace européen ? ».

540. Un nouvel éclairage à la question de la proximité a été apporté par l'arrêt *Freitag*⁸³¹. Dans cette espèce, les autorités allemandes refusaient de reconnaître le nom du requérant au motif qu'il ne présentait pas de liens suffisants avec l'État d'établissement du nom au moment de cet établissement. La situation était alors différente de celle présentée dans l'affaire *Bogendorff von Wolffersdorff*. Dans la première, le requérant présentait des liens très étroits avec l'État d'origine du nom au moment de sa détermination. Ce n'est que plus tard, au moment où il en demandait la reconnaissance dans l'État d'accueil, que la proximité était plus douteuse.

En revanche, dans l'arrêt *Freitag*, la question de la proximité se cristallisait à la date de l'attribution du nom. Le requérant était, à cette date, plus proche de l'État d'accueil, l'Allemagne, sur le territoire duquel il avait sa résidence et dont il avait la nationalité, que de l'État d'origine, la Roumanie dont il était seulement ressortissant. Là se réalisait le nœud du problème, l'article 48 du EGBGB retenant comme critère de rattachement la résidence du citoyen, ce nom ne pouvait être reconnu en Allemagne. La Cour devait alors, en définitive, se prononcer sur l'existence d'une entrave à la libre circulation dans les hypothèses où la reconnaissance du nom était conditionnée par l'existence d'un lien de proximité, ici la résidence, entre le citoyen et l'État d'origine du nom. Sur ce point, le juge européen a répondu en filigrane en invitant les juridictions allemandes à vérifier que leur procédure « locale » de changement de nom pouvait permettre la reconnaissance du nom acquis par le citoyen dans un État avec lequel il entretient « un lien de rattachement autre que le séjour habituel, tel que la nationalité »⁸³². Ce faisant, la Cour « semble désormais admettre implicitement qu'un certain lien de rattachement est effectivement nécessaire »⁸³³ à la mise en œuvre de l'obligation de reconnaissance. Ce lien pouvant être *a minima* la résidence ou la nationalité du citoyen.

541. Les considérations liées à l'ordre public sont susceptibles, elles, aussi, de justifier l'existence d'une entrave à la libre circulation du citoyen⁸³⁴.

Ainsi, des mesures visant à protéger le respect de l'égalité des citoyens ou l'abolition de la noblesse, composantes de l'identité nationale dont le respect est consacré par l'article 4, §

⁸³¹CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, C-541/15, *Europe*, 2017, nos 8-9, pp. 18-19 obs. D. Simon ; *RJPF*, 2017, n° 10, p. 28, obs. S. Godechot-Patris ; *RTDE*, 2017. 581, obs. É. Pataut.

⁸³²Point 46 de l'arrêt *Freitag*, *préc.*

⁸³³E. Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne, Familles recomposées », *préc.*

⁸³⁴Point 38 de l'arrêt *Grunking-Paul*, *préc.* ; point 66 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, *préc.* ; point 85 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, *préc.* .

2, TUE, sont d'ordre public⁸³⁵ et peuvent justifier de refuser de reconnaître les noms nobiliaires.

La liberté des États dans ce recours à l'ordre public n'est, toutefois, pas illimitée. Bien que la Cour leur reconnaisse une certaine marge d'appréciation en la matière⁸³⁶ et admette que « les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause »⁸³⁷ ne sont pas communes à tous les États, elle considère que la notion d'ordre public doit être entendue strictement⁸³⁸. Celui-ci ne pourra être invoqué qu'en « cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »⁸³⁹. Le contrôle du juge européen est alors double et porte à la fois sur le caractère fondamental de l'intérêt mis en cause et sur la gravité de la menace qui l'affecte.

Ainsi, bien qu'en « matière de statut personnel et familial, presque toutes les raisons qu'a un État pour intervenir se rapporteront à un motif d'ordre public »⁸⁴⁰, l'ordre public ne pourra qu'exceptionnellement justifier une entrave à la libre circulation du citoyen.

542. De la même façon, la préservation de l'identité linguistique est un objectif légitime susceptible de justifier l'obligation de respecter les règles de graphie locale lors de la transcription du nom d'un citoyen dans les registres d'état civil⁸⁴¹.

543. Il faut alors noter qu'en plus d'être fondée sur des considérations légitimes, l'entrave doit être proportionnée à l'objectif poursuivi.

b) Le contrôle de proportionnalité

544. Le refus de reconnaissance doit respecter un juste équilibre entre les intérêts des requérants et la nécessaire protection des objectifs légitimes des États⁸⁴². Il faut, lors du

⁸³⁵Point 84 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc. ; point 65 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, préc.

⁸³⁶Point 87 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc.

⁸³⁷Point 91 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc.

⁸³⁸Point 86 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc.

⁸³⁹Point 86 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc.

⁸⁴⁰L. Rass-Masson, « L'ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre État membre de l'Union européenne », *RCDIP*, 2017, p. 278.

⁸⁴¹Point 87 de l'arrêt *Malgożata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, préc.

⁸⁴²Point 87 de l'arrêt *Malgożata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, préc. ; point 80 de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, préc.

contrôle de cet équilibre, garder à l'esprit que le nom de famille d'une personne constitue un élément essentiel de son identité, de sa vie privée, mais aussi de sa vie familiale⁸⁴³ dont la protection est assurée dans l'ordre juridique européen. L'importance du droit à la vie privée et familiale implique alors nécessairement un contrôle étroit des mesures nationales restrictives qui ne peuvent, dès lors, être justifiées que si elles sont nécessaires à la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et seulement dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives⁸⁴⁴. Le contrôle effectué est alors très étroit et l'effet de la mesure nationale sera apprécié au regard des circonstances particulières de chaque espèce.

Ainsi, si la protection de l'identité linguistique d'un État peut permettre, dans l'absolu, le refus de reconnaissance d'un nom sous sa graphie étrangère, dans l'affaire *Runevic*, le fait que les autorités aient accepté de retranscrire le nom du conjoint polonais « Wardyn » sous sa forme d'origine dans un certificat de mariage, démontre le caractère disproportionné du choix de translittérer ce nom en « Vardyn » lorsque ce patronyme est adjoint au nom de jeune fille de l'épouse lituanienne de le même certificat.

Le caractère *in concreto* du contrôle mis en place justifie, de la même façon, la nuance de la position de la Cour dans son arrêt *Bogendorff von Wolfersdorff* en 2016. Dans l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, la Cour avait, en un seul paragraphe, admis que, dans leur refus, « les autorités autrichiennes [n'étaient] pas allées au-delà de ce qui [était] nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental qu'elles [poursuivaient] »⁸⁴⁵. Au contraire, en 2016, la Cour ne se prononce pas et renvoie la compétence aux juridictions nationales pour l'appréciation du caractère disproportionné du refus opposé au requérant. Elle indique alors les éléments qui devront être mis en balance par ces juridictions. En effet, le requérant avait, au moment du changement de nom, des liens certains avec l'ordre juridique anglais puisqu'il était à la fois ressortissant et résident de cet État. De la même façon, la fille du requérant avait pu faire inscrire son nom de famille dans les registres allemands, ce qui indiquait que l'interdiction de porter des titres nobiliaires n'était pas aussi absolue en Allemagne qu'en Autriche. Les juridictions de renvoi devaient alors prendre en compte la nécessité de protéger la relation de famille qui lie le requérant et sa fille dans l'ordre juridique allemand en contrôlant les conséquences que la divergence de noms pourrait avoir sur cette relation. De l'autre côté, la Cour insiste sur le fait que le changement de nom n'avait eu lieu qu'en raison de la seule volonté du requérant sans que

⁸⁴³Et ce tant au regard de l'article 7 de la Charte des droits de l'homme qu'au regard de l'article 8 de la Conv. EDH.

⁸⁴⁴Point 90 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc. ; point 88 de l'arrêt *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, préc.

⁸⁴⁵Point 93 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, préc.

soit intervenu un changement de statut familial. Le caractère volontaire de ce changement n'est alors pas tout à fait écarté du raisonnement de la Cour, mais apparaît de façon mineure. Il ne peut être constitutif d'une fraude pouvant justifier l'entrave, mais pèse dans contrôle de proportionnalité de la mesure nationale.

Il appartiendra alors aux juridictions allemandes d'examiner, au regard des faits précis, si la volonté d'assurer l'égalité des citoyens devant la loi peut justifier le refus de modification du nom de famille du requérant.

545. Les justifications possibles à l'entrave à la libre circulation sont donc très étroitement limitées, et la portée générale du droit à la permanence du nom aura nécessairement un impact sur les mécaniques de droit international privé de chacun des États membres.

B. L'impact du droit à la circulation du nom du citoyen sur les droits internationaux privés étatiques

546. S'il est désormais acquis qu'il existe une « obligation positive » de « reconnaissance », dans tous les États membres, du nom acquis dans un État membre par un citoyen de l'Union⁸⁴⁶, il faut définir la portée de cette obligation de reconnaissance. Le terme de « reconnaissance » est polysémique⁸⁴⁷ et ne recouvre pas nécessairement la même signification en droit européen ou en droit international privé. Il peut tout autant désigner un principe général qu'une méthode particulière. Prise dans son acception européenne, la « reconnaissance mutuelle », fondement de la coopération judiciaire entre les États membres, « reste un concept programmatique qui a toujours besoin d'être mis en œuvre par des actes de droit dérivés »⁸⁴⁸. Loin d'être une méthode juridique établie, la reconnaissance consiste en un principe du droit de l'Union résultant de la « logique circulatoire »⁸⁴⁹ issue des grandes libertés des Traités. Il s'agit de permettre à une personne, qu'elle soit physique ou morale, d'accéder à des droits particuliers, au nom de la

⁸⁴⁶S. Pfeiff, « La portabilité du statut personnel dans l'espace européen », *préc.*, sp. 269, § 268.

⁸⁴⁷P. Callé, « La reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la confiance mutuelle », in H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, p. 234.

⁸⁴⁸C. Kohler, « La reconnaissance des situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *préc.*, sp. 68.

⁸⁴⁹E. Pataut, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un nouveau statut personnel et familial », *préc.*, sp. 100 ; S. Pfeiff, « La portabilité du statut personnel dans l'espace européen », *préc.*, sp. 267.

circulation, et notamment celui de circuler sans entrave. En d'autres termes, le principe de la reconnaissance mutuelle vise à l'éviction de toute mesure nationale qui aurait pour effet, par son application, d'entraver l'usage de l'une des grandes libertés européennes. Au contraire, en droit international privé, qu'il soit d'origine étatique, conventionnelle ou européenne, le terme de reconnaissance vise des mécanismes juridiques clairement définis, que ce soit en matière de décisions étrangères, d'actes authentiques ou de situations constituées à l'étranger.

547. La Cour de justice, en imposant la circulation du nom des citoyens de l'Union, vise la réalisation de la reconnaissance mutuelle sans prendre position sur les moyens à mettre en œuvre pour y parvenir. Elle « ne se prononce pas sur des questions de méthode ni sur le contenu abstrait des règles nationales »⁸⁵⁰, mais uniquement sur la solution concrète à laquelle les États doivent parvenir. Elle impose que chaque État membre accepte le nom patronymique acquis dans un autre État membre sans pouvoir, lui-même, remettre en cause la régularité de celui-ci. En réalité, elle oblige « les États membres à distinguer en la matière entre la création et l'efficacité des situations juridiques »⁸⁵¹. Les règles de conflit étatiques ne peuvent être mises en œuvre sans condition que lorsqu'un État est amené à créer une situation, c'est-à-dire à déterminer le nom d'une personne. En revanche, lorsqu'est en question l'efficacité d'une situation déjà créée dans un autre État membre, ou en cette matière lorsqu'un État doit reconnaître un nom déjà établi, celui-ci ne peut conditionner la reconnaissance du nom à l'application par l'État d'origine de la loi compétente selon ses propres règles de conflit⁸⁵². Lorsque celles-ci ne permettent pas la reconnaissance du nom étranger, leur application doit être écartée au risque sinon d'entraver la libre circulation des citoyens.

Toutefois, la Cour ne donne, puisque ce n'est pas son rôle, aucune indication aux États membres sur la nature de la méthode à mettre en place et ceux-ci gardent une certaine liberté en la matière.

548. Ainsi, certains États⁸⁵³ ont choisi, après avoir été condamnés par la Cour de justice, de modifier leurs règles relatives à la circulation du nom sans pour autant opter pour une

⁸⁵⁰S. Pfeiff, « *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen* », *préc.*, sp. 68, § 269.

⁸⁵¹P. Lagarde, « De l'obligation, pour un État membre, de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance », *préc.*

⁸⁵²*Ibid.*

⁸⁵³C'est notamment le cas de l'Allemagne et de la Belgique qui, suite respectivement aux arrêts *Grunkin-Paul* et *Garcia Avello*, ont modifié leurs dispositions applicables en matière de nom.

règle générale de reconnaissance en la matière. Or force est de constater que ces avancées législatives restent en deçà des exigences de la Cour.

549. L'exemple allemand est à ce titre très éclairant et ce d'autant plus que la Cour a déjà été amenée à se prononcer sur la conformité des nouvelles dispositions allemandes aux exigences de la jurisprudence européenne. À la suite de sa condamnation dans l'arrêt *Grunkin-Paul*, le législateur allemand a choisi de suivre la voie de la modification de son droit matériel en matière de nom⁸⁵⁴. Ce n'était qu'avec une grande réticence que le législateur s'était incliné devant les exigences de la Cour en ne procédant qu'à des modifications marginales de ses règles applicables au nom⁸⁵⁵. Alors que les règles de droit international privé n'ont pas été modifiées et que le nom reste soumis à la loi nationale de l'enfant⁸⁵⁶, l'article 48 du EGBGB offre la possibilité aux ressortissants allemands⁸⁵⁷, ayant obtenu un nom dans un autre État membre de l'Union, de le faire reconnaître en Allemagne par déclaration devant l'officier de l'état civil. Trois conditions doivent être remplies pour que cette déclaration puisse aboutir à la reconnaissance en Allemagne du nom acquis à l'étranger. Le nom doit avoir été octroyé par l'État de résidence du ressortissant allemand, il doit être enregistré dans les registres d'état civil et il ne doit pas être incompatible avec les principes essentiels du droit allemand.

550. Près de trois ans après l'entrée en vigueur de cette disposition, la Cour a été, une nouvelle fois, saisie d'un litige relatif à la circulation en Allemagne du nom d'un citoyen de l'Union. Dans l'arrêt *Bogendorff von Wolfersdorff*, le ressortissant allemand avait, au cours d'un séjour au Royaume-Uni, obtenu la nationalité britannique ainsi qu'une modification de son nom dans cet État. De retour dans son État d'origine, il demandait la reconnaissance de ce nouveau nom aux autorités allemandes. Ici, les deux premières conditions posées par l'article 48 étaient remplies. Seule faisait défaut la troisième condition : celle de la conformité du nom aux principes essentiels du droit allemand. Le nom comportait des titres de noblesse, ce qui est prohibé par le droit constitutionnel allemand. Les autorités allemandes avaient alors refusé de modifier le nom tel qu'enregistré en Allemagne au profit du nom britannique. Dans cette affaire, la Cour avait

⁸⁵⁴C. Kohler, « La reconnaissance des situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *préc.*, sp. 74.

⁸⁵⁵E. Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne, Familles recomposées », *préc.*

⁸⁵⁶Article 10 §1 EGBGB.

⁸⁵⁷Si l'article 48 EGBGB ne vise pas directement les ressortissants allemands, il vise les particuliers dont le nom est soumis aux dispositions matérielles du droit allemand. Or, selon l'article 10 du EGBGB, la loi applicable au nom d'un particulier est sa loi nationale. Ainsi, seuls les ressortissants allemands sont soumis aux dispositions matérielles allemandes relatives au nom.

admis que l'Allemagne peut refuser d'enregistrer le nom d'un citoyen qui n'est pas conforme à certains de ses principes essentiels. Elle laissait alors aux juridictions étatiques la charge d'apprécier si l'interdiction des titres de noblesse pouvait être considérée comme relevant effectivement de l'ordre public allemand.

551. L'article 48 EGBGB n'échappe toutefois pas à la critique, la formulation du texte est, en effet, trop restrictive⁸⁵⁸. La possibilité d'opter pour le nom établi à l'étranger n'est ouverte qu'aux personnes dont le nom est soumis au droit matériel allemand, c'est-à-dire aux ressortissants allemands⁸⁵⁹ ou à ceux dont les titulaires de l'autorité parentale avaient la possibilité de choisir le droit allemand⁸⁶⁰. Le texte ne prévoit aucune solution lorsque le particulier n'est pas allemand et que le nom acquis dans son État de résidence habituelle diffère de celui prévu par son droit national⁸⁶¹. Il faut, en outre, que le nom établi à l'étranger ait été enregistré dans les registres d'état civil de cet autre État membre. Ainsi, si, dans l'affaire *Sayn Wittgenstein*, la requérante avait été une ressortissante allemande et que son nom avait été modifié en Autriche, elle n'aurait pu le faire reconnaître en Allemagne. De plus, l'article 48 pose une dernière condition. Cette disposition ne permet de reconnaître le nom établi à l'étranger qu'à la condition qu'il ait été établi dans l'État de résidence du citoyen. C'était précisément cette dernière condition qui faisait défaut dans l'arrêt *Freitag*⁸⁶². Dans cette affaire, M. Freitag, ressortissant allemand et roumain, avait fait modifier son nom en Roumanie alors qu'il résidait de façon habituelle en Allemagne. Le critère de rattachement faisant ici défaut, les autorités allemandes refusaient de reconnaître le nom roumain en vertu de l'article 48. Le gouvernement allemand avançait, alors, la possibilité pour M. Freitag de modifier son nom par le biais d'une procédure spéciale de droit public⁸⁶³. En vertu de la loi sur le changement de nom patronymique et de prénom, le nom d'un ressortissant allemand ou d'un apatride résidant habituellement en Allemagne peut être modifié à sa demande en cas de « motif sérieux »⁸⁶⁴. Le gouvernement faisait alors valoir que l'élimination d'une divergence patronymique s'agissant de ressortissants allemands ayant une double nationalité constituait un tel motif. La Cour devait alors répondre à deux questions distinctes. Elle devait apprécier si les conditions

⁸⁵⁸E. Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne, Familles recomposées », *préc.*

⁸⁵⁹En vertu de l'article 10 § 1 EGBGB.

⁸⁶⁰Article 10 § 3 EGBGB.

⁸⁶¹C. Kohler, « La reconnaissance des situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *préc.*, sp. 77.

⁸⁶²CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, C-541/15.

⁸⁶³V. le point 6 de l'arrêt *Freitag*, *préc.*

⁸⁶⁴Article 3 de la loi sur le changement de nom patronymique et de prénom du 5 janvier 1958.

restrictives posées à l'article 48 menaient en l'espèce à une entrave à la libre circulation du citoyen, puis dans un second temps, si la procédure administrative répondait aux exigences découlant de cette libre circulation⁸⁶⁵. À la première question, la Cour répondait classiquement que le refus de reconnaître le nom qu'un citoyen avait acquis dans un autre État membre constituait une entrave à sa circulation. À la seconde question, la Cour répondait que l'entrave n'était pas constituée s'« il [existait], en droit national, d'autres dispositions permettant effectivement la reconnaissance dudit nom »⁸⁶⁶. En définitive, « peu importe en principe de savoir, du point de vue du droit de l'Union, quelle est la disposition ou la procédure administrative interne en vertu de laquelle le requérant peut faire valoir ses droits concernant son nom »⁸⁶⁷, l'essentiel est « qu'un citoyen européen ne change pas de nom en franchissant une frontière interne de l'Union européenne »⁸⁶⁸. Il n'est, dès lors, pas exclu que la mise en place de systèmes alternatifs à la méthode de la reconnaissance puisse satisfaire la Cour de justice.

552. Toutefois, force est de constater que si, en l'espèce la procédure administrative semble permettre la reconnaissance du nom du requérant, le système mis en place par le droit allemand ne permet pas de répondre à toutes les exigences du droit européen. En effet, la procédure administrative telle qu'elle est prévue par le droit allemand ne répond aux lacunes de l'article 48 qu'à la condition que le requérant soit allemand ou apatride résidant en Allemagne. Ainsi la circulation du nom d'un citoyen qui ne serait pas allemand reste soumise dans cet État à la règle de conflit de l'article 10 EGBGB et donc à sa loi nationale. Ce citoyen ne pourrait y faire reconnaître un nom acquis en vertu de la loi de son État de résidence.

553. Le même constat de lacune peut être fait à l'égard du droit belge. Depuis 2004, le Code de droit international privé belge prévoit une règle particulière applicable aux noms déjà attribués à l'étranger. Cet article 39⁸⁶⁹ distingue entre les ressortissants belges et les

⁸⁶⁵E. Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne, Familles recomposées », *préc.*

⁸⁶⁶Point 47 de l'arrêt *Freitag*, *préc.*

⁸⁶⁷Point 70 des conclusions de l'avocat général M. Szpunar présentées le 24 novembre 2016.

⁸⁶⁸E. Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne, Familles recomposées », *préc.*

⁸⁶⁹Article 39 du Code de droit international privé belge.

Une décision judiciaire ou administrative étrangère concernant la détermination ou le changement de nom ou de prénoms d'une personne n'est pas reconnue en Belgique si, outre l'existence d'un motif de refus visé à l'article 25 :

1° en cas de changement par acte volontaire, cette personne était belge lors du changement, à moins que le nom obtenu soit conforme aux règles relatives à la détermination du nom applicables dans l'État membre de l'Union européenne dont la personne possède également la nationalité ; ou

2° ou la détermination du nom ou des prénoms n'est pas conforme au droit belge lorsque cette personne était belge lors de cette détermination ; ou

3° dans les autres cas, cette détermination ou ce changement n'est pas reconnu dans l'État dont cette personne a la nationalité.

étrangers. Pour les premiers, le nom attribué à l'étranger à un citoyen belge ne peut être reconnu en Belgique qu'à la condition d'être conforme aux dispositions de la loi belge. Une seule exception est prévue, répondant à la condamnation de la Belgique dans l'arrêt *Garcia Avello*. Le ressortissant belge ayant une autre nationalité pourra voir reconnu son changement volontaire de nom lorsqu'il est conforme aux dispositions de l'autre État membre dont il a la nationalité. En substance, les citoyens belges restent soumis à leur loi nationale, mais la Belgique accepte, en cas de double nationalité, de tenir compte de la nationalité de l'autre État lorsque la loi de cet État autorise le changement volontaire de nom. Les noms des étrangers sont soumis quant à eux à une règle de reconnaissance. Ceux-ci seront reconnus en Belgique à la condition de l'être dans l'État de nationalité de l'étranger. Leur circulation est facilitée, mais reste finalement limitée.

554. Il apparaît alors que les modifications, ponctuelles, opérées au gré des décisions de la Cour restent bien en deçà des exigences de la Cour de justice. En effet, il ressort de l'ensemble de ses décisions qu'elle entend assurer que le citoyen de l'Union puisse, en toute circonstance, traverser les frontières intraeuropéennes sans que son nom de famille ne soit modifié. Peu lui importe la nature des liens que le citoyen entretient avec l'État qui lui a accordé son nom ou avec l'État qui doit le reconnaître. Peu lui importe la manière selon laquelle le nom a été cristallisé. La Cour pose un principe général : dès le moment où le nom du citoyen est consacré par l'ordre juridique d'un État membre, il doit être reconnu sur tout le territoire européen. Le principe européen de libre circulation prévaut alors sur « le principe de droit international privé [...] selon lequel la validité d'une situation juridique serait appréciée dans un État en fonction de la loi compétente selon la règle de conflit de cet État. »⁸⁷⁰. Une distinction est faite entre les citoyens qui ont déjà acquis un nom et ceux qui doivent en acquérir un. Dans la première hypothèse, si « le conflit de lois est empêché de se répandre »⁸⁷¹ ce n'est pas tant parce qu'il est « conflit de lois » que parce qu'il ne saurait permettre la circulation du nom en toute circonstance. Le conflit de lois doit, dans ces hypothèses, céder la place à des mécanismes « réceptifs »⁸⁷² mieux à même d'assurer la reconnaissance des noms déjà acquis. Le nom concrétise alors le point de rencontre de deux logiques différentes, celle « localisatrice du droit international privé traditionnel » portée par la volonté de « coordonner des systèmes autour d'un objectif

⁸⁷⁰P. Lagarde, « De l'obligation, pour un État membre, de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance », *préc.*

⁸⁷¹S. Pfeiff, « *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen* », *préc.*, sp. 269, § 268.

⁸⁷²A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, *préc.*, sp. 369, § 225.

d'harmonie internationale des solutions » et la « logique circulatoire de l'Union » visant non pas « l'objectif abstrait de coordination des lois, mais bien un objectif concret de jouissance des droits »⁸⁷³. La première reste applicable lorsqu'il s'agit de déterminer le nom d'un citoyen alors que la seconde prend le dessus dès que le nom a déjà été déterminé. Il apparaît alors que cette rencontre nécessite une « reconstruction profonde des règles du droit international privé »⁸⁷⁴, qui pourrait passer par l'élaboration de règles de reconnaissance.

555. Or, cette nécessité de modifier les règles de droit international privé en matière de nom pourrait apparaître pour la circulation du couple dès lors que la Cour de justice consacrerait un principe de permanence de la relation de couple.

§ II - La nécessaire permanence de la relation de couple

556. Si la Cour n'a, pour l'instant, jamais consacré le principe de la permanence de la relation de couple, elle a posé le premier jalon d'une telle consécration dans son arrêt *Coman*⁸⁷⁵. Dans cette affaire, le conjoint d'un citoyen de l'Union s'était vu refuser tout droit de séjour sur le territoire de l'État de nationalité de son citoyen référent au motif que les autorités étatiques, ne reconnaissant pas la validité du mariage homosexuel, ne pouvaient lui accorder de droit dérivé en vertu de l'article 21 du Traité. La Cour avait déclaré que le refus de reconnaître le mariage du citoyen était constitutif d'une entrave à sa libre circulation dans la mesure où le conjoint, dont le statut de conjoint n'était pas reconnu, ne pouvait l'accompagner et séjourner à ses côtés. Si la solution était innovante, la Cour faisait ici preuve de beaucoup de prudence. Elle n'imposait la reconnaissance du mariage qu'aux fins de l'octroi d'un droit de séjour. Ainsi, une fois que la Roumanie avait offert un droit de séjour au conjoint, elle n'avait aucune obligation de reconnaître, à d'autres fins, son statut de conjoint.

⁸⁷³E Pataut, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un nouveau statut personnel et familial », *préc.*

⁸⁷⁴*Ibid* ; V. aussi P. Lagarde, « De l'obligation, pour un État membre, de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance ». L'auteur y indique que « les méthodes du droit communautaire peuvent contribuer de façon positive au développement de celles du droit international privé ».

⁸⁷⁵CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, C- 673/16, V. infra § 500 s.

Énoncée dans le cadre particulier du droit de séjour, la solution de la Cour est en réalité d'un impact relativement limité. L'obligation de reconnaissance est, ici, très ponctuelle et il n'est pas possible d'en déduire le principe d'une obligation générale de reconnaissance tel qu'il existe en matière de nom.

557. Toutefois, force est d'admettre qu'un premier pas a, désormais, été franchi et qu'il est tout à fait envisageable que la Cour puisse, à moyen terme, énoncer que le refus de reconnaître le mariage d'un citoyen constitue un « inconvénient sérieux » à l'exercice de sa liberté de circuler.

En effet, les arguments fondant l'obligation de reconnaître le nom des citoyens peuvent tout autant justifier une obligation de reconnaître leur relation de couple (A), ce qui serait d'autant plus nécessaire que rien dans le droit européen ne permet de faciliter réellement la circulation de ces couples (B).

A. La justification à la consécration du principe de permanence de la relation de couple

558. L'avocat général Sharpston, dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Grunkin-Paul*, faisait preuve de prudence sur les développements que pourrait connaître le principe de permanence du nom. Tout en se prononçant pour la consécration d'une obligation de reconnaître le nom des citoyens acquis sur le territoire d'un État membre, elle insistait sur le fait que, relevant du statut personnel, le nom présentait une caractéristique particulière. Il permet l'identification de la personne, « qui est une matière distincte du statut ou de la capacité juridique. En conséquence [elle ne pensait] pas qu'une décision portant sur les noms [devait] nécessairement être étendue par extrapolation »⁸⁷⁶ aux autres éléments du statut personnel. L'évolution de la jurisprudence de la Cour, et notamment celle des justifications fondant le principe de la permanence du nom, montre qu'« au-delà des questions de noms de famille [l'obligation de reconnaissance] est aisément extensible à de nombreuses autres questions du statut personnel, notamment le mariage ou la filiation »⁸⁷⁷

⁸⁷⁶ Point 93 des conclusions de l'avocat général Sharpston présentées le 24 avril 2008 dans l'affaire C-353/06.

⁸⁷⁷ E. Pataut, « L'invention du citoyen européen », in B. Fauvarque-Cosson, E. Pataut et J. Rochfeld (dir.), *La citoyenneté européenne*, Société de législation comparée, coll. Trans Europe Expert, 2011, p. 27.

559. En effet, si la question de la reconnaissance du nom du citoyen tourne autour de la question de la preuve de son identité, il faut bien admettre que « le nom constitue certes un élément central de l'identité de la personne, mais il n'est pas le seul »⁸⁷⁸. L'identité d'une personne ne se limite, en aucun cas, à son identité individuelle. L'individu se définit tout autant par son nom que par son appartenance à une famille ou à un couple.

Ainsi, dans l'arrêt *Runevic Vardyn*, la Cour avait déjà décidé que de la divergence de noms, au sein d'un seul État, entre deux conjoints découlait un « inconvénient sérieux ». Ici, la Cour prenait en considération le nom du citoyen non seulement en tant que moyen d'identification de celui-ci, mais aussi comme moyen de rattachement à sa famille⁸⁷⁹. Selon elle, la différence de nom entre les deux époux pouvait impliquer « que soient mises en doute l'identité de cette famille et la relation qui existe entre ses membres »⁸⁸⁰, ce qui « pourrait avoir des conséquences importantes en ce qui concerne, entre autres, l'exercice du droit de séjour conféré directement par l'article 21 TFUE ».

560. La Cour faisait alors le lien entre la difficulté de prouver sa relation de couple et l'entrave à la libre circulation du citoyen, notamment au regard du droit dérivé que le conjoint peut tirer du Traité. Elle soulignait, en sus, que cette difficulté pouvait être « de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre administratif, professionnel et privé »⁸⁸¹. Sans définir particulièrement les inconvénients sérieux que les époux pouvaient rencontrer, elle visait certains de ses arrêts antérieurs, et notamment son arrêt *Grunkin-Paul*.

Or, selon le § 28 de cet arrêt, des difficultés d'obtention d'une prestation ou d'un droit quelconque devaient être considérées comme des inconvénients sérieux. Transposée en matière de couple, la solution de l'arrêt *Grunkin-Paul* permet de conclure que la divergence de noms entre époux, lorsqu'elle porte à confusion quant à la nature de la relation qui les unit et ainsi entrave l'obtention d'une prestation ou d'un droit quelconque lié à cette relation, constitue une entrave à sa libre circulation.

561. Il est alors difficile de ne pas voir dans cette solution les prémisses d'une obligation de reconnaître les relations de couple. En effet, si les difficultés à prouver l'existence d'une relation de couple en vue de bénéficier des droits et prestations qui en découlent entravent

⁸⁷⁸A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », *préc.*, sp. 371.

⁸⁷⁹Point 66 de l'arrêt *Malgożata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, *préc.*

⁸⁸⁰Point 77 de l'arrêt *Malgożata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, *préc.*

⁸⁸¹Point 78 de l'arrêt *Malgożata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, *préc.*

la circulation du citoyen, qu'en est-il de l'impossibilité de se prévaloir de cette relation en raison d'un refus de reconnaissance ?

B. La nécessité de la consécration du principe de permanence de la relation de couple

562. Si la consécration d'un principe général de reconnaissance de la relation de couple se fait pressante, c'est parce qu'il n'existe au niveau européen aucun instrument visant à assurer la circulation de la relation de couple. Alors que les divergences étatiques sont nombreuses en la matière (1), aucun des textes européens, bien qu'ils se fondent tous sur la nécessité d'assurer une réelle effectivité à la liberté de circuler reconnue au citoyen, ne permet à celui-ci de circuler en étant assuré que sa relation de couple puisse l'accompagner (2).

1. La persistance des divergences de conceptions étatiques en matière de couple

563. S'il faut bien admettre que les divergences au sein des pays membres en matière de couple se résorbent chaque jour un peu plus, un constat s'impose : l'époque où la notion de relation de couple relevait d'une vision commune entre ces États semble définitivement révolue. En effet, bien qu'il soit acquis que chacun d'entre eux doit, en vertu de la Conv. EDH⁸⁸², protéger les couples de personnes de même sexe comme ceux de personnes de sexe différent, les chemins qui leur sont ouverts pour parvenir à cette protection sont multiples. Ils peuvent, à leur convenance, prévoir un statut particulier ouvert aux seuls couples homosexuels, leur permettre le mariage ou mettre en place une forme de couple alternative au mariage accessible à toutes les formes de couples.

Alors qu'aujourd'hui, seule une poignée d'États refuse encore toute protection aux relations formées de personne de même sexe, les disparités se maintiennent entre les États permissifs. Certains ouvrent le mariage ou le partenariat à tous quand d'autres prévoient un statut différent selon l'orientation sexuelle du couple. Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'un

⁸⁸²V. supra § 363 s.

État ne connaisse que du mariage, accessible à tous les couples, sans prévoir aucune autre forme de relation juridiquement protégée.

564. Il apparaît alors que les obstacles à la circulation des relations de couple ne sont plus nécessairement liés à la seule question du sexe des conjoints ou des partenaires, mais bien plutôt à celle de la forme juridique de la relation qu'un couple en particulier a choisi de former. En effet, un couple homosexuel, formé en France, est presque assuré, quel que soit l'État membre où il s'installe, d'y trouver un statut qui lui est accessible. La question de la reconnaissance de sa relation dans cet État ne sera alors pas freinée par son caractère homosexuel. Elle pourra l'être, en revanche, en raison de la forme de relation pour laquelle ce couple a opté. Ainsi, un couple d'époux de même sexe pourra, *a priori*, voir son mariage reconnu dans un État qui autorise le mariage homosexuel sans difficulté, mais pas dans un État qui ne permet aux couples de même sexe que l'enregistrement d'un partenariat. L'exemple inverse est tout aussi vrai. Un PACS français enregistré entre un homme et une femme pourrait ne pas être reconnu dans un État qui réserve son partenariat aux couples homosexuels. La difficulté ne serait alors pas liée à la seule orientation des partenaires, mais à la forme de couple qu'ils ont choisie en France.

565. Bien sûr, un certain nombre d'ordres juridiques prévoit que la relation de couple formée à l'étranger soit requalifiée afin de pouvoir être reconnue. Mais ce choix relève de la seule volonté des États et il n'est pas acquis qu'il soit partagé par tous les pays membres de l'Union. Il est alors tout à fait imaginable qu'un État refuse purement et simplement de reconnaître le statut formé à l'étranger tout en offrant, au couple, la possibilité de former un nouveau statut sur son territoire. Un tel choix pourrait, par ailleurs, être conforme aux obligations découlant de l'article 8 de la Conv. EDH. Si dans son arrêt *Orlandi*⁸⁸³, la Cour des droits de l'homme a condamné l'Italie, c'était uniquement parce qu'elle n'offrait aux conjoints homosexuels aucune protection juridique sous quelque forme que ce soit. Il leur était impossible de bénéficier, sur le territoire italien, du statut étranger, mais aussi de former un nouveau statut italien. La Cour n'impose pas, en réalité, la reconnaissance de la relation juridique formée à l'étranger, mais se satisfait d'une requalification ou d'une reconstruction du lien.

⁸⁸³CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, préc.

566. Or une telle requalification ou reconstruction du lien pourrait être constitutive d'une entrave à la libre circulation du citoyen. La requalification de la relation, comme sa reconstruction, peut impliquer une modification profonde de la nature de la relation et de ses effets. Savoir que son mariage serait transformé en partenariat, ou qu'à l'inverse que son partenariat serait transformé en mariage en raison du franchissement de la frontière, et que les effets de la relation pourraient être profondément modifiés risquent, très concrètement, de limiter les déplacements d'un citoyen de l'Union. Et ce risque est d'autant plus présent que les règlements européens applicables en matière de couple ne parviennent pas à mettre en place un système efficace de circulation des relations de couple.

2. L'absence de circulation des relations de couple dans les règlements européens

567. Un certain nombre de règlements pourraient avoir un effet sur la circulation des relations de couple dans l'espace européen. Il peut s'agir, en premier lieu, des règlements européens de droit international privé applicables en droit de la famille. Ces textes ont tous vocation à renforcer la libre circulation des citoyens en assurant que certains aspects de leur relation de couple puissent circuler à travers les frontières européennes. Il apparaît pourtant qu'aucun d'entre eux n'aura pour effet d'assurer la reconnaissance de la validité de la relation de couple (a). De la même façon, le règlement applicable à la circulation des documents publics⁸⁸⁴, règlement sur lequel se fondaient beaucoup d'espoirs, n'aura finalement que peu d'impact sur la circulation de la relation de couple inscrite dans ces documents (b).

⁸⁸⁴Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

a) La circulation quasi inexistante des relations de couple dans les règles de droit international privé européen

568. Les instruments européens en matière de droit international privé de la famille partent du constat que l'Union « s'est donnée pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes », ce qui implique l'adoption « [d] es mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur »⁸⁸⁵. C'est, alors, dans le but de supprimer toute entrave à la libre circulation des citoyens que les derniers règlements applicables en la matière visent à prévenir les difficultés rencontrées par les couples dans l'administration de leurs biens⁸⁸⁶, le recouvrement de leurs obligations alimentaires⁸⁸⁷ ou leur succession⁸⁸⁸ dans les situations ayant une incidence transfrontière. Pour ce faire, ces textes assurent une certaine stabilité aux effets des relations de couple qui seront soumis, quel que soit le juge saisi, à la même loi. La circulation des décisions rendues en la matière est de même réellement facilitée par les règles de reconnaissance issues des règlements. Toutefois, un constat s'impose : l'essentiel, c'est-à-dire la relation de couple, ne circule pas, ou que très peu. La reconnaissance de la relation, question préalable à l'application de tous ces règlements, est exclue du champ d'application des textes européens (α) qui prévoient, pour certains, des dispositions particulières relatives aux nouvelles formes de conjugalité (β).

α) La question préalable de la reconnaissance des relations de couple

569. La question de la reconnaissance du couple est une question récurrente lors de l'application des règlements de droit international privé de la famille. En effet, pour savoir s'il convient d'appliquer les règles de conflit prévues dans le règlement Rome III, encore faut-il savoir si l'on est en présence d'un mariage valable. Il en est de même lorsqu'il s'agit

⁸⁸⁵ V. les premiers considérants des règlements Bruxelles I, Bruxelles II, Bruxelles II bis, Rome III, règlement succession, règlement aliments, règlement régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

⁸⁸⁶ Considérants 8 des règlements sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

⁸⁸⁷ Considérant 45 du règlement aliments.

⁸⁸⁸ Considérant 7 du règlement succession.

de dissoudre un régime matrimonial, d'accorder des aliments à un époux ou de régler les effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré. La question de la validité ou de la reconnaissance de la relation prend ici la forme d'une *Erstfrage*⁸⁸⁹ et conditionne l'applicabilité du texte européen. La question préalable peut aussi intervenir plus tard dans le raisonnement juridique au stade de l'application du droit matériel désigné par la règle de conflit. Ce sera le cas lorsque le litige porte sur les droits d'un conjoint survivant dans la succession d'un défunt.

570. De façon générale, pour qu'une relation de couple puisse se voir accorder des effets, il faut qu'elle soit considérée comme valable dans l'ordre juridique où ses effets sont réclamés. Si elle a été constituée à l'étranger, elle doit être reconnue dans cet ordre juridique. Or la question de la reconnaissance de la relation de couple est exclue de tous les règlements.

571. C'était déjà le cas dans le règlement Bruxelles II bis qui, bien que le corps du texte soit muet sur la question, prévoit dans son considérant 10 qu'il ne s'applique pas « aux questions liées à l'état des personnes ». La situation est la même dans le règlement aliments dont le considérant 21 précise que ses « règles de conflit de lois ne déterminent que la loi applicable aux obligations alimentaires, et ne déterminent pas la loi applicable à l'établissement des relations de famille sur lesquelles se fondent les obligations alimentaires. L'établissement des relations de famille continue de relever du droit national des États membres ». L'exclusion est encore plus affirmée dans les autres règlements qui prévoient, tous, dans leurs premiers articles⁸⁹⁰ que les questions de validité, d'existence ou de reconnaissance des relations, qu'il s'agisse du mariage ou du partenariat enregistré, sont exclues de leur champ d'application matériel. Dès lors, les divergences étatiques en la matière tant au niveau du droit interne que du droit international privé entachent l'application des règlements d'une certaine relativité.

Mais surtout, il apparaît que si les règlements visent à assurer une réelle effectivité à la liberté de circuler reconnue aux citoyens de l'Union, en garantissant, notamment, que, quel que soit le juge saisi, les effets et la dissolution de la relation soient soumis aux mêmes dispositions matérielles, ils n'ont pas vocation à être utilisés afin de reconnaître une

⁸⁸⁹S. Corneloup, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *TCFDIP*, 2010-2012, Pédone, 2013, p. 189, sp. 191.

⁸⁹⁰Article 1.a) du règlement Succession et articles 1. 2. b) des règlements Rome III, règlement sur les régimes matrimoniaux et règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés..

relation de couple consacrée dans un État membre⁸⁹¹. Chaque État reste maître de la reconnaissance de la relation étrangère et peut, s'il refuse de la reconnaître, lui dénier tout effet sur son territoire.

β) Les règles particulières destinées à respecter les conceptions étatiques de chaque État membre

572. En sus de cette exclusion de la question de la reconnaissance des statuts du couple du champ d'application des règlements, trois de ces textes prévoient des règles particulières visant à assurer le respect des conceptions étatiques de chacun des États membres. En cela, il apparaît que législateur européen cherche à rassurer les États qui appliqueront les règlements : ils ne seront pas obligés de se prononcer sur les litiges relatifs à des formes de couple qui ne correspondraient pas à leur droit interne. Le prix de cet apaisement des États est que la circulation de la validité des relations de couples est encore une fois évincée des textes, qu'il s'agisse du règlement applicable au divorce (i) ou des règlements applicables aux effets patrimoniaux des mariages ou des partenariats enregistrés (ii).

i) L'article 13 du règlement Rome III

573. Cet article s'intègre dans un triptyque de dispositions relatives à la protection de certaines valeurs essentielles⁸⁹². Les deux premières de ces règles, les articles 10 et 12 du règlement relèvent du mécanisme de l'ordre public, la loi désignée par le règlement étant

⁸⁹¹A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 322, § 837.

⁸⁹²P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », préc.

évincée en raison de sa contrariété avec certaines valeurs directement visées par le texte européen⁸⁹³ ou de sa non-conformité avec l'ordre public du for.⁸⁹⁴

La troisième disposition de cet ensemble, l'article 13 dit « clause maltaise »⁸⁹⁵ peut être divisé en deux parties. La première n'est pas utile à notre propos et n'est plus d'actualité dans la mesure où tous les États membres participants autorisent désormais le divorce. La seconde partie de cet article, en revanche, illustre l'absence de prise de position du règlement quant à la question de la reconnaissance des mariages étrangers. Le texte prévoit qu'« aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant, dont la loi [...] ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement ».

574. L'introduction de cette disposition peut, *a priori*, laisser perplexe. Ne pas imposer à un État de prononcer le divorce d'un mariage qu'il ne reconnaît pas comme valable semble, somme toute, logique et rien dans le texte du règlement ne laisse penser que l'obligation inverse existerait. Au contraire, l'exclusion de la question de la reconnaissance du champ d'application du texte européen indique que les États membres participants n'ont aucune obligation de reconnaître un mariage aux fins d'application du règlement. L'utilité de cet article 13 peut dès lors être débattue.

Un début de réponse peut être trouvé dans le considérant 26 du règlement. Selon ses termes, l'article 13 envisage les situations dans lesquelles le mariage en cause « n'existe pas dans la loi de l'État membre participant ». Le cas des mariages entre personnes de même sexe vient alors immédiatement à l'esprit, sans trop savoir, par ailleurs, si d'autres types d'unions matrimoniales peuvent être concernés par cette disposition⁸⁹⁶. Le sens de cette disposition reste toutefois obscur et deux interprétations semblent pouvoir en être faites.

Le première, restrictive, revient à lire dans cet article 13 une simple confirmation de la solution de l'article 1. 2. a) du règlement. Si un État ne connaît pas le type de mariage

⁸⁹³L'article 10 du règlement prévoit que la loi du for s'applique lorsque la loi désignée par le règlement « ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou à l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps ».

⁸⁹⁴L'article 12 du règlement prévoit que « l'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

⁸⁹⁵Cette clause, imposée par Malte qui ne connaissait pas le divorce à la date de l'élaboration du règlement, prévoit qu'« aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement ».

⁸⁹⁶En effet, la formule est vague et tout mariage différent, soit dans la forme, soit au fond, de la conception qu'un État se fait de l'union maritale pourrait entraîner la mise en œuvre de l'article 13.

en cause dans son droit interne, il peut refuser de le reconnaître (comme le prévoit l'article 1. 2. a)) et, à ce titre, refuser d'en prononcer la dissolution (en vertu de l'article 13). Ici, l'article 13 n'aurait d'autre utilité qu'une utilité politique. Elle permettrait de rassurer les États membres participants prohibitifs du mariage homosexuel quant à la liberté qui leur est octroyée dans ce domaine si sensible que l'élaboration d'un texte commun a nécessité la mise en œuvre de la procédure de coopération renforcée.

Selon la seconde, l'article 13 rentrerait, en quelque sorte, en contradiction avec le premier article du règlement⁸⁹⁷. Il autoriserait un État membre participant, qui accepterait de reconnaître comme valable un mariage étranger qui ne correspond pas à sa propre institution, à refuser d'en prononcer la dissolution. Ce ne serait pas, alors, parce que le mariage est nul à ses yeux que l'État n'en prononcerait pas le divorce, mais bien parce ce mariage ne connaît pas d'équivalent dans son droit interne⁸⁹⁸. Toutefois, il est difficile d'imaginer pourquoi un État accepterait de reconnaître un mariage sur son territoire, et donc *a priori* de lui faire jouer des effets, mais refuserait de le dissoudre.

Si une telle interprétation devait être choisie, il apparaîtrait alors que le règlement, non seulement ne favorise pas la circulation de la relation de couple, mais pourrait avoir pour effet d'autoriser l'État qui reconnaît le mariage de ne pas tirer toutes les conséquences de cette reconnaissance, et ceci en raison de « simples différences dans le droit national »⁸⁹⁹.

575. La logique portée par les articles 9 des règlements relatifs au régime matrimonial et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés est assez similaire à celle de l'article 13 du règlement Rome III. Toutefois, la question des nouvelles formes de conjugalité est, dans ces textes, traitée sous l'angle du conflit de juridictions et non du conflit de lois.

⁸⁹⁷P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *préc.*

⁸⁹⁸*Ibid.*

⁸⁹⁹*Ibid.*

ii) Les articles 9 des règlements applicables au régime matrimonial et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

576. Selon ces textes, les juridictions d'un État membre participant qui « ne prévoit pas l'institution du partenariat enregistré » ou ne « reconnaît pas le mariage concerné aux fins d'une procédure en matière de régime matrimonial » peuvent décliner leur compétence lorsqu'elles sont désignées par les textes européens.

Une différence doit être soulignée entre les deux règlements. Le règlement applicable aux partenariats enregistrés vise précisément la situation dans laquelle l'État ne connaît pas dans son droit interne l'institution du partenariat enregistré. Cette disposition aura alors les mêmes conséquences que l'article 13 du règlement Rome III selon la seconde interprétation qui en est proposée : un État qui ne connaît pas du partenariat enregistré pourrait décliner sa compétence et refuser de se prononcer sur ses effets patrimoniaux, alors même que ses règles de droit international privé pourraient permettre de le reconnaître.

L'article 9 du règlement relatif au régime matrimonial envisage, quant à lui, les situations dans lesquelles le mariage en cause ne peut être reconnu dans un État membre participant, et ceci en vertu du droit international privé de cet État⁹⁰⁰. La solution s'approche alors de la première interprétation de l'article 13 du règlement Rome III. Qu'importe le droit interne des États membres participants, les juridictions de ces États peuvent décliner leur compétence dès lors que leur droit international privé interdit la reconnaissance du mariage, et ce quel qu'en soit le motif.

577. Il apparaît ainsi qu'aucun des règlements européens de droit international privé n'aura alors vocation à assurer la circulation des relations de couple du citoyen.

⁹⁰⁰Considérant 38 du règlement applicable aux régimes matrimoniaux.

b) L'absence de circulation de la relation du couple dans le règlement « documents publics »

578. En marge des règlements relatifs aux aspects de droit international privé de la relation de couple, le droit de l'Union s'est récemment enrichi d'un règlement⁹⁰¹ en matière de circulation des documents d'état civil. Lui aussi lié à la volonté de faciliter l'exercice du droit à la libre circulation des citoyens, ce texte a pour objectif de simplifier les démarches administratives liées à l'usage de cette liberté. Il s'agit de « simplifier les conditions administratives relatives à la présentation dans un État membre de certains documents publics délivrés par les autorités d'un autre État membre »⁹⁰².

579. Les documents publics, ici, visés peuvent être de nature différente, ceux-ci pouvant être des documents émanant d'une autorité ou d'un fonctionnaire relevant d'une juridiction, des documents administratifs, des actes notariés, des déclarations officielles ou des documents établis par les agents diplomatiques ou consulaires d'un État membre⁹⁰³. Leur circulation est traditionnellement soumise aux procédures de légalisation ou d'apostille qui peuvent être lourdes et coûteuses. Si l'apostille est une version simplifiée de la légalisation et facilite la circulation des documents publics, elle nécessite tout de même des démarches administratives qui représentent une perte de temps ainsi qu'un coût parfois non négligeable.

580. Certains de ces documents publics permettent « de connaître l'état d'une personne et [de déterminer] sa position dans la société »⁹⁰⁴, en cela ils établissent l'état civil qui fonde « la condition juridique »⁹⁰⁵ de l'individu. Cet état civil doit être prouvé pour la réalisation d'une grande partie des actes de la vie quotidienne, et en particulier de ses événements les plus importants. Le séjour d'une personne dans un État dans une optique d'intégration et de construction de vie nécessite alors la possibilité de fournir ces documents. L'objectif de favoriser la libre circulation des personnes, telle qu'envisagée par

⁹⁰¹Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

⁹⁰²Considérant premier du règlement simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne

⁹⁰³Article 2 du règlement simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne.

⁹⁰⁴ LIVRE VERT Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil 14.12.2010 COM (2010) 747 final, § 4.1.

⁹⁰⁵*Ibid.*

le droit de l'Union, implique de ce fait de favoriser la circulation des documents d'état civil. Dans ce contexte, le livre vert « Moins de démarches administratives pour les citoyens »⁹⁰⁶ proposait de mettre en place une reconnaissance du « statut civil » des personnes⁹⁰⁷ en permettant la circulation des documents publics ainsi que la reconnaissance des effets de certains documents d'état civil⁹⁰⁸.

Toutefois, les résultats visés dans le livre vert n'ont pas été atteints.

581. Le règlement 2016/1191 permet de simplifier les conditions administratives imposées dans le cadre de la circulation d'un certain nombre de documents, et notamment de ceux permettant l'établissement de l'état civil d'une personne. Ce lien entre la simplification des démarches administratives et la libre circulation apparaît à plusieurs reprises dans les considérants du règlement⁹⁰⁹, qui prévoit la suppression de toute formalité pour la circulation des documents publics et de leurs copies certifiées conformes⁹¹⁰.

Certaines conditions doivent être remplies pour que le règlement soit applicable. La première tient à l'objet du document, c'est-à-dire à la nature du fait que le document établit. Selon l'article 2 du règlement, les documents relatifs à l'état conjugal des personnes, entendu dans un sens large comme l'état relatif à l'existence d'une relation de couple juridiquement reconnue, y sont soumis. Ainsi, tous les documents établissant l'existence d'un mariage, son absence, sa dissolution ou son annulation, les documents équivalents en matière de partenariat enregistré, ceux relatifs à la capacité à mariage, à conclure un partenariat ou au statut de partenariat enregistré entrent dans son champ d'application.

582. La seconde condition vise, quant à elle, l'origine de l'acte. Le règlement étant basé sur l'idée de confiance réciproque⁹¹¹, il n'est applicable ni aux documents délivrés par un État tiers, ni à leurs copies conformes établies dans un État membre.

583. En sus de la suppression de toute formalité pour la circulation des documents publics et de leurs copies certifiées conformes, le règlement prévoit la simplification des

⁹⁰⁶*Ibid.*

⁹⁰⁷*Ibid.*, § 2.

⁹⁰⁸*Ibid.*, § 2.

⁹⁰⁹Considérants 1, 3 et 19 du règlement simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne.

⁹¹⁰Article 4 du règlement simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne.

⁹¹¹Considérant 3 du règlement simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne.

formalités relatives à la traduction des dits actes et des formulaires multilingues. En vertu de ce texte, l'État où est présenté le document public ne peut demander de traduction que dans deux situations, lorsque le document n'est pas établi dans la ou l'une des langues officielles ou expressément acceptées par celui-ci ou, si le document est accompagné d'un formulaire multilingue, lorsque le formulaire ne comporte pas toutes les informations nécessaires pour traiter le document public⁹¹². Il ajoute que la traduction certifiée conforme, valable au regard du droit d'un État membre, doit être acceptée dans tous les autres États membres. La circulation des actes d'état civil est alors réellement facilitée et la libre circulation des personnes en ressort renforcée.

584. Pourtant ce règlement, ainsi que les règlements précédemment étudiés, montre que si « c'est bien vers un mécanisme de reconnaissance généralisée des actes publics » que le droit européen se dirige, « l'évolution, toutefois, n'est ni linéaire ni dépourvue d'ambiguïtés »⁹¹³. Elle n'est pas non plus aboutie.

585. Le premier symptôme de cet échec peut être que le fait que le règlement n'utilise jamais les termes de « reconnaissance des documents publics ». Tout au plus, il vise une fois, dans son article 11, « la circulation des documents ». Ce choix ne saurait être anodin et prend place dans un contexte particulier qu'est la controverse sur la légitimité du terme de « reconnaissance » en matière d'actes publics⁹¹⁴. De la même façon, le terme « d'acceptation », qui semble désormais être le pendant de celui de « reconnaissance » dans le droit européen de la circulation des documents publics, a disparu entre la proposition de règlement⁹¹⁵ et le règlement 2016/1191.

⁹¹²Article 6 §1 du règlement simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne.

⁹¹³E. Pataut, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 147.

⁹¹⁴P. Callé « L'acte authentique établi à l'étranger-Validité et exécution en France », *RCDIP*, 2005, p. 377 ; R. Crône, « La réception d'un acte authentique étranger en France », *Liber amicorum Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, p. 77 ; M. Kohler et M. Buschbaum, « La "reconnaissance" des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières - Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l'harmonisation des règles de conflit de lois », *RCDIP*, 2010, p. 629 ; M. Buschbaum, « La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? », *D.*, 2011, p. 1094 ; M. Buschbaum et U. Simon, « Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés », *RCIDP*, 2011, p. 801 ; C. Nourissat, P. Callé, P. Pasqualis, P. Wautelet, « Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté de sécurité et de justice », *L.P.A.*, 4 avril 2012, n°68, p. 6.

⁹¹⁵ Proposition de Règlement du Parlement Européen et du conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012. Dans cette proposition de règlement, le terme « acceptation » apparaît tant dans le titre du texte que dans son article premier visant son champ d'application. Pourtant, dans le règlement mis en place, il a complètement disparu de l'objet de l'instrument européen et a été remplacé dans son titre par l'expression de « conditions de présentation ».

586. En outre, il faut bien admettre que le système de circulation des documents mis en place dans ce texte n'aura pas les mêmes effets que la procédure d'acceptation élaborée dans les règlements relatifs au droit de la famille. Si certains auteurs⁹¹⁶ considèrent que ces règlements mettent réellement en place une reconnaissance des actes que sont les actes authentiques ou les transactions judiciaires, c'est en raison des effets qu'elle aura sur les qualités procédurales de ces actes dans les différents États membres⁹¹⁷. Cette acceptation permet, en effet, la circulation de l'authenticité, de la force probante et de l'éventuelle force de chose jugée de ces actes dans les différents États membres. Or la circulation mise en place dans le cadre du règlement 2016/1191 ne recouvre pas tous ces aspects des documents publics.

587. Les dispositions de ce texte se limitent à supprimer les formalités préalables à la « présentation »⁹¹⁸ d'un document public aux autorités d'un État membre autre que celles de l'État membre d'origine sans donner aucune information sur les effets juridiques entraînés par cette présentation. Ces questions sont reléguées à ses considérants, qui n'ont aucune réelle force juridique. Une distinction doit alors être faite entre l'authenticité de l'acte et sa force probante.

La question de l'authenticité, réglée auparavant dans l'article 7 de la proposition de règlement, est écartée du corps même de l'instrument pour n'être visée qu'au considérant 36 du texte final. En cas de doute raisonnable sur l'authenticité de l'acte, les autorités du pays d'accueil devront s'adresser à celles du pays d'origine pour qu'elles en effectuent elles-mêmes le contrôle. Si la solution reste en amont de celle prévue dans les règlements relatifs au droit de la famille, l'État d'accueil n'en reste pas moins lié par le point de vue de l'État d'origine et le règlement 2016/1191 s'approche alors de la méthode de la reconnaissance.

C'est, en réalité, au niveau du traitement de la force probante de l'acte que l'écart se creuse entre la circulation des documents publics et la méthode de la reconnaissance. En effet, « faire circuler la force probante de l'acte » constitue « l'objet premier de la reconnaissance »⁹¹⁹. Or, cette force probante est exclue du champ d'application du règlement 2016/1191. Non seulement cette question n'est pas évoquée dans les

⁹¹⁶V. sur ce point notamment E. Pataut, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », *préc.*, sp. 151.

⁹¹⁷*Ibid.*

⁹¹⁸Article 1 du règlement simplifiant la présentation de certains documents publics dans l'Union européenne.

⁹¹⁹E. Pataut, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », *préc.*, sp. 153.

dispositions de ce texte, mais la lecture de son considérant 47 permet d'en déduire l'exclusion du domaine régi par l'instrument européen⁹²⁰. Dès lors, il convient d'admettre que si ces documents voient leur circulation « extraordinairement »⁹²¹ favorisée, ils ne bénéficient pas encore d'un mécanisme similaire à celui de la reconnaissance des jugements étrangers. La question demeure alors de l'impact que le règlement peut avoir sur la circulation de la relation de couple dont l'existence est établie par ces documents. Sur cette question, la proposition de règlement était plus claire que le règlement ne l'est lui-même. L'article 2 de la proposition excluait textuellement « la reconnaissance du contenu des documents publics » de son domaine. La formulation a, aujourd'hui, un peu changé, et le texte final prévoit qu'il ne s'applique pas à la reconnaissance dans un État membre « d'effet juridique attaché au contenu de ces documents ». Si l'expression est quelque peu modifiée, l'idée sous-jacente est la même dans les deux versions. L'objectif du règlement est essentiellement de favoriser la circulation des personnes en simplifiant les conditions administratives actuelles relatives à la présentation dans un État membre de certains documents publics⁹²², et celui-ci ne « s'aventure pas directement sur le terrain » de la « reconnaissance du contenu des constatations faites »⁹²³ dans lesdits documents. Aucun mécanisme n'est alors effectivement prévu pour la circulation de la relation de couple entre les différents États membres. Celle-ci sera bien sûr facilitée par la circulation de l'acte d'état civil qui la constate, mais l'absence de définition commune des notions de mariage ou de partenariat enregistré risque de mettre à mal la circulation juridique des couples qui reste juridiquement soumise à la compétence de chacun des États membres.

⁹²⁰« Par ailleurs, les États membres devraient pouvoir maintenir ou conclure des arrangements entre deux ou plusieurs d'entre eux *pour les questions qui n'entrent pas dans le champ d'application du présent règlement, telles que la force probante des documents publics*, les formulaires types multilingues ayant une valeur juridique, la dispense de légalisation de ces formulaires et la dispense de légalisation des documents publics dans des domaines autres que ceux relevant du présent règlement. Les États membres devraient également pouvoir maintenir ou conclure des arrangements visant à simplifier davantage la circulation entre les États membres des documents publics relevant du présent règlement ».

⁹²¹E. Pataut, « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne - Reconnaissance des documents publics : vers un état civil européen ? », *RTD eur.*, 2013, p. 920.

⁹²²Considérant 1 et 3 du règlement simplifiant la présentation de certains documents publics dans l'Union européenne.

⁹²³E. Pataut, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », *préc.*, sp. 163.

Conclusion du Chapitre II

588. L'examen, ici, effectué de la jurisprudence de la Cour de justice autorise un constat. La citoyenneté de l'Union, statut fondamental de chacun des ressortissants des États membres, n'en finit pas de dévoiler ses effets.

589. C'est, en effet, par le biais de la liberté de circuler attachée à la citoyenneté de l'Union, que la Cour impose aux États membres de reconnaître certains éléments du statut personnel des citoyens. C'est, tout d'abord, le nom du citoyen que les États ont eu l'obligation de reconnaître. Ce n'est que très récemment que la Cour s'est prononcée sur la question de la reconnaissance du mariage d'un citoyen. Mais la chose est faite et l'obligation de reconnaissance a été posée.

Il faut, alors, noter que cette consécration pour retentissante qu'elle paraisse, reste très limitée à l'heure actuelle. En effet, la Cour a, dans son arrêt *Coman*⁹²⁴, pris le soin d'encadrer l'obligation qu'elle pose. Elle soulignait que l'obligation de reconnaissance n'existait que lorsqu'était en cause l'octroi d'un droit dérivé de séjour et qu'elle s'épuisait une fois le droit dérivé acquis. Il apparaît alors que la décision de la Cour n'aura qu'une portée très limitée. La reconnaissance telle qu'elle est imposée n'est qu'une reconnaissance partielle visant à l'obtention d'un effet très ponctuel : le bénéfice d'un titre de séjour. En dehors de cette question très particulière, les États n'ont pas, à l'heure actuelle, l'obligation de reconnaître les relations de couple des citoyens.

Il semble toutefois, au regard de la jurisprudence de la Cour en matière de nom, que l'éventualité de la consécration d'une obligation plus générale n'est pas à exclure. En effet, la Cour a déjà pu poser que la difficulté à prouver l'existence d'une relation de couple, causée par une divergence de noms, constituait une entrave à la libre circulation du citoyen. Il ne fait pas de doute, alors, que l'impossibilité de faire reconnaître sa relation de couple constitue une entrave similaire.

⁹²⁴CEDH, 5 juillet 2018, *Coman*, C-673/16.

Conclusion du Titre II

590. Tant la CEDH que la CJUE posent désormais des exigences de circulation de certains éléments du statut personnel des particuliers. Puisées dans le droit au respect de la vie privée et familiale ou dans la liberté de circulation du citoyen, ces exigences imposent un même résultat : la relation de couple formée par des particuliers dans un État doit pouvoir circuler dans un autre État lorsque les personnes qu'elle lie franchissent une frontière. Leur statut conjugal doit être le même des deux côtés de la frontière. Clairement établie dans la jurisprudence de la CEDH, cette solution émerge aujourd'hui dans la jurisprudence de la CJUE.

591. Il convient toutefois de noter que cette exigence de circulation des statuts conjugaux aura une portée différente selon le droit dont elle est tirée.

En effet, il apparaît, au regard de la jurisprudence de la CEDH, que le droit au respect de la vie privée et familiale impose essentiellement que la « réalité sociale » de la relation de couple traverse les frontières. L'éventuelle « transformation juridique » du statut au moment de son franchissement ne saurait constituer une atteinte à l'article 8 de la Conv. EDH.

En revanche, si l'obligation de reconnaissance des statuts de couple déduite de la liberté de circulation n'a aujourd'hui qu'une portée extrêmement limitée, il est indéniable que les justifications sur lesquelles se fonde la CJUE militent pour une conception large de la reconnaissance. De fait, si la Cour admet que les difficultés qu'un citoyen peut rencontrer dans le preuve de sa relation de famille, lorsqu'il cherche à se voir reconnaître les effets qui découlent de cette relation, peuvent constituer une entrave à sa liberté de circuler ; alors la transformation de la nature de la relation sera, elle aussi constitutive d'une telle entrave.

592. Il apparaît toutefois qu'au delà de cette divergence, les deux jurisprudences présentent un point commun fondamental : la notion de permanence ressort transformée de sa confrontation avec les exigences de circulation prônées par la CEDH et la CJUE.

Elle s'entend désormais de façon très concrète : le statut créé dans un État doit être reconnu à l'étranger. Et si les deux Cours se désintéressent, de façon générale, de toute considération liée au choix de la méthode de droit international privé mise en œuvre au niveau interne, le contrôle qu'elles opèrent impose, dans certaines circonstances, que les États écartent l'application de leurs règles de conflit, lorsque celles-ci mèneraient à des résultats contraires à ceux imposés par les exigences de circulation. En cela, il est incontestable que « la logique du droit international privé, et plus précisément celle du conflit de lois, tend [...] à être absorbée par l'idéologie des droits de l'homme ou par l'impérialisme du marché [européen] »⁹²⁵ caractérisés, eux, par une logique circulatoire.

⁹²⁵L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 353, 2001, préface Y. Lequette, sp. 112, § 172.

Conclusion de la Partie I

593. Un constat peut être fait à ce stade, il est indéniable que le droit international privé du couple est aujourd'hui marqué par une très nette dévaluation de la désignation opérée par les règles de conflit. Cette dévaluation transparaît par des biais différents selon qu'elle est examinée du point de vue des règles de droit international privé ou du point de vue des droits et libertés issus du droit européen et du droit du conseil de l'Europe, mais répond, dans tous les cas, à la même logique : le respect des prévisions de parties se voit reconnaître une importance prépondérante dans le cadre de la circulation des personnes.

594. Au regard des règles de droit international privé, il apparaît que les règles de conflit les plus récentes illustrent le « caractère relatif » que les différents législateurs reconnaissent à la désignation opérée par leurs règles de conflit. Confrontés à la perte de pertinence des éléments de rattachement — nationalité, domicile et résidence — habituellement mis en œuvre en matière de statut personnel, les législateurs français et européen ont procédé à un profond remaniement du rattachement en droit du couple. Or ce remaniement quelle que soit la forme qu'il a prise — cumul des rattachements ou mise en avant de l'autonomie de la volonté — porte une atteinte certaine à l'autorité de la loi et les particuliers peuvent désormais, directement ou indirectement, choisir la loi applicable à la formation et aux effets de leur relation.

595. Il en résulte une modification de l'équilibre auquel étaient parvenues les règles du droit international privé. La matière, appelée à résoudre les difficultés découlant du pluralisme des ordres juridiques étatiques, tend naturellement vers un objectif de « coordination »⁹²⁶, de conciliation entre des intérêts concurrents de la société internationale et des États⁹²⁷ permettant la « prise en compte de la singularité des relations

⁹²⁶F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Bruylant, 2007, sp. 26, § 4.

⁹²⁷Y. Lequette, préface de la réédition de 2002 des *Aspects philosophiques...* de Batiffol, préc.

privées internationales »⁹²⁸ sans toutefois mettre à mal la cohérence d'ordre interne⁹²⁹. Il était possible d'écrire jusqu'à présent que « l'équilibre atteint à la fin du XX^e siècle [privé], ou du moins [préservait] très largement, la cohérence de l'ordre interne »⁹³⁰. Les rattachements à la nationalité et au domicile, rattachements les plus anciennement utilisés en matière de statut personnel, ont longtemps cristallisé le point de rencontre, dans cette matière particulièrement, des intérêts étatiques et des intérêts des particuliers. Marqueurs de l'existence de liens personnels et profonds entre l'individu et l'État dont est issue la norme qui lui est appliquée, ils garantissaient d'« insérer chaque situation juridique dans l'ordre juridique qui a naturellement vocation à la régir »⁹³¹. Ainsi chaque État était assuré que « sa loi s'appliquerait aux situations qui lui sont le plus étroitement liées ». En cela, ces rattachements permettaient de protéger le sens et l'autorité de la loi, dans un domaine où les droits sont réputés être indisponibles. Comme le soulignait le Doyen Batiffol, l'interdiction de la bigamie n'aurait de sens dans les pays qui la prévoient s'il suffisait de franchir une frontière pour pouvoir contracter un mariage allant à son encontre⁹³². En parallèle, ces rattachements satisfaisaient les intérêts des particuliers sur deux points. Ceux-ci se voyaient appliquer la loi qui présentait les liens les plus étroits avec leur statut personnel, et de ce fait « évitaient l'intervention d'un droit dont l'application [aurait été pour eux] tout à fait inattendue »⁹³³, mais surtout pouvaient aspirer à la permanence de la loi applicable à ce statut.

596. Or, abandonnant ces rattachements stables afin de les remplacer par des rattachements soumis à la volonté des parties, les législateurs ont profondément modifié la donne. En effet, offrir la possibilité aux personnes de choisir directement ou de décider de se soumettre à la loi qui leur convient le mieux revient à renverser l'équilibre mis en place entre l'autorité de la loi et l'intérêt des personnes, mais aussi à transformer la notion même d'intérêts des personnes. Longtemps, cette notion était entendue comme « l'intérêt à la mise en œuvre d'une norme donnée » à l'exclusion des « intérêts substantiels » des particuliers⁹³⁴. Or, il apparaît aujourd'hui que les règles de conflits relatives au couple ne

⁹²⁸F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, préc., sp. 26, § 4

⁹²⁹Parfois rebaptisée « défense de la cohésion de la société dont l'État a la charge », v. Y. Lequette, « De la "proximité" au "fait accompli" », préc., sp. 484, § 3.

⁹³⁰S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, préc., sp. 142, § 126.

⁹³¹Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », préc., sp. 81, § 49.

⁹³²H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité*, tome I, 8^{me} édition, p. 462, § 279.

⁹³³Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », préc., sp. 81, § 50.

⁹³⁴B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2008, préf. P. Mayer, sp. 52-53, § 102-150.

visent plus la prise en compte de l'intérêt *des* personnes privées considérées comme une catégorie générale à rester soumis en tout temps à la même loi, mais celle de « l'intérêt de *la* personne prise individuellement »⁹³⁵ à bénéficier, en tout temps, du résultat concret auquel a mené l'application de la loi qu'elle a choisie. Ici, la notion d'intérêt des personnes se teinte d'une nouvelle coloration substantielle qui brouille « la distinction autrefois structurante de la justice conflictuelle et de la justice matérielle »⁹³⁶. Le constat est le même au regard de la jurisprudence de la CEDH et de la CJUE qui, dépassant les logiques traditionnelles du droit international privé, construisent leur raisonnement sur le fondement de considérations strictement matérielles. C'est, en effet, pour répondre aux besoins de la liberté de circulation et du droit au respect de la vie privée et familiale que les deux Cours écartent, dans les affaires qui leur sont présentées, les mécanismes habituels du droit international privé, et plus particulièrement le jeu des règles de conflit étatiques.

Il apparaît alors que la désignation conflictuelle subit des assauts tant de la part du législateur français et de la part des deux juridictions supranationales.

597. Faut-il, pour autant, en déduire que la notion de permanence telle qu'elle est entendue aujourd'hui, impose l'élaboration d'une nouvelle méthode évinçant les règles de conflit du for lorsqu'il est confronté à la question de la circulation des statuts de couple étrangers ? La réponse semble, sur ce point, devoir être négative. En effet, ni la CEDH ni la CJUE n'imposent un tel bouleversement. Elles se désintéressent, toutes deux, des mécanismes mis en place dans le droit international privé de chacun des États pour se concentrer sur le résultat auquel aboutit l'application de ses règles. Ce qui importe à leurs yeux est que le statut de couple circule entre les États. Or, il apparaît que les nouvelles règles de conflit applicables, en France, à la circulation des relations de couple répondent à la nouvelle conception de la permanence du statut. En effet, elles assurent, tant en matière de mariage qu'en matière de partenariats enregistrés, la reconnaissance de la validité des statuts étrangers.

598. Il est possible alors d'affirmer que si l'évolution de la notion de permanence peut fournir un terreau propice aux réflexions visant à une évolution méthodologique du droit international privé, elle ne saurait suffire, à elle seule, à commander la mise en œuvre

⁹³⁵L. Gannagé, « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *Archi. Phil. du droit*, 2014, vol. 57, p. 229, sp. 235. V. aussi, du même auteur, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI*, 2013, vol. 357, préc. sp. 371-372, § 177-178.

⁹³⁶S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, préc., sp. 138, § 121.

d'une méthode de reconnaissance dans le cadre de la circulation des statuts de couple. Il serait, toutefois, prématuré de considérer, à ce stade du raisonnement, comme inutile l'abandon des règles de conflits en la matière. En réalité, le choix de soumettre la réception en France des statuts étrangers à une méthode de reconnaissance ou à la méthode conflictuelle suppose, au préalable, de définir les modalités d'application de la reconnaissance lorsqu'elle doit être mise en œuvre en matière de statuts de couple.

Partie 2 :

L'application de la méthode aux statuts de couple

599. Une fois admis que les évolutions subies par le droit international privé peuvent justifier l'émergence de questionnements méthodologiques sans pour autant légitimer, à elles seules, une « révolution méthodologique »⁹³⁷, la question se pose de savoir s'il convient d'abandonner toute idée de reconnaissance des statuts de couple.

600. Sur ce point, il apparaît qu'une partie de la doctrine présente la proximité existant entre les décisions, dont il est acquis qu'elles sont soumises à la méthode de la reconnaissance, et les situations déjà créées à l'étranger comme argument expliquant que toutes soient soumises à une méthode similaire⁹³⁸. Ce serait alors la cristallisation des statuts de couple, à laquelle est attachée une force normative, qui leur permettrait de bénéficier de la logique circulatoire portée par la méthode de la reconnaissance⁹³⁹.

Si là réside la nécessité d'appliquer la logique de la reconnaissance hors de son domaine originel, il apparaît que cette application ne relève pas de la « nécessité logique », mais résulte d'un simple « choix de politique législative »⁹⁴⁰. En effet, ainsi que le soulignait le Professeur Bollée, la mise en œuvre d'un mécanisme de reconnaissance en matière de décisions n'était pas « logiquement imposée par une caractéristique » propre à ces décisions, mais portée par « un parti pris méthodologique »⁹⁴¹ visant à en assurer la circulation la plus efficace possible. De fait, la règle de conflit est restée pendant longtemps « le vecteur de l'efficacité »⁹⁴² des décisions étrangères avant que celle-ci soit soumise à la méthode de la reconnaissance⁹⁴³. Or, si l'application d'une logique de reconnaissance aux situations cristallisées à l'étranger repose sur la seule proximité existant entre ces situations et les décisions, il faut bien admettre qu'il ne saurait s'agir, cette fois encore, que d'un choix de politique législative.

⁹³⁷ Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *préc.*, sp. 571, § 359.

⁹³⁸ P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance de droit international privé », *préc.*, sp. § 29 ; S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. 322, § 12 ; E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 80 ; V. op. cont., Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *préc.*, sp. 569, § 359 s.

⁹³⁹ S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. 337, § 25.

⁹⁴⁰ E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 81.

⁹⁴¹ S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. 320, § 11.

⁹⁴² B. Ancel, « Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères », *Riv. Di dir. Int. E proc.*, 1992, p. 201, sp. 214.

⁹⁴³ V. sur ce point le commentaire de l'arrêt Bulkley, Cass., 28 février 1860, *GAJDIP*, *préc.*, n° 4 ; V. sur la systématisation de la méthode de la reconnaissance dans le cadre des jugements étrangers P. Mayer, *La distinction entre les règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, préf. H. Batiffol.

601. Il paraît alors incontestable que l'opportunité d'un tel choix ne saurait être appréciée sans examiner les avantages concrets qu'il apporterait par rapport à la situation actuelle.

Ce qui suppose nécessairement de poser précisément le cadre de l'application de la méthode aux situations créées à l'étranger. En effet, il n'existe, en la matière, que peu de certitudes⁹⁴⁴. Le seul point de consensus entre les auteurs favorables à la reconnaissance des situations étrangères est que la méthode de la reconnaissance suppose l'éviction des règles de conflit du for lorsqu'il est amené à se prononcer sur la validité d'un statut créé à l'étranger. La nature⁹⁴⁵ même de la méthode reste discutée entre les auteurs considérant qu'appliquée hors du domaine des jugements, elle relève de la méthode du conflit de lois⁹⁴⁶ et ceux qui y voient une extension de la méthode de la reconnaissance des jugements⁹⁴⁷. De même, les conditions entourant la reconnaissance, comme la portée qui doit lui être octroyée, font encore l'objet de débats doctrinaux.

602. Or si les règles de conflit applicables aux statuts de couple étranger assurent que leur validité puisse être reconnue en France, il apparaît que certaines difficultés relatives à la circulation de leurs effets restent irrésolues. En outre, la mise en œuvre de ces règles ne permet pas au for d'accueil d'encadrer les conditions dans lesquelles les parties ont pu obtenir la formation de leur statut à l'étranger. En cela, il est possible de dire que les règles de conflit sont à la fois lacunaires et trop laxistes lorsqu'elles sont appelées à réguler la circulation des couples étrangers. Il est alors nécessaire de vérifier si une juste définition des conditions et de la portée de la reconnaissance pourrait pallier ces difficultés.

603. Il convient dès lors de préciser les conditions qui doivent être réunies pour que le statut de couple étranger puisse être reconnu (Titre I) avant de définir la portée que la reconnaissance pourra se voir octroyer (Titre II).

⁹⁴⁴Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *préc.*, sp. 575, § 362.

⁹⁴⁵V. sur ce point, L. d'Avout, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *TCFDIP*, 2014-2016, p. 215, sp. 218, § 4.

⁹⁴⁶V. sur ce point, P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 548 ; du même auteur, « La reconnaissance : notion et méthodes » in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 27, sp. 32.

⁹⁴⁷S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *préc.* ; E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp.80.

Titre I - Les conditions posées à la reconnaissance

604. Si la méthode de la reconnaissance se veut libérale, elle ne saurait être laxiste⁹⁴⁸. La méthode, qui prend la « forme simple d'une *alternative* entre l'acceptation ou le rejet [...] d'une norme, dont l'identité est au départ connue »⁹⁴⁹ ne doit pas être assimilée à une obligation de reconnaître tous statuts cristallisés à l'étranger. Le for de reconnaissance se doit de garder la possibilité de reconnaître *ou* de ne pas reconnaître le rapport de droit qui lui est présenté. Il lui appartient alors de définir les conditions dont il exige la réalisation aux fins de reconnaissance.

605. La définition de ces conditions suppose de garder à l'esprit l'objectif de la méthode de la reconnaissance : assurer la circulation des statuts tels qu'ils ont été envisagés dans leur ordre juridique d'origine, c'est-à-dire de permettre « l'alignement de la réalité juridique sur la situation de fait »⁹⁵⁰. Ainsi que l'écrit le Professeur Mayer, la méthode est « inspirée par le souci du respect des prévisions des parties »⁹⁵¹. Les conditions prévues devraient alors être suffisamment souples pour parvenir à ce résultat. Toutefois, il faut bien admettre que la nécessité de protéger la cohérence du for ne disparaît pas en raison de la seule volonté de garantir le respect des prévisions légitimes des particuliers. Dès lors, ces conditions, bien que souples, ne sauraient être trop permissives. Il convient de réussir à mettre en place un équilibre entre la protection des intérêts des parties, entendus comme le respect de leurs prévisions légitimes, et ceux de l'État de reconnaissance.

606. Il est alors utile de rappeler, à ce stade, la proximité étroite existant entre la reconnaissance des décisions et celle des situations, les deux constituant « les deux faces d'une même pièce »⁹⁵². Cette proximité autorise alors à puiser dans les conditions liées à la première des pistes lors de la détermination des conditions attachées à la seconde.

607. Il apparaît que les conditions posées peuvent être regroupées en deux ensembles, les conditions liées à la formation et à la nature du statut de couple (Chap. I) et celles

⁹⁴⁸P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 438.

⁹⁴⁹P. Mayer et B. Heuzé, *Droit international privé*, 8e édition, Montchrestien, 2004, n° 360 (Le mot en italique l'est dans le texte).

⁹⁵⁰P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 464.

⁹⁵¹*Ibid.*

⁹⁵²S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. § 15.

associées aux liens qu'il entretient avec ses ordres juridiques de création et de reconnaissance (Chap. II).

Chapitre I - Les conditions liées à la formation et à la nature du statut de couple

608. Les conditions, ici, évoquées concernent les caractéristiques intrinsèques du statut, ces caractéristiques devant être appréciées à l'égard de l'ordre juridique créateur du statut, mais aussi à l'égard de son ordre juridique de reconnaissance. En effet, pour qu'un statut de couple puisse être reconnu dans un État, pour que la question de sa reconnaissance se pose, il faut nécessairement qu'il « existe » dans un autre État. Il faut, en d'autres termes, qu'il ait été valablement cristallisé dans cet État (Section I). Toutefois, cette existence ne saurait suffire à justifier sa réception dans son ordre juridique de reconnaissance. Avant de décider d'« accepter » le point de vue concret émis à l'étranger, le for doit pouvoir contrôler que celui-ci est recevable dans son ordre juridique (Section II).

Section I - Les statuts de couple valablement cristallisés à l'étranger

609. L'idée de distinguer, sur plan de la méthode, les situations déjà créées à l'étranger de celles qui doivent l'être n'est pas nouvelle en droit international privé. Le diptyque de l'ordre public plein et de l'ordre public atténué offre l'exemple, en droit positif, d'une logique similaire. La théorie des droits acquis, développée par Pillet, s'appuyait, de la même façon sur une séparation entre les droits acquis et le conflit de lois⁹⁵³. La théorie avait été critiquée par Savigny⁹⁵⁴, notamment, en ce que la caractérisation du droit supposait la recherche de la loi applicable à son « acquisition », ce qui rendait toute distinction inutile. La difficulté de déterminer avec précision les situations dans lesquelles un droit avait été acquis constituait « le vrai talon d'Achille de la doctrine »⁹⁵⁵ proposée par Pillet. Il apparaît alors que la délimitation des situations soumises à la méthode de la reconnaissance présente une importance capitale pour l'avenir de la méthode.

⁹⁵³A. Pillet, « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, 1925, t. 8, sp. 485.

⁹⁵⁴Savigny, *Traité de droit romain*, T. VIII., réimp. éd. Panthéon-Assas, 2002, sp. 131, § 361.

⁹⁵⁵Ch. Pamboukis, « La reconnaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 16.

610. En effet, l'idée de soumettre les situations déjà existantes à une logique de reconnaissance soulève une question épineuse. Développer un nouveau critère de distinction, suppose, afin de rendre cette distinction opérationnelle, de définir ce critère. Or « l'«existence d'un rapport juridique» n'est pas méthodologiquement claire »⁹⁵⁶. Les incertitudes quant à la détermination des situations soumises à la reconnaissance ont ainsi pu être présentées comme suffisamment importantes pour justifier l'abandon de cette soumission⁹⁵⁷. De fait, « la difficulté d'établir avec précision, objectivement, quand un droit ou mieux un rapport juridique est *existant* »⁹⁵⁸ pourrait se révéler être, comme en matière de droit acquis, le talon d'Achille de la méthode de la reconnaissance des situations. C'est alors dans la notion de « situation cristallisée » qu'il convient de puiser le critère de distinction permettant de mettre en œuvre la méthode (§ I). Il apparaît de plus essentiel que cette cristallisation ait mené à la formation d'un statut valable dans son ordre juridique d'origine (§ II).

§ I - Un statut de couple cristallisé dans son État d'origine

611. Ainsi que l'a souligné le Professeur Mayer, l'une des craintes que peut réveiller la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance est qu'elle mène concrètement « à transformer directement en situations de droit des situations de fait, pourtant malaisées à cerner et à localiser »⁹⁵⁹. De fait, « les droits subjectifs n'étant pas des réalités naturelles, mais le produit du droit objectif »⁹⁶⁰, le risque serait de reconnaître des situations de fait auxquelles aucun droit objectif n'a été appliqué et de leur octroyer, dans leur ordre juridique de reconnaissance, une existence juridique qu'elles n'ont pas dans leur ordre juridique d'origine. Pour pallier cette difficulté, le Professeur Mayer propose de poser comme critère d'application de la méthode de la reconnaissance que la situation ait été cristallisée dans son État de formation. C'est alors la cristallisation d'un statut à l'étranger qui emportera l'éviction du jeu des règles de conflit du for (A). Une fois admis ce point, il

⁹⁵⁶Ch. Pamboukis, « La reconnaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 24.

⁹⁵⁷G. Escudey, *Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple*, th. dactyl., Université de Bordeaux, 2016, sp. 163.

⁹⁵⁸Ch. Pamboukis, « La reconnaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 16.

⁹⁵⁹P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 438.

⁹⁶⁰*Ibid.*

convient de déterminer quels modes de cristallisation peuvent être retenus pour justifier la mise en œuvre de la logique circulatoire (B).

A. La cristallisation de la relation de couple comme limite au jeu des règles de conflit

612. S'il n'existe aucun consensus sur les conditions de la reconnaissance ni sur ses effets, il existe une certitude partagée par tous les auteurs en la matière. Tous les procédés relevant de la méthode de la reconnaissance supposent l'éviction de la règle de conflit du for d'accueil lors de l'appréciation des situations constituées à l'étranger. Cette éviction résulte de la prise en considération de la différence considérée comme fondamentale entre les situations que le for doit créer et les autres, déjà formées dans un autre ordre juridique. Ce serait, ainsi, la distinction entre la création de la situation et son efficacité qui poserait désormais la ligne de démarcation entre les situations soumises aux règles de conflit du for et celles relevant des mécanismes confirmatifs liés à la reconnaissance (1), la notion de cristallisation permettant alors de déterminer dans quels cas une situation peut être considérée comme déjà créée à l'étranger (2).

1. La distinction entre la création et l'efficacité de la situation : nouvelle *summa divisio* du droit international privé

613. La distinction entre « la création des droits et leur efficacité hors de l'ordre juridique qui leur a donné naissance » a été présentée par le Professeur Lagarde comme la nouvelle « véritable division interne » du droit international privé⁹⁶¹. Elle remplacerait alors la division traditionnellement décrite « entre conflit de lois et conflit de juridictions »⁹⁶² et justifierait l'éviction de la règle de conflit du for lorsque le litige porte sur l'efficacité d'une situation déjà formée à l'étranger.

⁹⁶¹P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », Conférence inaugurale, *RCADI*, 2014, t. 371, p. 19, sp. 20.

⁹⁶²*Ibid.*

614. Plusieurs arguments ont été avancés par la doctrine pour expliquer cette éviction de la règle de conflit face aux situations créées dans un autre État. Le premier est lié au rattachement du couple en droit international. Nous l'avons vu, le droit international en la matière est désormais marqué par une dévaluation certaine de la désignation conflictuelle. Les règles de conflit applicables au mariage et au partenariat n'ont plus pour objectif de rattacher le rapport de droit à un ordre juridique compétent au regard des liens qu'il entretient avec le couple. Le but qu'elles poursuivent est désormais d'assurer la formation de la relation pour tous les couples qui le désirent. Ainsi que le soulignait le Professeur Romano, « dans bien des cas, la règle de conflit classique n'a pas pu être préservée par le for lors de la reconnaissance de situations étrangères, parce qu'il s'en était déjà départi lors de l'établissement d'une situation de même type chez lui »⁹⁶³. C'est, pour cet auteur, l'acceptation de la relativité de sa désignation conflictuelle qui amène le for à abandonner sa règle de conflit au moment de la reconnaissance d'une situation déjà créée à l'étranger.

En parallèle, le Professeur Pamboukis souligne l'inadaptation de la règle de conflit à la gestion des rapports de droit déjà formés. La règle de conflit a vocation à identifier *in abstracto et a priori* le « siège naturel du rapport de droit » afin de déterminer la loi qui lui sera applicable. Pour ce faire, elle le rattache, par le biais d'un élément de « rattachement », à l'ordre juridique dont la loi sera appliquée. En cela, la règle de conflit a « une fonction de localisation » du rapport de droit potentiellement lié à différents ordres juridiques. En revanche dès que le rapport a été consacré, il a déjà été rattaché à *un* ordre juridique par l'application de ses normes. Le mariage célébré devant l'officier de l'état civil grec est « un mariage grec », « l'existence du rapport »⁹⁶⁴ l'enracine dans un ordre juridique particulier et rend la recherche de la loi applicable inutile. Dès lors, la question de sa localisation ne se pose plus et ne reste plus que celle de sa confirmation⁹⁶⁵. Or, « il n'appartient pas à la règle de conflit d'affirmer quand un rapport juridique étranger, déjà existant, est bien existant. La règle de conflit n'a pas, congénitalement, une fonction de confirmation de l'existence d'un rapport juridique »⁹⁶⁶ et doit donc être écartée dans ces hypothèses.

⁹⁶³G. P. Romano, « La bilatéralité éclipée par l'autorité : Développements récents en matière d'état des personnes », *préc.*, sp. 488, § 25.

⁹⁶⁴Ch. Pamboukis, « La reconnaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 39.

⁹⁶⁵*Ibid*, § 14.

⁹⁶⁶*Ibid*, § 15.

La même idée est avancée par le Professeur Quinones Escamez⁹⁶⁷ qui opère, elle aussi, une distinction entre « la constitution ou la formation [...] à travers un acte public [...] d'un lien juridique conjugal déterminé pour un couple déterminé » et « la reconnaissance de l'acte public étranger et la détermination du cadre de son efficacité extraterritoriale »⁹⁶⁸. Si les premiers relèvent, selon elle, de la méthode conflictuelle qui « implique la nécessité de localiser la relation juridique avec élément d'extranéité », les seconds « soulèvent la question de la reconnaissance de [l'efficacité] extraterritoriale »⁹⁶⁹.

615. La distinction entre les situations déjà créées et celles dont la formation est demandée au for s'appuie, selon le Professeur Bollée sur une logique similaire à celle des postulats, désormais classiques, énoncés par le Professeur Mayer. Dans sa thèse, l'auteur démontrait que tous les ordres juridiques prévoient des règles ayant vocation à répondre à n'importe quelle question de droit privé⁹⁷⁰. Dès lors, chaque ordre juridique a un point de vue sur une situation donnée et chacun de ces points de vue a égale vocation à être pris en compte pour cette situation. Il existe alors un conflit de points de vue, ou en d'autres termes un *conflit de lois* qui ne saurait être résolu que par un *choix de loi*⁹⁷¹. La multiplicité des points de vue en concurrence impose de localiser le rapport de droit afin de déterminer lequel sera finalement retenu. En revanche, une fois qu'un ordre juridique a émis une décision concernant un rapport de droit particulier, cette décision a une vocation supérieure à régir ledit rapport de droit. Les décisions se situant à un niveau supérieur, elles ne peuvent être en conflit avec les règles. Le conflit disparaît dès lors qu'il n'existe, en général, qu'une seule décision pour un même rapport de droit. Il n'est plus nécessaire de départager plusieurs points de vue concurrents en localisant le rapport de droit et « la question prend [...] la forme simple d'une *alternative* entre l'acceptation ou le rejet [...] d'une norme, dont l'identité est au départ connue »⁹⁷². Or, ainsi que le souligne le Professeur Bollée, un mariage n'est normalement célébré que dans un seul État⁹⁷³. Ainsi, dès lors qu'il existe une décision ou qu'un mariage (mais cela vaut aussi pour les partenariats enregistrés) existe, la nécessité de la localisation s'efface au profit d'une

⁹⁶⁷A. Quinones Escamez, « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *RCDIP*, 2007, p. 357, sp. 366 et 367.

⁹⁶⁸*Ibid.*

⁹⁶⁹*Ibid.*, sp. 367.

⁹⁷⁰P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, préface H. Battifol, 1973, § 102.

⁹⁷¹P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, préc.*, § 116.

⁹⁷²P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, préc.*, § 129 s.

⁹⁷³S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. 316, § 8.

logique de confirmation. Dans les deux cas, cette logique de la confirmation s'impose par le caractère unique du point de vue exprimé par l'ordre juridique étranger.

616. Il apparaît alors que « le rapprochement [ici opéré] entre reconnaissance des situations et reconnaissance des décisions semble susceptible de remettre en cause une distinction canonique »⁹⁷⁴ entre les situations soumises aux conflits de lois et les décisions relevant de la méthode de la reconnaissance. La distinction ne se fait plus, dans cette hypothèse, au regard du mode de création de la situation, mais du seul fait de sa création.

Il suffit qu'il existe « un point de vue concret » émanant d'un ordre juridique étranger, ayant vocation à être reconnu dans l'ordre juridique d'un autre État. C'est l'un des traits caractéristiques de la méthode qui a pour objet la « consécration par l'ordre juridique du for d'un point de vue concret extérieur à lui-même »⁹⁷⁵, en d'autres termes, il suffit que le rapport de droit ait été cristallisé dans son État d'origine.

2. La cristallisation de la situation : marqueur de l'existence de la situation dans son ordre juridique d'origine

617. La notion de « cristallisation »⁹⁷⁶ a été mise en lumière par le Professeur Mayer dans son article aux Mélanges en l'honneur du Professeur Lagarde. L'auteur écrivait alors que « le point de vue concret susceptible de reconnaissance, quoique virtuel, doit avoir déjà été "cristallisé" d'une façon ou d'une autre, et [que] c'est en raison de cette cristallisation que la question de la reconnaissance se pose »⁹⁷⁷. S'il ne définit pas la « cristallisation » d'une situation, il en donne des exemples comme l'intervention d'une autorité publique, la possession d'état ou le prononcé d'une sentence arbitrale⁹⁷⁸. Le Professeur Pataut donne, lui, une définition de la notion dans son intervention aux Travaux du comité français du droit international privé⁹⁷⁹. « La cristallisation est le mécanisme par lequel l'ordre juridique d'origine de la situation a adopté un point de vue concret, sur la base duquel les parties ont formé des prévisions légitimes et qu'il est demandé à l'ordre juridique d'accueil de

⁹⁷⁴E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 79.

⁹⁷⁵P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 562, § 28.

⁹⁷⁶*Ibid.*, sp. 562, § 29.

⁹⁷⁷*Ibid.*

⁹⁷⁸*Ibid.*

⁹⁷⁹E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 80.

reconnaître »⁹⁸⁰. Cette cristallisation permet « d'objectiver » le « rapport de droit *privé, concret et existant, effectif* » dans un ordre juridique donné⁹⁸¹, ou en d'autres termes de l'y enraciner⁹⁸².

618. Cette exigence de cristallisation est reprise par un grand nombre d'auteurs. Il n'en demeure pas moins de profondes divergences quant à la détermination des modes de cristallisation permettant l'application de la méthode de la reconnaissance.

Certains auteurs optent pour une conception restrictive de la cristallisation, qui ne pourrait résulter que de l'intervention d'une autorité publique. Ainsi, le Professeur Quinones Escamez distingue entre la « constitution ou la formation (création du droit) à travers un acte public » et la « reconnaissance de l'acte public étranger »⁹⁸³. Il apparaît alors que selon l'auteur, seules les relations de couple qui ont été cristallisées par l'émission d'un acte public peuvent bénéficier de la méthode de la reconnaissance, les autres restant soumises au conflit de lois. Le professeur Bollée reprend la même distinction et seuls les « points de vue normatifs émanant d'États dont les organes sont intervenus pour déclencher un certain effet juridique, "officialisant" ainsi la situation aux yeux des intéressés »⁹⁸⁴ relèvent de la logique circulatoire de la reconnaissance. L'auteur soulevait alors la similarité existant entre les décisions et les situations cristallisées par l'intervention d'une autorité publique. De la même façon qu'il n'existe, en général, qu'un jugement prononçant le divorce d'époux, un couple ne se marie ou n'enregistre un partenariat, dans la grande majorité des cas, que dans un seul État. « À cet égard, rien ne distingue les hypothèses où l'intervention de l'agent étatique s'est traduite par l'édiction d'une véritable décision de celles où elle n'a eu qu'un résultat plus modeste »⁹⁸⁵. Le Professeur Bollée, comme le Professeur Quinones Escamez, estime alors que « la ligne de partage méthodologique initialement dessinée par [les travaux du Professeur Mayer] mérite d'être déplacée : la même méthode devrait normalement s'appliquer aux décisions et à d'autres types de points de vues normatifs »⁹⁸⁶ fondés sur un acte public. La méthode de la

⁹⁸⁰*Ibid.*

⁹⁸¹Ch. Pamboukis, « La reconnaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 39.

⁹⁸²*Ibid, préc.*, § 60.

⁹⁸³A. Quinones Escamez, « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *préc.*, p. 366.

⁹⁸⁴S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. 322, § 12.

⁹⁸⁵*Ibid*, sp. 317, § 8.

⁹⁸⁶*Ibid*, sp. 322, § 12.

reconnaissance des décisions « absorbe » celle de la méthode des situations⁹⁸⁷. Le Professeur Pataut, qui lui aussi limite la méthode de la reconnaissance aux situations cristallisées « par l'intervention d'une autorité publique »⁹⁸⁸, considère de la même façon que la reconnaissance des situations « est bien une méthode différente du conflit de lois et se rapproche, au contraire, de la reconnaissance des jugements »⁹⁸⁹. La différence entre les deux méthodes serait alors « en voie d'abolition »⁹⁹⁰.

Pour d'autres auteurs, en revanche, la reconnaissance des situations ne saurait être intégrée à celle de la reconnaissance des décisions. Ainsi, le Professeur Mayer, qui admet que la cristallisation puisse résulter d'une possession d'état — la cristallisation se faisant alors de façon progressive⁹⁹¹ — ou de l'énoncé d'une sentence arbitrale, considère qu'en l'absence de décision, la reconnaissance de la situation « ne peut être que l'une des méthodes de résolution du conflit de lois »⁹⁹². L'auteur opère une distinction entre les décisions et les situations cristallisées par un autre biais. Les premières, qu'elles soient prises par une autorité juridictionnelle, politique ou administrative,⁹⁹³ relèvent du conflit de juridictions, les secondes restent du domaine du conflit de lois. Bien que leur reconnaissance « imite en quelque sorte par divers traits, dont la réunion rend légitime l'emploi du mot "reconnaissance" », celle des décisions, ces situations relèvent d'une méthode qui « se situe [...] sur l'autre versant du droit international privé que la méthode de la reconnaissance des décisions »⁹⁹⁴. La distinction entre les deux méthodes repose sur l'existence d'un support présentant un « effet décisionnel »⁹⁹⁵.

619. Le Professeur Pamboukis procède, lui aussi, à une distinction entre différentes formes de reconnaissance, mais place le critère de distinction à un autre niveau. Selon lui, les « rapports juridiques consacrés, actes quasi publics, » relèvent de la méthode de la reconnaissance « en raison principalement de la cristallisation opérée par l'intervention dans le rapport privé d'une autorité publique étrangère »⁹⁹⁶. En revanche, « les rapports

⁹⁸⁷A. Quinones Escamez, « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *préc.*, sp. 369.

⁹⁸⁸E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 80.

⁹⁸⁹*Ibid.*

⁹⁹⁰*Ibid.*, sp. 79.

⁹⁹¹P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 362, § 29.

⁹⁹²*Ibid.*, sp. 360, § 26.

⁹⁹³*Ibid.*, sp. 350, § 10.

⁹⁹⁴*Ibid.*, sp. 360, § 26.

⁹⁹⁵*Ibid.*, sp. 352, § 12.

⁹⁹⁶Ch. Pamboukis, « La reconnaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 49.

effectivement créés en dehors de toute intervention d'une autorité publique »⁹⁹⁷ correspondent à une autre forme de reconnaissance : la méthode de la relevance. Cette relevance « vise également à la reconnaissance d'un rapport juridique déjà constitué, mais avec cette différence que ce rapport existant, privé et concret, ne bénéficie pas d'un support matériel. La reconnaissance consiste ici alors essentiellement à étendre son existence, si l'ordre juridique d'origine est admis comme relevant (ce qui n'est pas une recherche de type conflictuel, mais une règle de confirmation) par l'ordre juridique de la reconnaissance »⁹⁹⁸. Se pose alors la question de savoir comment, en l'absence de tout acte public, une situation peut être considérée comme cristallisée. Le Professeur Pamboukis énonce alors que « la création d'un état (marié, divorcé, etc.) reconnu effectif en raison de l'apparence créée » peut être constitutive d'une telle cristallisation⁹⁹⁹. C'est alors « la durée du rapport dans le temps et un espace donné au sein d'un même ordre juridique, durée productrice des effets et qui crée une apparence, une croyance commune si forte que sa négation perturbe l'ordre des choses »¹⁰⁰⁰ qui justifie le recours à la méthode de la relevance. Alors que le Professeur Mayer distingue selon que la situation a été cristallisée ou non par une décision, c'est, selon le Professeur Pamboukis, l'existence d'un support matériel qui permet de déterminer si une situation créée à l'étranger doit relever de la méthode de la reconnaissance ou de celle de la relevance.

620. Il apparaît, alors, que la soumission des situations à une méthode de reconnaissance résulte d'une évolution de la justification de la logique de la reconnaissance, ceci permettant son application à des situations cristallisées sans décision.

B. Les modes de cristallisation des statuts de couple

621. Le domaine originel de la méthode de la reconnaissance est celui des décisions étrangères. Le Professeur Mayer plaçait, dans sa thèse¹⁰⁰¹, la ligne de partage entre la méthode de la reconnaissance et la méthode conflictuelle entre les situations consacrées par

⁹⁹⁷*Ibid*, § 58.

⁹⁹⁸*Ibid*, § 37.

⁹⁹⁹*Ibid*, § 61.

¹⁰⁰⁰*Ibid*, § 63.

¹⁰⁰¹P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, préc.*

une décision et les autres. Seule l'existence d'une décision, entendue comme « un acte individuel pourvu d'une vocation normative et portant sur un rapport de droit privé »¹⁰⁰², pouvait entraîner l'éviction des règles de conflit. L'emploi de la méthode était, alors, commandé par la structure de la norme en présence¹⁰⁰³.

Ainsi que le démontrait l'auteur dans sa thèse, le prononcé d'une décision dans un ordre juridique entraîne une « novation de la source normative des droits subjectifs »¹⁰⁰⁴. La situation consacrée dans la décision n'est plus régie par une règle de droit (abstraite et hypothétique), mais par la norme individuelle (concrète et catégorique)¹⁰⁰⁵ énoncée par la décision, qu'il s'agisse d'un jugement contentieux, d'un jugement gracieux ou d'une décision émise par un organe de type politique ou administratif¹⁰⁰⁶. Or cette norme individuelle présente des caractéristiques différentes de celles des normes générales. En effet, les deux types de normes se situent sur deux plans différents¹⁰⁰⁷ et ne peuvent avoir vocation à régir la même question de droit¹⁰⁰⁸. La norme individuelle « est la source de la situation juridique en cause dans le litige », il n'y a, dès lors, plus lieu « de déduire la situation de la règle de droit »¹⁰⁰⁹. L'« effet normatif »¹⁰¹⁰ que la décision, qui fixe la situation substantielle des parties, se voit reconnaître dans son ordre juridique d'origine « fait écran »¹⁰¹¹ à la détermination de la norme générale. La reconnaissance est, dans ces hypothèses, « recommandée par le double respect des prévisions des parties et de l'autorité de la décision »¹⁰¹². Elle « repose entièrement sur l'effet normatif du jugement étranger » qui est « particulièrement digne de considération » dans la mesure où la décision « constitue pour [les parties] une base de prévisions légitimes et certaines »¹⁰¹³. C'est alors à la fois le « caractère décisionnel » de l'acte étranger par lequel l'autorité impose un état de droit nouveau qu'elle a créé¹⁰¹⁴ et les prévisions de parties qui reposent sur l'acte qui justifient la logique circulatoire du jugement.

¹⁰⁰²D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé Partie générale*, Thémis, Paris, PUF, 2007, sp. 223.

¹⁰⁰³Ch. Pamboukis, « La reconnaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 34.

¹⁰⁰⁴A. Bilyachenko, *La circulation internationale des situations juridiques*, *préc.*, sp. 81, § 105.

¹⁰⁰⁵*Ibid.*

¹⁰⁰⁶P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.* § 10.

¹⁰⁰⁷S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. 317, § 9.

¹⁰⁰⁸P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, *préc.*, § 131.

¹⁰⁰⁹P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 351, § 8.

¹⁰¹⁰Le terme d'« effet normatif » est le terme choisi par P. Mayer, mais la doctrine utilise de la même façon les expressions d'« efficacité substantielle » ou d'« effet substantiel ».

¹⁰¹¹A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, *préc.*, sp. 423, § 1110.

¹⁰¹²P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 362, § 29.

¹⁰¹³*Ibid.*, sp. 352, § 9.

¹⁰¹⁴*Ibid.*, sp. 352, § 12.

622. Admettre l'extension de la logique circulatoire à des situations cristallisées par un acte qui n'a pas de caractère décisionnel suppose d'accepter que l'application de la méthode puisse reposer sur la seule volonté de respecter « les prévisions des personnes sur l'efficacité de leur statut individuel et familial, tel que concrétisé dans un ordre juridique donné »¹⁰¹⁵. Ce parti pris méthodologique, qui peut être critiqué, fait, en réalité, parfaitement écho aux évolutions du droit international privé contemporain.

623. Il n'en demeure pas moins que le choix d'accorder la même protection aux prévisions basées sur l'existence d'un jugement et celles résultant d'une autre forme de cristallisation peut être discuté. En effet, les décisions présentent une particularité fondamentale qui les distingue des autres modes de cristallisation. Rendues à la suite d'une procédure contradictoire par un organe indépendant et impartial¹⁰¹⁶, elles se voient reconnaître une présomption irréfragable de vérité¹⁰¹⁷. Une fois qu'elle a acquis l'autorité de force jugée, c'est-à-dire une fois épuisées les voies de recours, la décision a « force de vérité légale ». Son contenu se voit reconnaître « une force de vérité à l'égal de la loi »¹⁰¹⁸ qui rend « extrêmement difficile sinon impossible sa remise en cause dans son ordre juridique d'origine »¹⁰¹⁹. Cette « immutabilité »¹⁰²⁰ de la situation créée par une décision justifie alors que soit accordée « une protection particulière aux prévisions qu'auront formées les parties »¹⁰²¹ sur sa validité. À l'inverse, « la présomption de régularité qui s'attache à l'intervention de l'autorité publique n'a rien d'irréfragable »¹⁰²² et la validité d'un mariage célébré ou d'un partenariat enregistré par un officier de l'état civil (ou par un notaire) peut être contestée. Ainsi, la violation des conditions de formation de ces statuts peut être sanctionnée par leur annulation. Il est, dès lors, incontestable que l'intervention d'une autorité publique « ne consolide pas la situation avec la même énergie »¹⁰²³ que celle d'un juge. Les prévisions des parties ne présentent, dès lors, pas le même degré de certitude selon le mode de cristallisation du rapport de droit. Dans un cas, la validité de la

¹⁰¹⁵A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 421, § 1100.

¹⁰¹⁶Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », préc., sp.580, § 364.

¹⁰¹⁷C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2018, sp. 807, § 1157.

¹⁰¹⁸*Ibid.*, sp.808, § 1158.

¹⁰¹⁹Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », préc., sp. 580, § 364.

¹⁰²⁰C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, préc., sp, 808, § 1158.

¹⁰²¹S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, préc., sp. 382 s., § 395.

¹⁰²²*Ibid.*

¹⁰²³Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », préc., sp. 581, § 364.

situation a une force égale à celle de la loi, dans un autre, elle peut être contestée à certaines conditions (pour la violation d'une disposition particulière, par certaines personnes et dans un certain délai). Il a alors pu être avancé que cette différence de degré dans la certitude des prévisions des parties excluait d'office les situations cristallisées sans jugement de la logique circulatoire¹⁰²⁴. Il apparaît, toutefois, que les époux ou les partenaires organisent leur vie, leur patrimoine, leurs rapports entre eux et avec les tiers au regard du statut qui les unit. Ils fondent, en ce sens, leurs prévisions sur la validité de celui-ci et ces prévisions peuvent être considérées comme légitimes. Tant que la validité du statut n'a pas été remise en cause dans les conditions posées par la loi applicable, celui-ci est présumé valable. Ainsi, bien qu'il faille nécessairement tenir compte de cette « incertitude » relative dans le cadre de la reconnaissance, celle-ci n'implique pas que les prévisions fondées sur une cristallisation sans jugement ne doivent pas être protégées par la logique circulatoire. En réalité, elle impose un aménagement des conditions et effets de la reconnaissance visant à assurer que la validité du statut reconnu ne se voit pas reconnaître, dans son État d'accueil, une « force » supérieure à celle qui lui est accordée dans son ordre juridique créateur. Il apparaît alors nécessaire que l'État d'accueil garde la possibilité de contrôler la validité du statut¹⁰²⁵, au stade de la reconnaissance ou postérieurement à celle-ci, dans les mêmes conditions que celles prévues par l'État de création.

624. Une fois ce point admis, il convient d'examiner quel mode de cristallisation des relations de couple peut justifier l'application de la méthode de la reconnaissance. Et si une grande partie des auteurs se prononce pour la reconnaissance des situations cristallisées par un acte public (1), des doutes subsistent quant à la reconnaissance des situations cristallisées en l'absence d'intervention d'une autorité publique (2).

1. La cristallisation de la relation de couple par l'intervention d'une autorité publique

625. Si la volonté des individus est une condition essentielle à la formation de la relation de couple, en droit français, la formation d'une telle relation suppose systématiquement

¹⁰²⁴S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, préc., sp. 382 s.

¹⁰²⁵Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », préc., sp. 581, § 364.

l'intervention d'une autorité publique. Le mariage, tel qu'il est conçu en France, ne peut être valablement célébré que par un officier de l'état civil. De la même façon, si le PACS peut être enregistré par un officier de l'état civil comme par un notaire¹⁰²⁶, il est prévu que l'officier de l'état civil détenteur de l'acte de naissance de chaque partenaire fasse mention, en marge de leur acte de naissance, de la déclaration de PACS¹⁰²⁷. Il en est de même dans l'ensemble des pays européens, où la formation du couple suppose l'intervention d'une autorité publique,¹⁰²⁸ mais aussi très fréquemment en dehors des frontières de l'Union européenne.

626. La question peut se poser alors de savoir si toute forme d'intervention d'une autorité publique étrangère peut suffire à justifier l'éviction de la règle de conflit française au profit de la méthode de la reconnaissance. À cette question, le Professeur Callé répond par la négative et opère une distinction entre les actes publics selon qu'ils présentent un « effet décisionnel » ou non, cet effet décisionnel découlant du pouvoir normatif reconnu à l'autorité qui l'émet¹⁰²⁹. L'auteur affirmait, dans sa thèse, que lorsque « la modification de la situation substantielle des parties résulte [directement] de l'acte public [et non] de la règle en vertu de laquelle il a été prononcé »¹⁰³⁰, ou en d'autres termes, lorsque l'autorité publique impose un état nouveau qu'elle a créé¹⁰³¹, l'acte a un effet décisionnel et doit être soumis à la reconnaissance. À l'inverse lorsque l'autorité se contente « d'accomplir une simple formalité, condition d'application d'une règle de laquelle on déduit cet état de droit », son acte ne présente qu'un effet de titre¹⁰³². Ainsi, la seule intervention de l'autorité publique ne suffit pas à octroyer un effet décisionnel à l'acte qu'elle émet¹⁰³³. L'auteur donnait, dans sa thèse, l'exemple de la célébration du mariage. Les mots prononcés par l'officier de l'état civil n'étant « qu'une formule sacramentelle, de laquelle on ne saurait déduire la validité du mariage »¹⁰³⁴, l'officier ne dispose d'aucun pouvoir normatif propre et la célébration du mariage ne saurait être considérée comme une décision. Dès lors, l'acte

¹⁰²⁶En vertu de l'article 515-3 du Code civil.

¹⁰²⁷Article 515-3-1 alinéa 1 du Code civil. Le même texte prévoit que pour les partenaires de nationalité étrangère nés à l'étranger, cette information est portée sur un registre tenu au service central d'état civil du ministère des affaires étrangères.

¹⁰²⁸S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, préc., sp. 379, § 382.

¹⁰²⁹P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004, § 431.

¹⁰³⁰*Ibid*, § 444.

¹⁰³¹P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », préc., sp. 554, § 12.

¹⁰³²P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, préc., § 431.

¹⁰³³*Ibid*, § 432.

¹⁰³⁴*Ibid*, § 454.

résultant de la célébration du mariage, qui n'est pas un acte public décisionnel, doit rester soumis à la méthode classique du conflit de lois¹⁰³⁵.

627. En revanche, certains auteurs se départissent, aujourd'hui, de toute considération relative à l'effet décisionnel de l'acte public lors de la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance.

Ainsi, le Professeur Pamboukis considère que l'intervention d'une autorité publique étrangère rend « objective l'existence du rapport juridique », ce qui « rend applicable la méthode de reconnaissance »¹⁰³⁶. En effet, dans la mesure où le rapport de droit existe dans un ordre juridique donné et qu'une règle de droit lui a déjà attaché des effets, la recherche du droit applicable est superflue¹⁰³⁷. « Le point de vue du for conflictuel [doit alors s'effacer] devant le lien établi selon l'ordre juridique de la constitution du rapport »¹⁰³⁸. Peu importe que la validité du rapport de droit puisse être contestée dans son ordre juridique¹⁰³⁹, celui-ci bénéficie d'une présomption de validité dans l'ordre juridique considéré¹⁰⁴⁰. « Les actes formels, non décisionnels cristallisés par l'intervention — aussi minime soit-elle — d'une autorité publique (et le rapport de droit y afférant) doivent être nécessairement soumis à la méthode de la reconnaissance »¹⁰⁴¹.

628. Pour d'autres auteurs, « le fondement de prévisions légitimes pour les parties concernées passe d'un effet décisionnel de l'acte à une simple cristallisation d'une situation donnée par un acte public, sans considération de sa nature »¹⁰⁴². Ainsi, le Professeur Mayer, qui admet que « même les formalités les plus sommaires comportent un effet décisionnel »¹⁰⁴³, justifie l'application de la méthode de la reconnaissance aux situations consacrées par un acte public par le seul respect des prévisions des parties. Alors que la reconnaissance des jugements se fonde à la fois sur l'autorité de la décision

¹⁰³⁵*Ibid.*, § 534.

¹⁰³⁶Ch. Pamboukis, « Les actes publics et la méthode de la reconnaissance », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 138, sp. § 10.

¹⁰³⁷Ch. Pamboukis, « Le renouveau-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 53.

¹⁰³⁸*Ibid.*, § 48.

¹⁰³⁹*Ibid.*

¹⁰⁴⁰E. Pataut, « La renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 80.

¹⁰⁴¹Ch. Pamboukis, « Les actes publics et la méthode de la reconnaissance », *préc.*, sp. 139, § 10.

¹⁰⁴²A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, *préc.*, sp. 437, § 1145.

¹⁰⁴³P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 556, § 15. De la même façon, dans sa thèse, l'auteur affirmait que la célébration d'un mariage entre deux personnes est une décision individuelle en ce que « la formalité, comme le jugement, [créer] un état de droit nouveau ; la célébration du mariage donne naissance à l'état de mariage comme le prononcé du divorce en marque l'achèvement » (P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, *préc.*, § 26).

étrangère et sur la confiance que les parties placent en la validité de la norme édictée par elle, une situation n'est reconnue que parce que, sur la base de sa cristallisation, les parties ont formé des prévisions légitimes¹⁰⁴⁴. Or, il est incontestable que « parmi les circonstances qui peuvent être retenues pour considérer qu'il y a cristallisation, la plus importante est probablement l'intervention d'une autorité publique dans la création ou dans l'opposabilité aux tiers de la situation, même si cette autorité n'a qu'un faible pouvoir décisionnel »¹⁰⁴⁵. Ainsi la participation d'un officier de l'état civil, d'un notaire ou d'un greffier¹⁰⁴⁶ à la formation ou à la publicité de la relation de couple légitime « la confiance particulière »¹⁰⁴⁷ que les individus placent en l'existence de leur relation de couple. Dans ces hypothèses, ce n'est pas, selon le Professeur Mayer, l'acte public qui est reconnu mais « plus largement la situation qu'il a contribué à créer »¹⁰⁴⁸. La reconnaissance de cette situation reste « l'une des méthodes de résolution du conflit de lois »¹⁰⁴⁹, mais s'affranchit du contrôle de l'origine de la loi appliquée à l'étranger¹⁰⁵⁰.

629. S'appuyant sur la démonstration du Professeur Mayer, le Professeur Bollée propose, quant à lui, une « extension de [la reconnaissance] à des points de vue normatifs qui n'ont pas un caractère décisionnel, mais qui ont été pour les parties une base de prévisions *de la même manière qu'une décision, en raison de l'intervention d'un organe étatique* »¹⁰⁵¹. Ainsi, alors que le Professeur Mayer considère que la reconnaissance des situations se dissocie de celle des décisions, le Professeur Bollée considère que la première résulte d'une extension du domaine de la seconde. Toutefois, les deux auteurs se rejoignent sur la justification de la mise en œuvre de la méthode circulatoire. L'application d'un mécanisme de reconnaissance repose sur le nécessaire respect des prévisions des parties cristallisées par la seule intervention d'une autorité publique et qu'importe finalement la nature de cette intervention. Que l'autorité publique ait créé la situation ou participe à sa publicité, l'existence même de l'acte suffit à légitimer la confiance que les parties placent en la validité de la situation¹⁰⁵². Dès lors, les attentes des parties « méritent d'être

¹⁰⁴⁴*Ibid.*, sp. 562, § 29.

¹⁰⁴⁵*Ibid.*, sp. 563, § 29.

¹⁰⁴⁶A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle, préc.*, sp. 437, § 1144.

¹⁰⁴⁷*Ibid.*

¹⁰⁴⁸P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 362, § 29.

¹⁰⁴⁹*Ibid.*, sp. 360, § 26.

¹⁰⁵⁰*Ibid.*, sp. 360, § 27.

¹⁰⁵¹S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. 322, § 12.

¹⁰⁵²*Ibid.*, sp. 322, § 12.

protégées de la même façon que si une véritable décision avait proclamé la naissance » d'un lien conjugal ou d'un partenariat¹⁰⁵³. L'extension de la méthode se paye, néanmoins, dans les travaux du Professeur Bollée, au prix d'une évolution de son objet. Ainsi que le souligne l'auteur, l'acte public non décisionnel n'est qu'une « coquille vide » qui ne contient « aucune norme ayant vocation à déterminer la situation juridique des intéressés »¹⁰⁵⁴. La reconnaissance ne saurait, dès lors, porter sur l'acte public lui-même, mais « uniquement sur les *règles* par lesquelles l'ordre juridique étranger définit les conséquences juridiques de celui-ci »¹⁰⁵⁵.

630. Une fois admis que la reconnaissance des situations étrangères repose sur le seul respect des prévisions des parties et non sur l'autorité de l'acte public qui les consacre, il est possible d'admettre que des relations de couple cristallisées en l'absence de toute intervention d'une autorité publique puissent bénéficier de la méthode de la reconnaissance. Il suffit pour cela que la cristallisation opérée dans un ordre juridique déterminé soit suffisante pour que les particuliers puissent placer leur confiance légitime dans la validité de la relation.

2. La cristallisation de la relation de couple sans intervention d'une autorité publique

631. Une première précision s'impose ici : la question de la cristallisation d'une relation sans intervention d'une autorité publique ne concerne que les mariages. En effet, les partenariats enregistrés supposent, par définition, qu'une autorité publique ait procédé à l'enregistrement de la relation. Que cet enregistrement soit nécessaire à la validité ou à la publicité du partenariat importe peu en matière de reconnaissance. Dès lors qu'une autorité prend part à la création de la relation, celle-ci relève des hypothèses évoquées préalablement.

Il est, en revanche, possible qu'un mariage existe sans qu'aucune autorité publique n'ait participé à sa formation. Ce peut être le cas de mariages formés par une simple possession d'état de conjoints, comme, par exemple, les *common law marriage* qui existent

¹⁰⁵³*Ibid*, sp. 322, § 12.

¹⁰⁵⁴*Ibid*, sp. 323, § 13.

¹⁰⁵⁵*Ibid*, sp. 323, § 13.

encore dans certains États américains¹⁰⁵⁶. Ce peut aussi l'être de mariages célébrés par une autorité privée, qu'elle soit une autorité communautaire¹⁰⁵⁷ ou religieuse.

632. Le Professeur Mayer admet que la cristallisation d'un mariage par possession d'état puisse constituer « une source de prévisions dignes d'être respectées »¹⁰⁵⁸. Le Professeur Pamboukis considère de la même façon que « la durée [d'un] rapport dans le temps et un espace donné au sein d'un même ordre juridique, durée productrice d'effets [créé] une apparence, une croyance commune si forte que sa négation perturbe l'ordre des choses »¹⁰⁵⁹. En effet, « si l'état ou le rapport concret a évolué dans le temps effectivement au sein d'un ordre juridique donné, son existence selon ce droit peut être tenue pour acquise »¹⁰⁶⁰. Dès lors, son existence ne saurait être remise en cause en raison du franchissement d'une frontière.

633. Certaines conditions doivent toutefois être remplies pour qu'une relation acquise par la possession d'état puisse être soumise à la méthode de la reconnaissance. En premier lieu, il faut, pour que les parties puissent fonder leurs prévisions sur la validité du mariage, que la possession d'état se réalise dans un État qui reconnaît un tel mode de cristallisation. Il est difficilement imaginable, par exemple, que deux personnes, résidant en France, puissent légitimement considérer être mariées aux yeux de l'ordre français pour la seule raison qu'elles y vivent comme des époux sans s'être mariées devant un officier de l'état civil. En effet, l'existence des prévisions dignes d'être respectées suppose la bonne foi des individus.

En second lieu, il faut que la relation réponde aux conditions posées par les dispositions matérielles issues d'un ordre juridique déterminé afin d'être considérée comme valablement formée par une possession d'état. Ici apparaît une réelle difficulté dans l'application de la méthode de la reconnaissance aux situations cristallisées par la possession d'état. Si effectivement la possession d'état cristallise la situation, elle ne le fait que progressivement, au fil du temps. Il est difficile, dans ces conditions, de déterminer à quelle date exacte la situation est cristallisée. Le constat de sa cristallisation ne peut être fait qu'*a posteriori*, lorsqu'une autorité publique de son État d'origine aura été saisie de la

¹⁰⁵⁶V. J. Thomas, « Common law marriage », *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2009.

¹⁰⁵⁷V. pour un exemple l'arrêt *Munoz Diaz contre Espagne* (CEDH, 8 décembre 2009, req. 49151/07).

¹⁰⁵⁸P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 363, § 30.

¹⁰⁵⁹Ch. Pamboukis, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 63.

¹⁰⁶⁰*Ibid.*

question de la validité ou des effets de la relation. Mais surtout, en l'absence d'acte d'une autorité publique constatant l'existence du mariage, cette existence ne peut être appréciée qu'au regard des dispositions matérielles applicables au mariage dans la mesure où aucun point de vue concret n'a été exprimé. Il ne s'agit plus, alors, de vérifier si un rapport de droit existant dans un autre ordre juridique et dont la preuve de l'existence est apportée par un acte public peut être reconnu ou non. Il s'agit en premier lieu de vérifier si le mariage existe dans un autre ordre juridique, dans la mesure où aucun élément, aucun acte ne permet de savoir s'il existe effectivement dans cet ordre juridique, avant de décider de sa reconnaissance. Or la vérification de cette existence suppose de déterminer au regard de quelles normes le mariage peut ou ne peut pas être considéré comme existant. Ici, la logique conflictuelle réapparaît. Toutefois, la difficulté n'est, en ce cas, qu'une difficulté probatoire. Ainsi que le soulignent les Professeurs Bureau et Muir Watt, « dès lors que le fondement de la reconnaissance réside dans le droit de l'individu concerné de ne pas se voir opposer un obstacle par l'État d'accueil à la continuité de son état ou de sa situation familiale, il n'y a aucune raison de conférer une valeur déterminante à l'intervention d'une autorité étrangère ; tout au plus a-t-elle une fonction probatoire »¹⁰⁶¹. Il ne s'agit pas d'affirmer qu'une situation cristallisée par le seul effet du temps ne peut être soumise à la méthode de la reconnaissance (en effet, une telle cristallisation peut réellement entraîner une confiance légitime des époux dans la réalité de leur mariage), mais de considérer que l'absence d'acte public constatant l'existence de la relation rend insoluble la question de la preuve de l'existence du mariage.

634. Une distinction devrait alors être faite entre différentes situations. Il est possible qu'une autorité publique se soit prononcée, directement ou indirectement, sur l'existence et la validité d'un mariage par possession d'état sans avoir participé à sa formation. Le premier exemple pourrait être celui d'un mariage enregistré dans les registres d'état civil de son État de constitution, l'hypothèse rejoint alors les situations visées préalablement¹⁰⁶². Mais ce peut être le cas aussi, lorsque, par exemple, un juge a condamné l'un des époux en contribution aux charges du mariage, ou lorsqu'un enfant est né du mariage et que l'officier de l'état civil a tenu compte de l'existence de l'union matrimoniale dans la détermination de sa filiation. En réalité, il existe un nombre important de situations dans

¹⁰⁶¹D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, § 579.

¹⁰⁶²V. aussi R. Baratta, « Le mécanisme de la reconnaissance est ainsi censé couvrir les états juridiques nés *ex lege* (et donc sans l'intervention d'une autorité publique au moment de leur constitution) mais dont l'existence est consacrée dans un acte d'état civil. » (« La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *préc.*, sp. 490 s., § 201).

lesquelles une autorité publique constatera l'existence du mariage pour en tirer des effets. Et si le mariage a perduré dans le temps, ce que suppose l'idée d'une cristallisation par l'effet du temps, il est fort probable qu'une autorité publique se soit prononcée, à un moment ou un autre, sur les effets de l'union (que ce soit en matière de nom des conjoints, en matière d'imposition ou en matière de filiation par exemple). Dans de telles hypothèses, il devrait être indifférent qu'une autorité ait participé ou non à la formation du mariage, ce qui importe, en revanche, est qu'il existe une preuve de l'existence de celui-ci aux yeux d'un ordre juridique déterminé. Dès lors, le mariage devrait pouvoir être soumis à la méthode de la reconnaissance. En revanche, si aucun acte public ne permet de prouver que le mariage existe effectivement dans un ordre juridique particulier, le for de reconnaissance doit, en premier lieu, en vérifier l'existence, ce qui ne peut se faire sans désignation d'une loi applicable, désignation qui devra se faire par le biais des règles de conflit du for.

635. Il apparaît toutefois que les situations dans lesquelles le mariage ne serait cristallisé que par la seule possession d'état sans l'intervention d'une autorité publique resteront relativement rares. Ainsi que le soulignait Madame Pfeiff dans sa thèse, « même si l'acquisition d'un élément du statut a eu lieu par possession d'état, il existe généralement une intervention d'une autorité publique qui en prend acte, ce qui rend le critère de la possession d'état surabondant »¹⁰⁶³.

Ainsi, l'affaire *Schwebel contre Ungar*¹⁰⁶⁴ a pu être présentée comme une illustration des cas de cristallisation du mariage par l'effet du temps. En l'espèce, un couple de juifs polonais, fuyant leur pays d'origine, avait divorcé par *gueth* dans un camp de réfugiés en Italie. À la suite de ce divorce, les deux anciens époux s'étaient installés en Israël, État qui les considérait comme divorcés. Après quelques années de résidence dans cet État, l'ex-épouse avait rejoint le territoire canadien et s'y s'était remariée en présentant un certificat de célibat émis par les autorités israéliennes. Se posait alors la question de la validité de sa seconde union. En effet, au regard des règles de conflit de l'État d'Ontario, le droit applicable à son divorce était le droit italien, qui ne connaît pas ce mode de divorce. La Cour d'Ontario avait, toutefois, écarté l'application de sa règle de conflit donnant compétence à la loi italienne pour considérer que la défenderesse, qui avait vécu plusieurs

¹⁰⁶³S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, préc., sp. 377 s., § 382.

¹⁰⁶⁴Cour d'appel de l'Ontario, *Schwebel contre Ungar*, 4 novembre 1963, *RCDIP*, 1965, p. 321, note W. Wengler ; voir aussi M.-N. Jobard-Bachelier, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, préc., sp. 72 s.

années sous le statut de femme célibataire en Israël, avait acquis la qualité de femme divorcée et avait donc retrouvé sa liberté matrimoniale.

Le Professeur Mayer avait alors illustré la nécessité de retenir la possession d'état comme élément de cristallisation en s'appuyant sur cet arrêt¹⁰⁶⁵. Il semble toutefois que retenir, dans cette affaire, la possession d'état comme « cristallisateur » du divorce est discutable. En effet, le *gueth* n'est pas une forme de divorce qui se réalise par l'effet du temps. Le *gueth* suppose systématiquement l'intervention d'une autorité religieuse. La difficulté était, ici, que l'intervention d'une telle autorité n'est pas valablement reconnue par l'ordre juridique où elle s'est réalisée (l'ordre juridique italien) et que, dès lors, les époux étaient toujours considérés comme mariés dans cet État. Le mariage étant toujours valable aux yeux de l'ordre juridique italien, il faut bien admettre que si une cristallisation de la situation a eu lieu, ce n'est pas dans l'État d'origine du divorce, mais dans un autre État. C'est, en effet, en Israël que les époux ont pu vivre sous la qualité de « divorcés ». Il n'en demeure pas moins que si Israël a considéré ces époux comme divorcés, ce n'est pas tant parce qu'ils se comportaient comme tels, mais parce qu'un *gueth* avait été prononcé, à l'étranger, par une autorité religieuse. Ainsi, aux yeux de l'ordre juridique israélien, le divorce étranger a été cristallisé, en Italie, par l'intervention d'une autorité religieuse. Par suite, Israël avait cristallisé, à son tour, la situation en fournissant à l'ex-épouse un certificat de célibat, un acte public donc. Il semble alors que cette affaire ne permettait pas réellement d'illustrer la question de la cristallisation sans intervention d'une autorité publique, mais que la problématique, ici, soulevée relevait de la question de la validité du statut de couple dans son ordre juridique d'origine.

§ II - Un statut de couple valable

636. Pour qu'un statut de couple puisse être reconnu dans un État autre que celui de sa formation, ou en d'autres termes pour qu'il puisse y être considéré comme valable, il faut, à tout le moins, qu'il ait été valablement constitué dans son État d'origine. En effet, la méthode de la reconnaissance ne saurait avoir pour effet de permettre la circulation d'un statut qui ne serait nulle part considéré comme valable¹⁰⁶⁶. Cette condition de validité est

¹⁰⁶⁵P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 363, § 30.

ainsi une condition « évidente »¹⁰⁶⁷ à la reconnaissance et est prévue par un certain nombre de textes. Cette condition de validité devrait pouvoir faire l'objet d'un contrôle assoupli (A). Il convient de signaler, au surplus, qu'il sera utile de poser un principe de présomption de validité du statut (B).

A. Un contrôle assoupli de la validité du statut à reconnaître

637. La condition de validité de la situation dans son ordre juridique de constitution apparaît dans plusieurs textes. Ainsi, l'article 9 de la convention de La Haye de 1978 prévoit que « le mariage qui *a été valablement conclu* selon le droit de l'État de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout État contractant ». De la même façon, l'article 45 de la loi de droit international privé suisse dispose que le mariage « *valablement célébré à l'étranger* » est reconnu dans cet État¹⁰⁶⁸. Il apparaît alors que ces deux dispositions imposent, pour la reconnaissance, que la situation ait été valablement créée dans son ordre juridique de constitution. Une précision s'impose toutefois : ces règles n'imposent pas que la validité du statut concerné soit examinée à l'aune des dispositions matérielles désignées par les règles de conflit du for de reconnaissance. Un tel choix reviendrait, en réalité, à remettre la reconnaissance de la situation concernée sous l'empire de la méthode conflictuelle. La condition de validité doit être appréciée en considération du droit effectivement appliqué par l'ordre juridique créateur de la situation. Ainsi, lorsque la Convention de La Haye fait référence au droit de l'État de la célébration du mariage, elle vise à la fois le droit interne de cet État et son droit international privé¹⁰⁶⁹.

638. Cette condition répond à l'objectif de la méthode de la reconnaissance qui vise au respect des prévisions des parties. C'est parce que le statut de couple est valable dans son

¹⁰⁶⁶Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *préc.*, sp. 582, § 365, P. Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, Paris, 2013, p. 43, sp. 43, § 1.

¹⁰⁶⁷P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *préc.*, sp. 30 ; du même auteur, « Sur la vulnérabilité des situations juridiques », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 441, sp. 442.

¹⁰⁶⁸La situation est la même pour les partenariats enregistrés qui sont soumis, par analogie, à l'article 45 de la loi de droit international privé suisse selon l'article 65 a de cette loi.

¹⁰⁶⁹H. van Loon, « La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international privé de La Haye », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, Paris, 2013, p. 121, sp. 122.

État de constitution que les membres du couple peuvent légitimement s'attendre à ce qu'il soit reconnu comme tel dans d'autres États. Il apparaît, au surplus, que la volonté de respecter les prévisions légitimes des parties explique que la validité du statut puisse être appréciée « avec quelques assouplissements ».¹⁰⁷⁰

639. Tout d'abord, il convient d'admettre qu'un statut nul au moment de sa constitution, mais qui a vu sa nullité couverte doit pouvoir être reconnu. Ce qui importe, au regard des objectifs de la méthode, est qu'il soit valable dans son ordre juridique d'origine au moment où sa reconnaissance est demandée en France, mais pas nécessairement qu'il l'ait été dès sa création. Ainsi l'article 9 de la Convention de La Haye sur la reconnaissance des mariages vise à la fois les situations où le mariage a été *valablement célébré* selon le droit de l'État de formation et celles où il est *devenu valable* selon ce droit.

Ensuite, il apparaît que « l'irruption des droits fondamentaux [fait] sentir ses effets »¹⁰⁷¹ et entraîne d'autres assouplissements. Plusieurs arrêts permettent de s'en convaincre. Le plus ancien est l'arrêt *Schwebel contre Ungar* de la Cour d'Ontario de 1963¹⁰⁷². Le couple de juifs hongrois s'était marié en Hongrie, avait divorcé sous la forme d'un *gueth* en Italie et s'était installé en Israël, État qui avait reconnu la validité du divorce. La règle de conflit canadienne, État dans lequel la validité du divorce avait été contestée, donnait compétence à la loi italienne qui ne connaissait pas cette forme de dissolution du mariage. Cette dissolution, et partant le second mariage qui l'avait suivie, n'auraient pas du être considérés comme valable au Canada. La Cour d'appel de l'Ontario avait pourtant écarté l'application de sa règle de conflit afin de permettre la reconnaissance du *gueth* prononcé en Italie. La juridiction avait alors pris en considération le fait que l'épouse avait vécu plusieurs années sous le statut de femme divorcée dans un État qui avait reconnu la dissolution de son mariage. L'écoulement du temps apparaissait alors suffisant, aux yeux des autorités canadiennes, à permettre la « valable cristallisation » d'une situation nulle à son origine.

640. La Cour avait, apparemment, suivi un raisonnement très proche de celui mis en œuvre par la méthode de la reconnaissance dans la mesure où elle avait écarté son système conflictuel lors de la reconnaissance du divorce afin d'en favoriser la circulation. Il

¹⁰⁷⁰Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *préc.*, sp. 583, § 366.

¹⁰⁷¹*Ibid.*

¹⁰⁷²Cour d'appel de l'Ontario, *Schwebel c. Ungar*, 4 novembre 1963, *préc.*

apparaît, toutefois, que la Cour a poussé la logique circulatoire à son paroxysme. En effet, elle n'a pas écarté son système conflictuel au profit du point de vue concret émis par l'ordre d'origine du divorce, mais au profit de celui émis par un ordre juridique tiers. Ordre juridique qui, au surplus, n'était pas lié au couple au moment de la constitution de la situation. En effet, si le *gueth* ne pouvait être considéré comme valable dans son ordre juridique d'origine : l'Italie, il ne le pouvait dans aucun des autres ordres juridiques en contact avec le couple au moment de son prononcé. Les époux étaient tous deux Hongrois et résidaient, bien que de façon ponctuelle, en Italie. Aucun de ces États ne connaissait le *gueth* et aucun de ces États n'aurait appliqué la loi mosaïque au divorce. Le seul lien unissant les époux à Israël, État qui autorise ce type de désunion, était leur confession religieuse, ce qui n'est considéré comme un élément de rattachement dans aucun des pays d'Europe continentale.

641. La question se pose alors de savoir pour quel motif la Cour avait pu se prononcer en ce sens. Il ressort de la lecture de cet arrêt que la durée de vie en Israël sous le statut de femme divorcée ainsi que l'octroi de documents d'état civil attestant de ce statut justifiait l'existence d'une confiance légitime dans la réalité de son statut de femme divorcée. C'est alors, semble-t-il, la combinaison de l'écoulement du temps — le divorce ayant été prononcé plus d'une quinzaine d'années avant que la question de sa validité ne soit soulevée — et l'action d'Israël — l'octroi de documents officiels — qui a pu purger le divorce de sa nullité originelle. L'apparente validité du divorce en Israël justifiait, aux yeux de la Cour, l'éviction de la règle de conflit canadienne et autorisait la reconnaissance du *gueth*.

642. Une logique assez similaire a été suivie par la Cour européenne des droits de l'homme dans deux arrêts différents. Bien qu'aucune de ces affaires ne touche directement la question de la reconnaissance des statuts de couple, les arrêts *Cabales*¹⁰⁷³ et *Munoz Diaz*¹⁰⁷⁴ montrent que la Cour protège, au titre de l'article 8, des mariages qui pourtant ne sont pas valables. Or, il est désormais acquis que l'article 8 peut imposer à un État de reconnaître des statuts constitués hors de son territoire¹⁰⁷⁵. Il n'est, dès lors, pas inenvisageable que les droits de l'homme imposent à un État de reconnaître un mariage ou un partenariat pourtant nul dans son État d'origine.

¹⁰⁷³CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁰⁷⁴CEDH, 8 décembre 2009, *Munoz Diaz c. Espagne*, req. 49151/07.

¹⁰⁷⁵CEDH, 14 décembre 2007, *Orlandi et autres c. Italie*, préc.

643. La plus récente de ces affaires, qui a donné lieu à l'arrêt *Munoz Diaz*, concernait une question de pension de réversion. La requérante, une femme rom, s'était mariée, en Espagne, selon les rites propres à sa communauté. De ce mariage étaient nés 6 enfants inscrits sur le livret de famille du couple. Le père avait cotisé pendant 19 ans à la sécurité sociale en son nom ainsi que pour ses enfants et sa femme. La famille s'était, en outre, vu reconnaître la situation de famille nombreuse, situation qui suppose l'existence d'un mariage entre les parents. Près de trente ans après le mariage, l'époux était décédé et la veuve avait réclamé l'octroi d'une pension de réversion au titre de conjointe survivante. Cette pension lui avait alors été refusée au motif que le mariage coutumier était nul. Dans cette affaire, il ne faisait pas de doute que le mariage célébré selon la tradition rom ne répondait pas aux exigences de la loi espagnole. Celui-ci ne pouvait alors, *a priori*, pas ouvrir de droit à la pension de réversion. Saisie du litige, la Cour européenne avait, pourtant, constaté l'existence d'une discrimination dans le refus de lui accorder cette pension de réversion. Elle fondait son raisonnement sur le fait que « la bonne foi de la requérante quant à la validité de son mariage, confirmée par la reconnaissance officielle de sa situation par les autorités [avait] engendré chez l'intéressée, l'attente légitime d'être considérée comme l'épouse de M. D. et de former un couple marié reconnu avec celui-ci »¹⁰⁷⁶. Bien sûr dans cette affaire, il s'agissait uniquement d'une question de droit interne, mais le raisonnement du juge européen reprend celui du juge canadien et pourrait avoir une influence sur la méthode de la reconnaissance.

644. Dans les deux cas, la situation, si elle ne répondait pas aux exigences étatiques, avait été constituée conformément à une pratique communautaire. Dans un cas, il s'agissait d'un divorce religieux et dans l'autre d'un mariage coutumier. Mme Munoz Diaz, tout comme Mme Schwebel, pouvait alors, légitimement, penser que la situation avait été valablement constituée. Et cette conviction personnelle était renforcée par le comportement des autorités étatiques. Mme Schwebel avait ainsi obtenu des actes de l'état civil israélien, alors que Mme Munoz Diaz avait obtenu des documents publics selon lesquels elle était mariée. Des autorités étatiques, bien qu'elles n'aient pas participé à la création du statut, avaient tiré des conséquences de son existence et semblaient donc en avoir admis la validité. Ce qui justifiait dans un cas l'éviction de la règle de conflit canadienne et dans l'autre le jeu de la protection découlant de l'article 8.

¹⁰⁷⁶Point 63 de l'arrêt *Munoz Diaz*, préc.

Il apparaît ici que ni la réalité ni la légitimité des prévisions des particuliers ne sauraient être contestées et que, combinées à l'écoulement du temps et à l'intervention des autorités publiques, elles justifiaient l'assouplissement du contrôle de validité lors de la reconnaissance du statut.

645. Toutefois, cet assouplissement ne saurait être sans limites et l'affaire *Cabales*¹⁰⁷⁷ offre un exemple des limites qu'il convient de lui apporter. Dans cette affaire, Mme Cabales avait épousé M. Cabales aux Philippines en 1980. Son époux n'avait pu la rejoindre au Royaume-Uni qu'en 1984, faute de titre l'autorisant à séjourner dans cet État. L'une des raisons du refus de titre était la nullité du mariage philippin. En effet, selon le droit local, un mariage célébré sans licence ne peut être considéré comme valable qu'à la condition que les époux aient cohabité pendant 5 ans avant ladite célébration. En l'espèce, les époux n'avaient fourni aucune licence, mais avaient fourni une déclaration selon laquelle ils avaient cohabité pendant plus de 5 ans, déclaration visiblement mensongère puisque le couple ne s'était rencontré que 3 ans avant l'union. Suite à leur longue séparation, les époux avaient saisi la Cour européenne en invoquant une violation de l'article 3, de l'article 8 et de l'article 8 combiné à 14 de la convention. Cette juridiction devait alors contrôler l'existence d'une vie familiale entre les deux époux afin de vérifier l'applicabilité de l'article 8 au litige. En l'espèce, le mariage était nul, tant aux yeux du Royaume-Uni que des Philippines. Pourtant, la Cour constata l'existence d'une vie familiale protégée par la convention dans la mesure où « une cérémonie de mariage avait eu lieu entre M et Mme Cabales qui, les pièces du dossier le montrent, se croyaient mariés et souhaitaient sincèrement cohabiter et mener une vie familiale normale »¹⁰⁷⁸. Le couple relevait de la notion de « relation de famille » de l'article 8 de la Convention et pouvait, de ce fait, bénéficier de la protection accordée par celui-ci. La nullité du mariage au regard de l'ordre juridique philippin, son ordre juridique d'origine, n'intervenait à aucun moment dans le raisonnement de la Cour. Elle indiquait, par ailleurs, qu'elle ne pensait pas « avoir à trancher la controverse qui surgit au sujet des incidences du droit philippin »¹⁰⁷⁹. Ce qui importait, selon elle, était que le mariage avait été célébré et que les époux croyaient être mariés.

¹⁰⁷⁷CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁰⁷⁸Point 63 de l'arrêt *Munoz Diaz*, préc.

¹⁰⁷⁹Point 63 de l'arrêt *Munoz Diaz*, préc.

646. Il apparaît, pourtant, que la croyance des parties en la validité de leur mariage peut être discutée dans cette affaire. En effet, les époux ne remplissaient pas les conditions nécessaires à la célébration d'un mariage aux Philippines et en avaient conscience. En l'absence de licence pour le mariage, ils avaient fourni une fausse déclaration. Ils ne pouvaient, dès lors, que difficilement invoquer l'existence de prévisions légitimes quant à la régularité de leur union et à sa circulation à travers les frontières. Au surplus, dans cette affaire, si la célébration pouvait donner une apparence de validité au mariage, celle-ci n'était pas confirmée par l'écoulement du temps dans la mesure où sa nullité avait été évoquée dès l'origine par les autorités britanniques.

647. Dans de telles hypothèses, lorsque la création du statut a été viciée par un comportement frauduleux des parties, il semble impensable que le statut puisse être reconnu dans un État tiers. L'assouplissement du contrôle de validité devrait alors se limiter aux situations dans lesquelles les particuliers étaient de bonne foi quant à la régularité de leur statut¹⁰⁸⁰, et que cette bonne foi a pu être renforcée soit par l'écoulement du temps, soit par une action de l'État créateur.

Dans de telles hypothèses, il conviendrait, afin de faciliter la circulation du statut, de mettre en place une présomption de validité dans l'ordre juridique d'origine.

B. La présomption de validité dans l'ordre juridique d'origine

648. De telles présomptions se retrouvent dans un certain nombre de règles de reconnaissance. Ainsi, lorsque la Convention de La Haye impose que le mariage soit valablement célébré, ou devenu valable, dans son État de célébration, elle indique que celui-ci est présumé valable dès lors qu'un certificat de mariage a été délivré par une autorité compétente¹⁰⁸¹. Le droit néerlandais suit la même logique. L'article 10 : 32 § 4 du NBW énonce qu'un mariage célébré à l'étranger est présumé valable si la déclaration de mariage a été faite devant l'autorité compétente et la même solution est reprise en matière

¹⁰⁸⁰V. en ce sens P. Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, Paris, 2013, p.43, sp. 50, § 7. Dans cet article, l'auteur écrit que l'existence d'une confiance légitime de la part des parties dans la stabilité de la situation acquise à l'étranger est une condition de la qualification de « vie familiale » nécessaire au déclenchement de la protection prévue par l'article 8 de la Conv. EDH.

¹⁰⁸¹Article 10 de la Convention de La Haye.

de partenariat enregistré. Dès lors, les autorités néerlandaises saisies de la reconnaissance d'un statut étranger, se « [plient] au fait que le mariage a été célébré à l'étranger »¹⁰⁸². Elles ne procèdent, concrètement, à aucun contrôle effectif de validité. Tant que le mariage n'a pas été annulé dans son pays d'origine, il est considéré comme valable par les autorités néerlandaises.

649. Ces présomptions de validité sont alors justifiées par le fait que le contrôle de validité du statut est *a priori* déjà fait par l'autorité qui a procédé à la formation du couple¹⁰⁸³. Ces autorités étrangères sont, par ailleurs, souvent les plus à même d'effectuer efficacement ce contrôle. En effet, comme l'a démontré le Professeur Romano, la constitution des couples se fait, aujourd'hui et de façon quasi systématique, sur le fondement de la *lex fori*¹⁰⁸⁴. Or, l'autorité qui applique sa propre loi est, par définition, celle qui la connaît le mieux et peut le plus facilement en assurer le respect. De plus, ces présomptions s'avèrent très utiles en matière de couple. La question de la reconnaissance de relations de couple se pose très fréquemment devant des autorités non juridictionnelles. Ce sera, par exemple, le cas d'un officier de l'état civil qui pour célébrer un mariage doit constater l'existence d'un divorce étranger, ou d'un notaire, qui lors de la liquidation d'une succession, doit vérifier le statut de conjoint survivant. Les présomptions de validité allègent considérablement la charge pesant sur des autorités dont on ne peut attendre qu'elles soit aguerries aux subtilités des droits étrangers. Ces présomptions ont aussi l'avantage d'accélérer et de simplifier les procédures pour les parties. Il leur suffit de présenter un acte étranger constatant la formation du couple sans avoir besoin d'en prouver la validité. Il est alors tout à fait souhaitable qu'une telle présomption soit mise en œuvre dans la méthode de la reconnaissance ici proposée. Toutefois, cette présomption ne saurait être une présomption irréfragable¹⁰⁸⁵, elle devrait pouvoir être renversée en cas de contestation¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸²Intervention de H. van Loon, après la communication de P. Lagarde, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 19, sp. 37.

¹⁰⁸³S. Pfeiff, « *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen* », *préc.*, sp. 395, § 403.

¹⁰⁸⁴G. P. Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *préc.*

¹⁰⁸⁵V. pour une opinion contraire S. Pfeiff, « *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen* », *préc.*, sp. 395 s.

¹⁰⁸⁶V. infra § 816 s.

650. Une fois admis qu'un statut de couple « existe » dans son ordre juridique d'origine, il appartient aux autorités du for de reconnaissance de contrôler que ce statut puisse « exister » dans leur ordre juridique, ou en d'autres termes qu'il y est recevable.

Section II - Un statut de couple « recevable » dans l'ordre juridique d'accueil

651. Si la volonté de favoriser la circulation des statuts de couple, et donc de protéger la permanence du statut personnel peut justifier la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance, elle ne saurait primer en toute circonstance la nécessité de préserver la cohérence de l'ordre juridique du for. En effet, que l'élaboration de la méthode résulte d'une réadaptation de l'équilibre établi entre les intérêts des parties et ceux de l'État ne signifie pas que la nécessité de protéger les intérêts étatiques disparaît totalement. Il est alors essentiel de prévoir, parmi les conditions entourant la réception de statuts étrangers, des conditions assurant que le statut puisse être reçu dans l'ordre juridique de reconnaissance sans que celui-ci ne disparaisse ou ne se dissolve¹⁰⁸⁷. La condition de conformité du statut étranger à l'ordre public du for apparaît dès lors comme l'une de celles « que l'on ne peut pas ne pas retenir »¹⁰⁸⁸ (§ I). Se pose aussi la question de la condition de l'absence de statut inconciliable dans l'État de reconnaissance (§ II).

§ I - La condition de conformité à l'ordre public du for

652. Visant la préservation de la cohésion du for, la condition de conformité à l'ordre public de l'État de reconnaissance ne saurait s'effacer devant la volonté affichée de permettre la circulation des couples étrangers. En réalité, il apparaît même que la faveur à la circulation, vecteur de coordination entre les États, donne une importance particulière à cette condition (A) et impose l'intervention de l'effet atténué de l'ordre public (B).

¹⁰⁸⁷Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *préc.*, sp. 588, § 370.

¹⁰⁸⁸*Ibid.*

A. La nécessaire protection des valeurs du for face aux statuts étrangers de couple

653. En matière de couple, et plus largement en matière de statut personnel, s'expriment, par le droit, les aspects les plus intimes et culturels d'une société. De ce fait, le droit du couple a toujours été un terrain particulièrement propice à l'intervention de l'exception d'ordre public, qui vise à la protection des valeurs essentielles du for face aux normes étrangères. Cette nécessité de protéger les principes du for ne disparaît pas dans le cadre de la reconnaissance, mais pourrait, au contraire, se trouver renforcée par le libéralisme de la méthode (1).

Il apparaît alors que, depuis deux décennies, la matière a subi, en France comme à l'étranger, de profonds bouleversements qui ne sauraient être sans impact sur le contenu même de notre ordre public en la matière, qui subit tout à la fois les évolutions de la société et l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme (2).

1. Le rôle essentiel de l'ordre public dans la circulation du statut de couple

654. Si les notions d'harmonie des solutions et de respect des prévisions de parties prennent une texture et une importance nouvelles en droit international privé, il serait faux d'en déduire qu'elles résument à elles seules les objectifs qu'il poursuit. Cette branche de droit est « traditionnellement [perçue] comme le produit d'une tension entre la recherche d'une coordination des ordres juridiques [...] et le souci de préserver la cohésion de l'ordre du for »¹⁰⁸⁹. Or la balance de cet équilibre penche nécessairement en faveur de la préservation des intérêts du for¹⁰⁹⁰. Ainsi que le souligne le Professeur Gannagé, lorsque la conciliation entre les intérêts des parties ou de la société internationale entre en confrontation avec ceux de l'ordre juridique du for, les seconds priment incontestablement¹⁰⁹¹. Cela implique alors que les juges, ou les autorités compétentes doivent garder la possibilité de faire respecter les valeurs fondamentales aux yeux de leur ordre juridique, y compris lorsqu'ils sont confrontés à des situations internationales. Il faut

¹⁰⁸⁹Y Lequette, « De la "proximité" au fait accompli », *préc.*, sp. 498.

¹⁰⁹⁰H Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *préc.*, sp. 332 s., § 144 s.

¹⁰⁹¹L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *préc.*, sp. 365, § 171.

de ce fait admettre que l'exception d'ordre public doit prendre une importance particulière dans le jeu des règles de reconnaissance (a). Ainsi, le contrôle de l'ordre public se voit reconnaître une place prépondérante dans certaines conventions applicables à la reconnaissance des relations de couple (b).

a) L'importance de l'exception d'ordre public dans la méthode de la reconnaissance

655. Qu'il s'agisse d'appliquer une loi étrangère ou de reconnaître une décision étrangère, l'ordre public international marque le seuil de tolérance d'un ordre juridique à l'égard des valeurs étrangères. « Principal vecteur de justice matérielle »¹⁰⁹², il est un « instrument essentiel »¹⁰⁹³ de la protection des valeurs du for.

Le « saut dans l'inconnu »¹⁰⁹⁴ que constitue la désignation aveugle d'une loi étrangère, tout comme le système généralisé de circulation des jugements, n'est envisageable qu'en raison de l'existence du garde-fou que constitue l'ordre public. C'est bien parce que son application pourra être empêchée, en dernier recours, en cas de violation des valeurs essentielles du for, qu'une loi étrangère peut être déclarée *a priori* compétente sans considération de son contenu¹⁰⁹⁵. En cela, l'exception d'ordre public autorise la mise en œuvre des mécanismes de coordination des ordres juridiques que sont la règle de conflit et la reconnaissance des décisions étrangères. Il s'intègre tout naturellement à la reconnaissance des situations étrangères en ce qu'il remplit cette fonction « régulatrice » dans la coordination¹⁰⁹⁶. Pour ces situations, l'emprise du for s'effrite du fait de l'éviction de son système conflictuel et le jeu de l'exception de l'ordre public n'en est que plus nécessaire¹⁰⁹⁷.

656. Il apparaît, alors, que le contrôle de l'ordre public doit être maintenu dans le cadre de la reconnaissance des situations étrangères. De la même façon, l'examen des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice

¹⁰⁹²P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit privé », *RCADI*, 2007, t. 327, p. 9 s., sp. 166, § 152.

¹⁰⁹³L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *préc.*, sp. 319, § 109.

¹⁰⁹⁴L. Raape, *Internationales Privatrecht*, 3e édition, Berlin/Frankfurt, Verlag für Rechtswissenschaft, 1950, sp. 61.

¹⁰⁹⁵N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, *préc.*, sp. 142, § 153.

¹⁰⁹⁶Voir notamment P. Gannagé qui présente l'exception d'ordre public comme « un contrepois nécessaire à la neutralité de la règle classique de conflit », « Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille (solutions françaises et proches orientales) », *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1996, p. 209, § 1.

¹⁰⁹⁷P. Lagarde, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *préc.*, sp. 23.

montre que lorsque ces juridictions interdisent aux États d'entraver la circulation de la relation de couple des particuliers, elles tolèrent que ceux-ci justifient l'entrave par la nécessité de protéger leur ordre public.

657. Il est traditionnellement enseigné que la mise en œuvre de l'ordre public dans le cadre du conflit de lois se fait en trois étapes¹⁰⁹⁸. La détermination de la loi applicable selon la règle de conflit du for, celle de son contenu, puis la recherche des effets concrets de l'application de ladite loi aux faits d'espèce sont nécessaires à l'appréciation de sa conformité à notre ordre public. Or, dans le cas du contrôle des situations déjà constituées, l'autorité du for n'utilisera pas ses règles de conflit. Elle n'a aucun besoin de trouver une loi applicable selon son ordre juridique puisqu'une loi a déjà présidé à la constitution de la situation à l'étranger. De la même façon, il n'a pas à procéder lui-même à l'application de cette loi aux faits. Ceci reviendrait en réalité à contrôler la validité de la situation au regard de la loi étrangère, ce qui n'est pas l'objet du contrôle de l'ordre public. L'autorité se contente de vérifier la conformité de l'application faite par un autre, et éventuellement par le temps, aux valeurs fondamentales qu'elle doit protéger. En cela, le contrôle effectué se rapproche de celui mis en place en matière de décisions étrangères.

658. Ce contrôle est d'autant plus important que le droit du couple est le terrain d'élection de l'exception d'ordre public. À titre d'exemple, un certain nombre de conventions internationales en font la condition centrale de leur mécanisme de reconnaissance.

b) Le rôle pivot de l'ordre public dans les conventions prévoyant des règles de reconnaissance en matière de couple

659. La première convention soumettant une relation de couple à une règle de reconnaissance est la Convention de La Haye de 1978¹⁰⁹⁹ sur la célébration et la reconnaissance du mariage.

¹⁰⁹⁸H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, 8 éd, LGDJ, 1993, sp. 569, § 354 ; D.Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, préc.*, sp. 533 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, sp. 153, § 204.

¹⁰⁹⁹Convention de La Haye sur la célébration et la reconnaissance des mariages conclue le 14 mars 1978.

Comme son nom l'indique, la convention se découpe en deux parties relatives, pour la première, au choix de la loi applicable à la célébration du mariage puis, pour la seconde, à la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger.

L'intérêt de cette Convention dans le cadre de cette étude réside essentiellement dans sa deuxième partie relative à la circulation des mariages puisqu'elle soumet la question à la méthode de la reconnaissance. Elle en fournit d'ailleurs l'exemple le plus pur¹¹⁰⁰. Elle prévoit dans son article 9 que le mariage considéré comme valable au moment de sa célébration ou validé *a posteriori* dans son État de célébration devra être reconnu comme tel dans les différents États signataires. Le texte porte donc la marque de la reconnaissance qu'est l'éviction du système conflictuel de l'État requis. Seul compte le point de vue de cet État d'origine et le régime mis en place est alors très libéral pour l'époque. Ce régime est d'autant plus libéral que les dispositions conventionnelles limitent strictement les possibilités de refus de reconnaissance du mariage étranger dans les États signataires. Tout le contrôle que ces États peuvent opérer à l'égard de tels mariages, et ce quelle que soit l'origine du mariage¹¹⁰¹, repose sur le jeu de l'exception d'ordre public qui jouera selon un mécanisme à double détente¹¹⁰².

L'article 14 de la convention prévoit, de façon habituelle, une clause générale d'ordre public. Cette clause n'appelle pas de commentaire particulier, si ce n'est que sa mise en œuvre est limitée aux cas de violations manifestes des valeurs du for de reconnaissance.

En parallèle, l'article 11 pose une série de clauses spéciales d'ordre public. L'État requis peut, en vertu de cette disposition, refuser de reconnaître un mariage, qui selon son droit, aurait été célébré alors que l'un des époux était déjà marié, n'avait pas atteint l'âge minimum pour se marier, n'aurait pas eu la capacité mentale de consentir ou n'aurait pas consenti. Il pourra aussi s'opposer à la circulation d'un mariage célébré entre deux personnes liées par une relation de parenté en ligne directe ou frère et sœur. Ces clauses d'ordre public permettent, alors, de définir la nature du mariage qui doit bénéficier de la reconnaissance. L'importance que prend l'ordre public dans cette convention s'explique par le fait qu'il est le seul motif de contrôle laissé aux États contractants. Il permet alors de

¹¹⁰⁰H. van Loon, « La méthode de reconnaissance et les conventions de droit international privé de La Haye », *préc.*, sp.128.

¹¹⁰¹La Convention soumet, en effet, tous les mariages étrangers au régime de la reconnaissance sans faire de distinction entre ceux célébrés dans un État contractant et ceux célébrés dans un État tiers.

¹¹⁰²S. Bollée, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », in P. Lagarde (dir), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 113, sp. 117.

comblent « le vide juridique »¹¹⁰³ laissé par l'abandon de tout contrôle de proximité lors de la reconnaissance des mariages étrangers.

660. L'ordre public prend une place tout aussi importante dans la convention de Munich de 2007¹¹⁰⁴ relative à la reconnaissance des partenariats enregistrés. Le texte n'est pas encore entré en vigueur et n'a, pour l'instant, été ratifié que par l'Espagne. Toutefois, l'examen des conditions qu'il pose au refus de reconnaissance des partenariats enregistrés permet de constater le rôle pivot de l'ordre public en la matière. Dans son article 7, la convention indique les motifs pour lesquels un État contractant pourrait refuser de reconnaître un partenariat enregistré à l'étranger. Ces motifs, au nombre de 6, sont limitativement énumérés et peuvent être regroupés en deux ensembles. Il est possible de distinguer le point 5 de cette disposition de ses autres points. Ce point 5 touche aux liens que le couple doit entretenir avec l'État d'enregistrement afin d'être reconnu alors que les autres peuvent être regroupés autour de l'idée de respect de l'ordre public du for requis. Il est alors flagrant que l'ordre public joue un rôle primordial de garde-fou face au libéralisme de la méthode de la reconnaissance et que l'essentiel du contrôle laissé aux États signataires tourne autour de cette question. Le jeu de l'ordre public se décline alors sous deux formes dans la mesure où l'article 7 prévoit une clause générale accompagnée d'une série des clauses spéciales.

661. Le point 6 de cette disposition vise expressément la notion d'ordre public lorsqu'il prévoit qu'un État requis peut refuser la reconnaissance du partenariat en cas de contrariété manifeste à celui-ci. Cette précision ne nécessite pas de réels développements. Nous l'avons vu, l'intervention de l'ordre public s'intègre logiquement à la méthode de la reconnaissance. Il suffit, ici, de souligner que, comme il est de coutume dans les conventions internationales, seule une violation manifeste des valeurs du for peut justifier la mise en œuvre du mécanisme d'éviction.

662. En marge de cette réserve générale, les points 1, 2, 3 et 4 de l'article 7 font référence à des questions qui relèvent des conditions de fond du partenariat enregistré et qui peuvent être considérées comme des composantes de l'ordre public. Ainsi, l'État requis peut refuser la reconnaissance d'un partenariat enregistré si les partenaires sont liés par un

¹¹⁰³P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international contemporain », *RCADI*, 1986, t. 196, p. 9, sp. 191, § 204.

¹¹⁰⁴Convention de la CIEC n° 32 relative à la reconnaissance des partenariats enregistrés adoptée le 5 septembre 2007.

lien de parenté ou d'alliance qui, selon son droit, empêche la conclusion d'un partenariat ou d'un mariage¹¹⁰⁵. De la même façon, il peut la refuser si l'un des partenaires n'avait pas, au moment de la déclaration de volonté devant l'autorité d'enregistrement, l'âge minimum prévu par son droit pour enregistrer un tel statut ou contracter mariage¹¹⁰⁶. Dans ces hypothèses, le droit matériel de l'État requis n'intervient pas au titre de loi applicable après désignation par une règle de conflit, mais au titre d'exception d'ordre public à la reconnaissance¹¹⁰⁷.

663. Les points 2 et 4 de l'article 7, sans plus faire référence au droit du for, prévoient que le partenariat pourra ne pas être reconnu si, au moment de la déclaration de volonté devant l'autorité compétente, l'un des partenaires était déjà engagé par les liens du mariage ou du partenariat envers une personne tierce ou si l'un d'entre eux n'avait pas réellement consenti au partenariat, qu'il n'en avait pas eu la capacité mentale ou qu'il ait été forcé. Ces quatre motifs permettent alors de définir, dans une certaine mesure, un socle commun d'ordre public en matière de partenariat enregistré selon les auteurs de la Convention. En cela, ils permettent de définir un peu plus précisément les contours de la conception conventionnelle du partenariat et surtout d'assurer une certaine prévisibilité juridique dans l'application des conventions. Et ce d'autant plus que hors des cas énoncés, l'ordre public ne peut intervenir que de façon exceptionnelle¹¹⁰⁸.

664. Il faut alors rappeler que cette exception est, de toute façon, un mécanisme voué à intervenir le moins souvent possible. Les autorités du for doivent faire preuve de mesure dans l'appréciation de la violation de leurs valeurs. Le propos mérite d'autant plus d'être souligné que l'évolution des droits étatiques de la famille au sein de l'Europe est marquée par l'émergence de divergences parfois importantes entre ces différentes législations. Il convient, dès lors, de déterminer quelles valeurs se voient reconnaître une importance telle dans l'ordre juridique français qu'elles bénéficient de la protection de l'exception d'ordre public.

¹¹⁰⁵Article 7.1 de la convention de Munich.

¹¹⁰⁶Article 7.3 de la convention de Munich.

¹¹⁰⁷G. Goldstein et H. Muir Watt « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI*, 2010, p. 1087, sp. 1097.

¹¹⁰⁸Selon le rapport explicatif de la Convention de Munich, la clause générale d'ordre public pourrait permettre par exemple aux États de refuser la reconnaissance d'un partenariat de complaisance enregistré dans le seul but d'obtenir un titre de séjour. Rapport visible sur le site de la CIEC, http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/oBMAAMw_9xFjQVVVd2Jkc2N1AwA.

2. Le contenu de l'ordre public en matière de couple

665. Il est communément admis que l'ordre public a vocation à intervenir très fréquemment en matière de couple. Ainsi, la confrontation entre le droit des pays musulmans et le droit français, connu sous le terme de « conflit de civilisations », a essentiellement pris corps, en son temps, au travers des institutions du droit de la famille. Aujourd'hui, les difficultés de conciliation des différents droits se concrétisent au sein même des frontières européennes. L'émergence, à rythme différé, de nouvelles formes de conjugalités écorne le rêve d'une communauté de droits entre ceux-ci. Plusieurs éléments soulèvent alors la question du contenu actuel de l'ordre public français. En premier lieu, le droit du couple a subi une transformation sans précédent. La place et la nature du mariage ont été bouleversées. En second lieu, l'interprétation que la Cour européenne fait du droit au respect de la vie privée et familiale semble devoir interférer tout à la fois avec le contenu et avec le mode d'intervention de l'ordre public¹¹⁰⁹.

666. L'examen des valeurs fondamentales en matière de couple appelle deux remarques préalables. Tout d'abord, l'ordre public justifie l'éviction de lois¹¹¹⁰ ou le refus de reconnaissance des décisions qui ne seraient pas conformes aux valeurs les plus essentielles du for. Il ne s'agit pas alors d'évincer la loi ou la décision étrangère en raison de simples divergences entre la solution qu'elle prévoit et celle découlant de l'application de la loi française. Ces divergences dans les dispositions matérielles ne suffisent pas, à elles seules, à mettre en action ce mécanisme correctif de la règle de conflit. Son intervention doit rester exceptionnelle au risque, sinon, de priver d'efficacité les systèmes conflictuel ou de reconnaissance du for. « L'esprit d'ouverture » du droit international privé impose de faire une « application raisonnable » de l'exception d'ordre public¹¹¹¹. La justification de l'éviction de la loi étrangère ne peut être que l'existence d'une réelle contrariété entre les conséquences de l'application de cette loi étrangère et le socle des principes fondamentaux du for¹¹¹².

¹¹⁰⁹V. supra § 453 s.

¹¹¹⁰Il s'agit ici de la fonction négative de l'ordre public. Une autre fonction, positive celle-ci, lui est attribuée. Il permet alors de désigner directement la loi applicable en raison de son caractère d'ordre public aux yeux du for.

¹¹¹¹N. Joubert, « *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé* », *préc.*, sp. 145, § 158.

¹¹¹²P. Lagarde, « *Recherches sur l'ordre public en droit international privé* », LGDJ, 1959, sp. 103 s.

Cette contrariété ne pourra, alors, être constatée qu'après un examen concret des résultats de l'application de la loi étrangère aux faits de l'espèce. En effet, c'est moins la loi étrangère en elle-même, dans l'abstrait, qui doit heurter l'ordre juridique du for, que le résultat de son application¹¹¹³. Il est possible alors qu'une loi, abstraitement conforme à notre ordre public, soit écartée en raison des conséquences de son application¹¹¹⁴, et en sens inverse, une loi abstraitement contraire à notre ordre public pourra être appliquée lorsque le résultat concret auquel elle mène ne perturbe pas nos valeurs fondamentales¹¹¹⁵. Les différences entre les diverses législations existant en matière de mariage ou de partenariat enregistré ne justifient pas systématiquement le refus de reconnaissance des statuts constitués sous l'empire de ces lois. Lors de l'appréciation de la violation de l'ordre public, les autorités du for doivent examiner la conformité du couple particulier avec les principes fondamentaux. L'éviction de la norme étrangère résulte alors d'une appréciation *in concreto* de sa non-conformité à l'ordre public du for. Ceci implique que le juge effectue cette appréciation au regard de l'état de ses valeurs au moment où il statue.

La relativité de l'ordre public est, de fait, autant temporelle que spatiale¹¹¹⁶. L'évolution du droit interne, reflet de l'évolution de l'opinion publique, implique le changement des valeurs considérées comme fondamentales dans un ordre juridique. On parle alors du principe d'actualité de l'ordre public, qui impose une conception évolutive de son contenu. Le juge confronté à une norme étrangère doit l'apprécier à chaque fois qu'il statue¹¹¹⁷. Le contenu de l'ordre public n'est pas gravé dans le marbre, et un principe nouveau peut apparaître et remplacer son contraire. Le contrôle *in concreto* de l'ordre public a, alors, pour corollaire le principe de son actualité.

667. Ensuite, et cela découle aussi du caractère *in concreto* du contrôle opéré, il est communément admis que l'ordre public ne joue pas de la même façon selon qu'il s'agit de constituer un couple en France ou de reconnaître dans notre ordre juridique la validité et les effets d'un couple déjà constitué à l'étranger. C'est, là, la différence entre le jeu de l'ordre public plein et celui de son effet atténué. Il est possible aussi que ses effets varient en fonction de la nationalité, du domicile ou de la résidence des parties. Il serait pourtant

¹¹¹³P. Lagarde, « Ordre public », *Rep. dr. Int.*, Dalloz, décembre 1998 (actualisation mars 2009).

¹¹¹⁴Civ, 15 mai 1963, 1^{re} espèce, *Patino, RCDIP*, 1964, p. 532, note P. Lagarde ; *JDI*, 1963, p. 1016, note Malaurie ; *JCP*, 1963, II, p. 13365, note Motulsky.

¹¹¹⁵P. Lagarde, « *Recherches sur l'ordre public en droit international privé* », *préc.*, sp. 135 s.

¹¹¹⁶N. Joubert, « *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé* », *préc.*, sp. 145, § 158 ; P. Lagarde, « Ordre public », *préc.*

¹¹¹⁷B. Audit, *Droit international privé, préc.*, sp. 273, § 317.

faux d'en déduire que les valeurs protégées varient entre les différentes situations. Seul le seuil de tolérance de l'ordre juridique change dans ce cadre. Ce n'est pas le contenu de l'ordre public qui est modifié, mais l'intensité de l'atteinte entraînant le mécanisme d'éviction de la norme étrangère.

668. La jurisprudence s'est, pour l'instant, uniquement prononcée sur les principes essentiels en matière de mariage. Ceci ne signifie pas que des principes fondamentaux ne puissent être consacrés en matière de partenariat enregistré. Simplement, cette forme de couple étant relativement récente, les juridictions françaises n'ont pas encore eu l'opportunité de se prononcer sur la question. Devant le silence des juridictions françaises, il est possible d'imaginer que certains des principes considérés comme fondamentaux en matière de mariage le soient aussi en matière de partenariats enregistrés. Ces principes sont celui de la liberté matrimoniale (1), du respect de l'institution du mariage (2) et de l'égalité homme-femme dans la relation conjugale (3). Le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est construit par la jurisprudence de la Cour européenne de droit de l'homme, doit aussi être protégé au titre de l'ordre public (4).

a) La liberté matrimoniale

669. La liberté matrimoniale est, sans conteste, intégrée à l'ordre public français et, à ce titre, son respect est considéré comme « non négociable »¹¹¹⁸. Dès 1993, le Conseil Constitutionnel a donné une importance particulière à cette liberté qu'il a considérée comme étant « l'une des composantes de la liberté individuelle »¹¹¹⁹, elle-même liberté à valeur constitutionnelle. La formule a aujourd'hui quelque peu évolué, mais la même idée est reprise dans la décision du Conseil de 2013, la liberté de se marier est une « composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 »¹¹²⁰. La Conv. EDH consacre elle aussi le droit fondamental pour l'homme et la femme de se marier dès l'âge nubile¹¹²¹. Il en découle qu'une loi étrangère qui porterait atteinte à ce droit serait nécessairement écartée par les autorités françaises. Une nuance

¹¹¹⁸I. Barrière Brousse, « Mariage-conditions de fond », *préc.*, § 92.

¹¹¹⁹Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

¹¹²⁰Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.

¹¹²¹Article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme.

doit ici être apportée. Certains auteurs soulignent qu'une loi plus sévère que la loi française pourrait être appliquée¹¹²² en ce qu'elle conforte le « sérieux de l'institution du mariage et souligne la gravité de l'engagement »¹¹²³. Ainsi, une loi étrangère qui interdirait le mariage avant 21 ans ne serait pas considérée comme constitutive d'une violation de notre ordre public, même si elle devait empêcher une personne de 19 ans de se marier. D'autres auteurs considèrent, au contraire, qu'une loi plus exigeante que la loi française devrait être évincée au nom du principe de faveur au mariage¹¹²⁴. Il semble alors qu'une loi étrangère qui prévoirait un empêchement connu du droit français, mais de façon un peu plus stricte, pourrait être appliquée. En revanche, une loi étrangère mettant en place un empêchement inconnu du droit français devrait être écartée. Les juridictions françaises ont ainsi refusé l'exequatur d'un jugement suisse qui interdisait à un homme divorcé de se remarier pendant deux ans après son divorce, et ce au titre de sanction¹¹²⁵. De la même façon, l'ordre public devrait être opposé aux lois qui interdisent la célébration d'un mariage en raison de différence d'ethnie, de race ou de conditions sociales entre les deux époux.

670. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe marque l'évolution du contenu de l'ordre public matrimonial. L'instruction générale de l'état civil en 1999 indiquait dans son article 548.2 que la loi autorisant le mariage entre deux personnes de même sexe était contraire à l'ordre public. De ce fait, de telles unions ne pouvaient être célébrées sur le territoire français¹¹²⁶. De la même façon, il n'était pas acquis qu'un mariage célébré entre deux hommes ou deux femmes à l'étranger puisse se voir reconnaître des effets en France. La suppression de l'obligation de différence de sexe entre les époux résultant de la loi de 2013¹¹²⁷ illustre alors le caractère évolutif du contenu de l'ordre public. Une loi permissive ne peut plus être considérée comme contraire à celui-ci. Restait alors la question de savoir si une loi prohibitive pouvait recevoir application en France ou devait être écartée.

La question avait *a priori* peu de chance de se présenter aux autorités françaises. Le libellé de l'article 202-1 al 2 du Code civil ne laisse que très peu de place à l'application d'une loi étrangère, éventuellement prohibitive. Prenant la forme d'une règle de conflit à

¹¹²²H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, LGDJ, 7e éd. 1983, t. II, § 415 ; J.-M. Bischoff, « Mariage », *Rép. dr. Int.*, Dalloz, 1998, § 80 ; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10e éd., 2013, § 471.

¹¹²³J.-M. Bischoff, « Mariage », *préc.*, § 88.

¹¹²⁴B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, 7e éd. 2013, § 723.

¹¹²⁵TGI Paris, 4 mars 1988, *RCDIP*, 1998, p. 588, note P. Y. Gautier.

¹¹²⁶V. Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16627 ; *D.*, 2007, AJ, p. 935, obs. I. Gallmeister ; *Jur.*, p. 1389, rapp. G. Pluyette, *Jur.*, p. 1395, note E. Agostini, Pan. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, et Chron. C. cass. p. 891, obs. P. Chauvin ; H. Fulchiron, « Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel », *D.*, 2007, Point de vue, p. 1375 ; *AJ fam.*, 2007, p. 227, obs. F. Chénédy ; *RTD civ.*, 2007, p. 287, obs. J.-P. Marguénaud, et p. 315, obs. J. Hauser ; *Dr. Fam.*, 2007, Comm. n° 76, note M. Azavant.

¹¹²⁷Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

rattachements alternatifs sur le point particulier du sexe des époux, elle entraîne l'application quasi systématique de la loi française¹¹²⁸.

La question de la conformité d'une loi prohibitive ne pouvait, alors, que difficilement être posée aux autorités françaises. Toutefois, la formulation de notre règle de conflit affichant une réelle faveur à la célébration du mariage pouvait laisser supposer que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe devait relever de l'ordre public français. Quelques courtes années auront suffi à donner l'occasion aux juridictions françaises de se prononcer sur la question. Ainsi le 18 janvier 2015¹¹²⁹, la Cour de cassation a pu écarter la loi marocaine prohibitive, désignée par la règle de conflit prévue dans la Convention franco-marocaine de 1981, pour contrariété à notre ordre public. La loi de 2013 a donc marqué un complet renversement de notre ordre public sur la question, et la liberté matrimoniale englobe la liberté de se marier pour les couples de même sexe.

671. Si la reconnaissance du mariage homosexuel a enrichi le contenu de l'ordre public français, la question pouvait se poser de savoir si l'arrivée du PACS en France avait eu le même effet. L'ordre public comprend-il, désormais, le principe de la liberté d'enregistrer un partenariat enregistré, parallèle au principe de la liberté matrimoniale ?

Un premier élément de réponse pourrait être l'absence d'une telle consécration de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. Alors qu'elle impose aux États membres d'offrir une forme de reconnaissance juridique aux couples homosexuels, elle ne consacre pas de droit fondamental au partenariat enregistré. Au niveau interne, les juridictions françaises n'ont pas encore eu l'opportunité de se prononcer sur la question et ne risquent pas d'être confrontées à l'application d'une loi étrangère prohibitive. En effet, la règle de conflit française soumet la formation du partenariat enregistré à la loi de l'État de l'autorité d'enregistrement. Ainsi, dès lors que les partenaires souhaitent conclure un PACS en France, seule la loi française peut leur être applicable. Si, au contraire, le partenariat a été enregistré à l'étranger, il l'a été sur le fondement d'une loi étrangère permissive. La question de sa conformité à l'ordre public français sur le point de la liberté d'entrer dans un partenariat n'a alors pas lieu d'être.

¹¹²⁸V. supra § 135 s.

¹¹²⁹Civ. 1, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *préc.*

b) Le respect de l'institution du mariage tel que conçu par le droit français

672. Si les lois plus sévères sont écartées, il en est de même des lois plus permissives. Les conditions posées par la loi française, relativement peu contraignantes, constituent le « minimum au-dessous duquel on saurait difficilement descendre »¹¹³⁰. La loi française « [exprime] à la fois la limite de la permissivité et des exigences raisonnables »¹¹³¹. L'Instruction générale d'état civil de 1999 donne des indications précises sur les lois qui ne pourraient pas être appliquées par un officier de l'état civil pour la célébration d'un mariage en France. Il faut toutefois garder à l'esprit que l'intensité de la violation de notre ordre public varie selon que le mariage doit être célébré ou reconnu en France, ou parfois en raison des liens que le couple entretient avec notre ordre juridique. Ainsi, si l'officier français doit, selon cette instruction, écarter la loi étrangère lorsqu'il officie en France, cela ne signifie pas nécessairement que les juridictions françaises refuseraient systématiquement de reconnaître un mariage conclu à l'étranger en vertu de cette loi.

673. L'un des motifs d'éviction de la loi étrangère prévus dans ce texte n'est plus d'actualité. En effet, l'instruction prévoit dans son article 548.2 que la loi étrangère qui autorise le mariage entre personnes de même sexe ne peut recevoir application dans notre ordre juridique. Cette solution n'est plus à l'ordre du jour puisque le mariage homosexuel est aujourd'hui connu du droit français.

674. Les autres motifs quant à eux, bien qu'ils aient été énoncés il y a près de 20 ans, répondent toujours à la conception actuelle du mariage en France. Ainsi, l'instruction indique aux officiers de l'état civil français qu'ils doivent écarter l'application de la loi étrangère plus permissive si elle devait mener à célébrer en France le mariage d'un enfant qui n'a pas encore atteint l'âge nubile¹¹³². La réforme de l'article 144 du Code civil, datant de 2006, semble renforcer cette affirmation, puisque le mariage n'est aujourd'hui possible pour l'homme comme pour la femme qu'à partir de 18 ans. Cette limite s'explique tout à la fois par la volonté de protéger les enfants, et notamment les jeunes filles, des mariages forcés et de préserver le sens de l'engagement dans l'union matrimoniale. Allant dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme a pu admettre la possibilité de

¹¹³⁰B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé, préc.*, § 723.

¹¹³¹B. Audit, *Droit international privé, préc.*, § 649.

¹¹³²Article 548.2 IGEC.

refuser de reconnaître un mariage célébré à l'étranger alors que l'épouse avait moins de 15 ans au moment de la célébration¹¹³³. La liberté matrimoniale consacrée par la convention n'est offerte qu'à l'homme et la femme nubile. L'interdiction de la bigamie est elle aussi un principe fondamental protégé par notre ordre public. Ainsi, l'instruction indique qu'il est impossible de célébrer un mariage polygamique sur le territoire français en application d'une loi étrangère. Quant à l'exigence d'endogamie, elle impliquera aussi l'éviction de la loi étrangère plus permissive que la loi française. Dans les cas où le lien unissant les futurs époux implique un empêchement absolu à mariage aux yeux de la loi française, l'officier français ne pourra célébrer l'union¹¹³⁴. En revanche, lorsqu'une dispense peut être accordée selon la *lex fori*, les époux pourront faire célébrer leur mariage sans obtenir une telle dispense.

c) L'égalité de l'homme et de la femme face à l'union matrimoniale

675. Un autre des principes essentiels de l'ordre public matrimonial est le principe de l'égalité des époux pendant et à la fin du mariage posé par l'article 5 protocole 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est d'une importance telle en droit français qu'il peut être considéré comme « non négociable »¹¹³⁵. Il interdit alors l'application de lois étrangères discriminatoires entre les hommes et les femmes dans le cadre de l'union matrimoniale. C'est, ainsi, sur le fondement de ce principe que la Cour de cassation refuse la reconnaissance des répudiations prononcées à l'étranger¹¹³⁶.

d) Le droit au respect de la vie privée et familiale

676. Le couple marié, qu'il soit de personnes de même sexe ou de sexe différent, bénéficie de la protection de l'article 8 de Conv. EDH. Il en est de même du couple qui a

¹¹³³CEDH, 8 décembre 2015, *Z.H. et R.H. contre Suisse*, req. 60119/12.

¹¹³⁴Article 548.2 IGEC ; B. Bourdelois, « Mariage », *préc.*, § 49.

¹¹³⁵I. Barrière-Brousse, « Mariage-conditions de fond », *préc.*, § 92.

¹¹³⁶Civ. 1, 17 février 2004 (cinq arrêts), *D.*, 2004, p. 825, conclusions F. Carravoc ; *JCP*, 2004, II, 10 128, note H. Fulchiron ; *Defrénois*, 2004, p. 812, note J. Massip ; *Gaz. Pal.*, 25-26 février 2004, p. 29, note M. L. Niboyet ; *RCDIP*, 2004, p. 423, note P. Hammje ; *JDI*, 2004, p. 1200, note L. Gannagé.

fait enregistrer un partenariat. Il est important, ici, de noter que la Cour européenne a octroyé une dimension internationale¹¹³⁷ au droit au respect de la vie privée et familiale consacré à l'article 8 de la convention. Elle a, en effet, déduit de cette disposition une obligation positive à la charge des États d'assurer la circulation des relations de famille à travers les frontières étatiques. Les arrêts les plus marquants en la matière touchaient à la question de la filiation, issue de GPA¹¹³⁸ ou d'adoption¹¹³⁹, mais d'autres décisions, plus récentes, indiquent que l'article 8 impose les mêmes obligations en matière de mariage¹¹⁴⁰. Il devrait en être de même en matière de partenariat enregistré, protégé lui aussi par le droit au respect de la vie familiale¹¹⁴¹.

677. Le droit à la circulation de la relation de famille doit ainsi être considéré comme faisant partie intégrante de nos valeurs fondamentales. La Cour européenne des droits de l'homme a pu condamner le Luxembourg, dans une affaire relative à la reconnaissance d'une adoption péruvienne, au motif que ses autorités n'avaient pas contrôlé la conformité de leur refus de reconnaissance à l'ordre public au titre de l'article 8 de la Convention¹¹⁴². Il apparaît, alors, que le droit au respect de la vie privée et familiale remplit une double fonction en matière de reconnaissance. Il est, à la fois, l'une des justifications de la méthode et l'un des principes à protéger dans ce cadre. Cette double fonction de l'article 8 n'est pas sans conséquence sur la mise en œuvre de l'exception d'ordre public dans le cadre de la méthode proposée.

B. L'adéquation entre l'ordre public atténué et la logique circulatoire de la reconnaissance

678. Il apparaît, en effet, que la méthode de la reconnaissance peut contribuer à insuffler une nouvelle vigueur à l'ordre public atténué¹¹⁴³. Les fondements justifiant l'atténuation de l'ordre public sont extrêmement proches de ceux de la reconnaissance (1), et ce mode de protection des valeurs du for répond, mieux que l'ordre public de proximité, aux exigences

¹¹³⁷V. supra § 336.

¹¹³⁸CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France et Labassee contre France*, préc.

¹¹³⁹CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, préc. ; CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis contre Grèce*, préc.

¹¹⁴⁰CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autre contre Italie*, préc.

¹¹⁴¹CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres contre Italie*, préc.

¹¹⁴²CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, préc.

¹¹⁴³L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », préc., sp. 221, § 35.

du droit à la circulation de la relation de famille découlant de l'article 8 de la Conv. EDH (2).

1. La proximité entre l'ordre public atténué et la méthode de la reconnaissance

679. Ces deux mécanismes présentent une similarité importante en ce qu'ils sont fondés sur une idée commune. Procédant d'une logique du « fait accompli », la méthode de la reconnaissance évince les règles de conflit dès lors que la situation existe et que les parties ont pu légitimement avoir foi en sa validité¹¹⁴⁴.

En comparaison, l'arrêt *Rivière* prévoit une modulation du niveau de protection des valeurs du for selon que le juge doit se prononcer sur l'acquisition d'un droit en France ou doit laisser se produire, dans son ressort, les effets d'un droit acquis *sans fraude* à l'étranger. Ce qui importe, ici, est que les parties aient pu fonder leur prévision sur l'existence et les effets de leur situation¹¹⁴⁵. C'est, là, la raison principale de la prise en compte de la date de création de la situation. L'élément temporel, combiné à l'absence de fraude, justifie, aux yeux du for, l'existence même de ces prévisions.

680. Les fondements de l'atténuation de l'effet de l'ordre public se rapprochent alors de ceux de la méthode de la reconnaissance et il en ressort que les domaines d'intervention des deux mécanismes devraient se recouper¹¹⁴⁶. En effet, la distinction entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué est fondée sur la distinction fondamentale de la reconnaissance qu'est la différence entre la création et la confirmation de la situation. C'est parce que le rapport de droit a été constitué avant que le juge français ne doive en contrôler la conformité aux valeurs du for et que les parties ont pu légitimement fonder leur prévision sur lui que le for admet un recul de la protection de ses valeurs. Les conditions de déclenchement de l'ordre public atténué coïncident avec les conditions de déclenchement de la méthode de la reconnaissance¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁴S. Bollée, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », *préc.*, sp. 115.

¹¹⁴⁵L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *préc.*, sp. 356, § 161.

¹¹⁴⁶S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. 343, § 29.

¹¹⁴⁷*Ibid*, sp. 341, § 29.

Il faut, au surplus, souligner que l'atténuation de l'effet de l'ordre public ne justifie pas un effacement total des valeurs du for au profit du respect des prévisions des parties. Une fois admis l'affaiblissement du niveau de protection des valeurs, reste la question de savoir si cet affaiblissement autorise ou non la reconnaissance de la situation créée à l'étranger. Le juge doit, pour répondre à cette question, opérer un examen concret de l'affaire prenant en considération l'importance de la valeur à protéger, l'intensité de l'atteinte qui lui serait portée en cas de reconnaissance tout comme l'importance du respect des prévisions des parties en l'espèce. Il procède en réalité à une pesée des intérêts du for et de ceux des parties comparable au contrôle de proportionnalité mis en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'article 8 de la convention. L'ordre public atténué se révèle en cela conforme aux exigences du juge européen en matière de circulation des relations de famille.

2. L'adaptation de l'ordre public atténué aux exigences de Cour européenne des droits de l'homme

681. Le deuxième argument en faveur de la mise en œuvre de l'effet atténué de l'ordre public en matière de reconnaissance des situations créées à l'étranger sera, alors, son absence de contrariété aux exigences de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme. Or, comme le soulignait le Professeur Gannagé, « les contours du mécanisme [de l'ordre public] ne peuvent plus être définis de manière discrétionnaire par les États parties, qui [doivent] tenir compte à cet égard des exigences de la Cour européenne »¹¹⁴⁸. Ainsi, si la Cour européenne interprète désormais le droit au respect à la vie privée et familiale comme imposant l'obligation aux États de reconnaître les relations de famille constituées à l'étranger¹¹⁴⁹, cette vision de l'article 8 entraîne deux conséquences différentes sur la mise en œuvre du contrôle de l'ordre public face à la circulation de telles relations.

682. En premier lieu, l'article 8 étant intégré à l'ordre public de chacun des États membres, il impose l'intervention systématique de ce contrôle dès lors qu'un État membre est confronté à un statut de couple constitué à l'étranger. En effet, dans l'affaire *Wagner*

¹¹⁴⁸L. Gannagé, « A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudement-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 265, sp.278, § 16.

¹¹⁴⁹V. supra § 337 s.

relative à la reconnaissance d'une adoption péruvienne, la Cour européenne avait condamné les autorités luxembourgeoises au motif qu'elles n'avaient pas contrôlé si « l'ordre public commandait précisément d'accorder, au titre de l'article 8 de la convention, l'exequatur à la décision d'adoption étrangère »¹¹⁵⁰. En l'espèce, selon le mécanisme traditionnel de la reconnaissance connu dans cet État, un tel contrôle ne s'imposait pas, la décision péruvienne ne remplissant pas la condition de conformité à leur système conflictuel. Une des conditions posées à la reconnaissance faisant défaut, il n'était plus nécessaire de vérifier les conditions suivantes.

Il est frappant alors de constater que la solution de la Cour implique un élargissement important de l'objet du contrôle de l'ordre public. Cet objet ne se limite plus aux conséquences éventuelles de la reconnaissance d'une situation étrangère dans le for, mais intègre aussi les conséquences que le refus de reconnaissance pourrait avoir. La Cour reprochait, alors, aux juridictions luxembourgeoises de ne pas avoir fait une appréciation concrète du résultat de l'application de leurs propres normes — celles relatives à la reconnaissance des décisions étrangères — face au nécessaire respect de la vie privée et familiale.

683. Ceci entraîne un bouleversement important de la fonction de l'exception d'ordre public. Le contrôle de l'ordre public doit intervenir de façon systématique en cas de reconnaissance ou d'exequatur et cette condition se voit reconnaître un rôle pivot en la matière. La formulation de l'arrêt pourrait laisser penser que cette transformation pourrait se fonder sur la nature de l'acte constitutif de la relation de famille. Visant explicitement le mécanisme de l'exequatur, la solution de l'arrêt *Wagner* pourrait n'avoir d'effet que dans les situations où le rapport de droit a été créé par un jugement étranger. Les arrêts postérieurs de la Cour, relatifs à des gestations pour autrui étrangères¹¹⁵¹, indiquent pourtant le contraire. Rendus dans une matière où la relation de filiation résultait de convention de mères porteuses, et non d'une décision juridictionnelle, ces arrêts imposent le même contrôle du respect de la vie privée et familiale lorsqu'est en cause la circulation d'une telle relation.

684. Se posait alors la question de savoir si cette obligation se limitait aux affaires de filiation ou pouvait avoir un écho plus large. Un examen de la jurisprudence de la Cour en

¹¹⁵⁰CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, préc., § 97.

¹¹⁵¹CEDH, 26 juin 2014, *Menesson contre France*, préc. et *Labassee contre France*, préc.

matière de mariage prouve que ce contrôle doit intervenir de la même manière dans le cadre des unions matrimoniales¹¹⁵². Il devrait, d'ailleurs, tout autant être effectué dans le cadre de la circulation des partenariats enregistrés.

Il en ressort une contradiction troublante au sein même du contenu de l'ordre public du for. Il faut, désormais, tenir compte du fait que certaines de ses composantes pourraient justifier le refus d'une situation étrangère alors même qu'une autre de ses composantes en imposerait la reconnaissance. C'est le cas lorsque la situation étrangère, comme un mariage polygamique par exemple, n'est pas conforme aux valeurs fondamentales du for. De ce positionnement, résulte un certain tiraillement au sein même de l'ordre public entre deux choix inconciliables, la reconnaissance ou son refus. Il pourrait alors être proposé d'établir une hiérarchie entre les principes intégrés à l'ordre public pour résoudre ce dilemme¹¹⁵³. La Cour européenne fait, au contraire, le choix d'une appréciation au cas par cas de l'équilibre à mettre en place entre les principes éventuellement en conflit.

685. C'est ici qu'apparaît la seconde conséquence de l'émergence du droit à la circulation de la relation de famille sur le fonctionnement de l'ordre public. Le droit au respect de la vie privée et familiale n'est, en effet, pas un droit absolu. L'article 8§2 de la Convention admet que ce droit puisse subir des ingérences à la condition qu'elles soient prévues par la loi, poursuivent un but légitime et pour autant que les mesures mises en place soient nécessaires dans une société démocratique¹¹⁵⁴. La cour procède alors à un contrôle de proportionnalité afin de vérifier la légitimité de l'atteinte portée à l'article 8 ou, en d'autres termes, procède à un examen concret de la légitimité du refus de reconnaissance. Lors de la mise en œuvre de ce contrôle de proportionnalité, elle prend en considération toutes les circonstances entourant la relation de famille et met en balance les intérêts du for face aux intérêts des particuliers.

686. Dans ce cadre, l'importance de la valeur protégée par le refus de reconnaissance sera appréciée. En ce sens, la Cour a pu admettre que l'interdiction de la bigamie prévue par le droit maltais pouvait tout à fait justifier la fermeture de l'ordre juridique maltais face à la circulation d'un mariage polyandre¹¹⁵⁵.

¹¹⁵²CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres contre Italie*, préc.

¹¹⁵³Intervention de H. Muir Watt après la communication de P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *TFCDIJ*, 2006-2008, Pédone, p. 153, sp. 186.

¹¹⁵⁴V. supra § 427 s.

¹¹⁵⁵CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat contre Malte*, préc.

De la même façon, dans l'appréciation faite des intérêts des particuliers, le juge européen peut prendre en compte différents éléments comme la durée de la relation de famille. Il apparaît d'ailleurs que la question de « l'écoulement du temps » est d'une importance capitale en l'espèce. Dans son arrêt *Paradiso-Campanelli*¹¹⁵⁶ en matière de gestation pour autrui, la Cour avait pris en compte la durée de la vie commune entre l'enfant et ses parents d'intention pour constater l'inexistence d'une relation de famille pouvant bénéficier de la protection de l'article 8. En l'espèce, la vie commune n'avait pas duré assez longtemps pour que la Cour considère qu'il existait une vie familiale *de facto*, alors même que la relation de famille existait juridiquement en Russie. L'élément temporel, déclencheur de l'atténuation de l'ordre public, est alors pris en compte dans la mise en œuvre du droit à la circulation de la relation de famille. D'autres éléments pourront être pris en considération comme les conséquences du refus de circulation sur la réalité de la vie familiale ou la nature du droit atteint.

687. Sous cet aspect, l'ordre public de proximité, en raison de son caractère mathématique, ne permet pas de répondre aux exigences découlant de l'article 8 de la convention. Au contraire, l'effet atténué de l'ordre public qui consiste en un affaiblissement des exigences du for en raison de la constitution préalable du rapport de droit permettrait au for d'opérer un contrôle similaire au contrôle de proportionnalité imposé par l'article 8.

Une fois admis que le statut de couple est conforme à l'ordre public de l'État d'accueil, reste la question d'un éventuel statut inconciliable préexistant dans cet ordre juridique.

§ II - L'absence de statut inconciliable préexistant dans l'ordre juridique de reconnaissance

688. Cette condition d'absence d'inconciliabilité de la situation étrangère avec une situation préexistante en France se rencontre dans le cadre de la reconnaissance des décisions étrangères, tant dans le droit commun que dans les règlements européens de droit international privé européen. En vertu de cette condition, une décision étrangère ne peut être reconnue en France si elle est inconciliable avec une décision déjà prononcée ou déjà

¹¹⁵⁶ CEDH, 24 janvier 2017, *Paradiso Campanelli contre Italie*, préc.

reconnue dans cet État. Dans cette hypothèse, deux décisions sont considérées comme inconciliables lorsqu'« elles ne sont pas susceptibles d'une exécution simultanée »¹¹⁵⁷, leur inconciliableté s'appréciant « au stade de leurs conséquences et non de leur cause »¹¹⁵⁸. Le refus de reconnaissance vise alors à sauvegarder la cohérence interne de l'ordre juridique face aux troubles qui résulteraient de la coexistence, en son sein, de deux décisions inconciliables. La question peut alors se poser de savoir si cette condition peut être transposée à la méthode de la reconnaissance proposée en matière de statuts de couple. En d'autres termes, la question revient à se demander s'il est possible de reconnaître un statut de couple étranger lorsqu'un statut inconciliable, ou « incompatible »¹¹⁵⁹ si l'on reprend la terminologie du Professeur Romano, lui préexiste dans le for de reconnaissance et que leurs effets sont « mutuellement exclusifs »¹¹⁶⁰.

689. Répondre à cette question suppose, au préalable, de définir précisément l'objet du contrôle qui doit être opéré par une telle condition.

Tout d'abord, il apparaît que les situations concernées sont celles dans lesquelles la coexistence de statuts incompatibles se constate entre un statut étranger et un statut créé ou déjà reconnu en France. Les situations de coexistence de deux statuts formés à l'étranger dont aucun n'a été reçu dans l'ordre juridique français seront examinées sous le thème de la concurrence de statuts envisagée comme une limite à la méthode de la reconnaissance¹¹⁶¹. Nous nous limiterons, ici, aux « conflits internationaux »¹¹⁶² opposant deux statuts dont l'un peut être considéré comme un statut « local »¹¹⁶³.

690. Ensuite, il convient de préciser la notion de « statuts incompatibles » ou « inconciliables ». Sur ce point, il est utile de rappeler que l'inconciliableté, en matière de jugement, se caractérise par le fait que les deux décisions ne peuvent être exécutées en parallèle dans un même pays et ceci au regard des conséquences qu'elles emportent. C'est, ainsi, parce la décision étrangère ne peut pas produire ses effets au même moment et dans le même État que la décision « locale », ou en d'autres termes parce que ses effets ne peuvent être conciliés au sein d'un seul ordre juridique avec ceux de cette décision, que sa

¹¹⁵⁷M. L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 2017, sp. 561, § 673.

¹¹⁵⁸*Ibid.*

¹¹⁵⁹G. P. Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in Paul Lagarde (dir), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 185, sp. 192, § 8.

¹¹⁶⁰*Ibid.*

¹¹⁶¹Voir infra § 927 s.

¹¹⁶²G. P. Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », *préc.*, sp. 203, § 22.

¹¹⁶³C'est à dire qui a été formé en France ou qui y a déjà été reconnu.

reconnaissance est refusée. La notion d'inconciliabilité doit être entendue de manière similaire en matière de statut de couple. Ainsi, la condition d'inconciliabilité devrait interdire la reconnaissance d'un statut étranger dans les situations où les effets qu'il produit *ne peuvent être conciliés*, au sein de l'ordre juridique français, avec ceux d'un statut déjà créé ou reconnu en France.

691. Il apparaît alors que l'existence d'un « conflit international » entre deux statuts ne donnera pas nécessairement lieu à une situation d'inconciliabilité au sens de la reconnaissance. Dès lors que les effets des deux statuts peuvent être conciliés, la condition d'absence d'inconciliabilité ne devrait pas intervenir pour interdire la reconnaissance du statut étranger. Une distinction peut alors être faite sur ce point entre deux situations de « conflit international ».

Il est possible que le conflit se réalise entre deux statuts liant une seule personne avec deux personnes différentes. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un homme déjà marié aux yeux de l'ordre juridique français (que le mariage ait été célébré ou reconnu en France) se remarie à l'étranger avec une seconde épouse ou lorsqu'une femme déjà PACSée en France enregistre un partenariat dans un autre État avec un nouveau partenaire. De telles situations mettent en lumière un « conflit international » entre deux statuts qui semblent *a priori* inconciliables dans la mesure où la coexistence, en France, de deux relations de couple liant un même individu à deux personnes différentes est prohibée par le droit interne. Toutefois, les effets qui leur sont attachés ne sont pas nécessairement inconciliables et preuve en est que la jurisprudence française offre déjà de nombreux exemples de conciliation des effets d'unions polygamiques¹¹⁶⁴. Il apparaît alors que la condition d'absence d'inconciliabilité ne devrait pas avoir vocation à intervenir dans de telles hypothèses. Il serait cependant erroné d'en déduire qu'aucun obstacle ne pourra être soulevé contre la reconnaissance de ces statuts étrangers. En effet, le contrôle de la conformité de ces statuts à l'ordre public du for permettra, sous la forme de l'ordre public atténué, d'en interdire la réception en France.

692. En réalité, la condition d'absence d'inconciliabilité a essentiellement vocation à jouer dans les situations où le « conflit international » oppose un statut étranger liant deux personnes ayant déjà créé ou obtenu la reconnaissance, en France, d'un autre statut de couple. Dans de telles hypothèses, la conciliation des effets des deux statuts n'est pas

¹¹⁶⁴Voir infra § 947 s.

envisageable¹¹⁶⁵. Dès lors, la préexistence d'un statut local inconciliable devrait interdire la reconnaissance du statut étranger (A), sauf dans le cas particulier d'un mariage célébré après l'enregistrement d'un PACS (B).

A. Le principe de l'inconciliabilité comme motif de non-reconnaissance du statut étranger.

693. Si la proximité entre la méthode de la reconnaissance des décisions et celle des situations peut justifier que certaines conditions de la première soient appliquées dans la seconde, la question de la condition d'absence d'inconciliabilité n'a été que rarement évoquée dans les écrits relatifs à la circulation des situations. En effet, seuls quelques auteurs ont envisagé sa mise en œuvre en la matière pour, en général, exclure cette possibilité¹¹⁶⁶.

694. *A priori*, cette exclusion peut s'expliquer par la différence déjà abordée entre les situations cristallisées par un jugement et celles résultant d'un autre mode de cristallisation. Nous l'avons vu¹¹⁶⁷, les premières bénéficient de « la force de vérité légale » attachée aux décisions. La validité d'une situation créée par un acte juridictionnel ne peut être remise en cause en raison de l'autorité de chose jugée reconnue à son support¹¹⁶⁸. Il est dès lors impossible de consacrer, par la reconnaissance d'un jugement étranger, une solution qui lui serait contraire dans le même ordre juridique. En revanche, les statuts de couple cristallisés par un autre biais qu'une décision ne bénéficient pas de cette « force de vérité légale » et aucun obstacle juridique irrémédiable ne s'oppose à la reconnaissance d'un statut étranger qui leur serait incompatible. Ce qui semble justifier l'abandon du contrôle de l'absence d'inconciliabilité en cette matière.

695. Il apparaît, toutefois, que si le choix de mettre en place un tel contrôle n'est pas commandé par la nature de la cristallisation des statuts de couple, il n'en demeure pas

¹¹⁶⁵Voir infra § 952 s.

¹¹⁶⁶V. A. Panet, sp. 534 s., § 1393 s. ; v. pour une opinion contraire, l'intervention d'Alain Devers après la communication devant le Comité français de droit international privé de Sabine Corneloup (« Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *préc.*, sp. 228), qui semble envisager la possibilité d'un refus de reconnaissance fondé sur l'inconciliabilité « entre deux situations de statut personnel ».

¹¹⁶⁷V. supra § 623.

¹¹⁶⁸M. L. Niboyet, « Les conflits de procédures », *TCFDIP*, 1995-1998, p. 71, sp. 84.

moins un choix méthodologique nécessaire dans le cadre de la circulation de ces statuts. Il suffit de rappeler, pour s'en convaincre, que s'il est imposé en matière de décisions par la nature juridictionnelle de la création du rapport de droit, il est aussi justifié par la nécessité d'assurer le respect d'un juste équilibre entre les intérêts des personnes liées par un rapport de droit international et ceux de son ordre juridique d'accueil. Nous l'avons vu, la logique de la méthode de la reconnaissance fait la part belle à l'intérêt des personnes privées à voir leurs prévisions légitimes respectées à travers les frontières. C'est, en effet, dans le but de « favoriser la continuité de traitement des situations juridiques et le respect des prévisions des intéressés » que le for reconnaît une décision étrangère et « renonce à se réaliser à propos du rapport de droit qui en est l'objet, dès lors qu'elle est régulière, sans qu'il soit besoin qu'elle soit identique à celle qu'il aurait rendue »¹¹⁶⁹. C'est dans le même but que le for renonce à contrôler que le statut de couple créé à l'étranger soit conforme au statut que ses autorités auraient pu créer selon ses propres dispositions conflictuelles et/ou matérielles. Dans les deux cas, le for d'accueil fait primer le respect des prévisions des parties sur son propre intérêt à voir ses dispositions respectées.

La question se pose, en revanche « en termes évidemment différents si, à propos de ce rapport de droit, le système du for s'est déjà réalisé par une décision [ou par la création d'un statut de couple,] ou s'il a déjà renoncé à se réaliser en donnant effet à une autre décision [ou à un autre statut] étranger »¹¹⁷⁰. Ainsi que le souligne le Professeur Lequette, la reconnaissance d'une décision étrangère inconciliable avec une décision française ou déjà reconnue en France aurait pour effet d'engager le for « dans un nid de complications inextricables »¹¹⁷¹ et par là de porter atteinte à la cohérence interne du for¹¹⁷². Ce qui justifie que, dans de telles hypothèses, la nécessité de préserver un juste équilibre entre les intérêts des parties et ceux du for interdise la reconnaissance d'une telle décision. De fait, la volonté de garantir la cohérence interne d'un ordre juridique ne saurait s'effacer à tous prix au profit des intérêts des particuliers.

696. Or, il est incontestable que l'accueil d'un statut de couple étranger inconciliable avec un statut déjà existant dans l'ordre juridique français aurait le même effet au regard tant de la portée reconnue à la reconnaissance que des éléments de rattachement retenus en

¹¹⁶⁹Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *préc.*, sp. 298, § 186.

¹¹⁷⁰*Ibid.*, sp. 299 § 186.

¹¹⁷¹*Ibid.*

¹¹⁷²Parfois rebaptisée « défense de la cohésion de la société dont l'État à la charge », v. Y. Lequette, « De la proximité au « fait accompli » », *préc.*, sp. 484, § 3.

matière d'effets des relations de couple¹¹⁷³. La réception d'un tel statut aurait pour conséquence de transformer le « conflit international » en un « conflit interne » à un ordre juridique entre deux statuts dont les effets sont inconciliables et mutuellement exclusifs. De la même façon qu'en matière de décisions, l'accueil d'un statut de couple étranger inconciliable avec un statut « local » aurait pour effet de créer « un nid de complications inextricables » portant atteinte à la cohérence interne du for. Il en découle que l'existence d'un statut inconciliable préexistant dans le for de reconnaissance doit interdire la reconnaissance d'un statut étranger.

697. Il apparaît toutefois que si la justification du contrôle de l'absence d'inconciliabilité en matière de statuts de couple repose sur le refus de créer un « conflit interne » entre deux statuts dont les effets sont inconciliables, celui-ci ne devrait pas avoir vocation à intervenir lorsque le droit interne prévoit, lui-même, un mécanisme de prévention d'un tel conflit.

B. Le cas particulier de la célébration d'un mariage à l'étranger après l'enregistrement d'un PACS en France

698. Il existe, en effet, un cas très particulier dans lequel l'existence d'un statut inconciliable préexistant ne devrait pas faire obstacle à la reconnaissance d'un statut étranger : celui dans lequel, après avoir enregistré un PACS en France, un ou les partenaires se marient à l'étranger.

699. Deux situations sont, ici, envisageables. Il est possible que l'un des partenaires, au sens du droit français, se soit marié à l'étranger avec une personne autre que son partenaire. Ce pourra être le cas lorsque le PACS n'est pas reconnu dans l'État de célébration du mariage ou lorsqu'il n'est pas considéré comme un empêchement à mariage au sens du droit applicable à la formation de celui-ci. Ainsi, un homme ayant enregistré un PACS en France avec A pourra se marier avec une femme B en Turquie, par exemple. Il sera alors considéré comme le partenaire de A d'un côté de la frontière et comme le conjoint de B de l'autre côté. Il est tout aussi possible que les deux partenaires choisissent de se marier dans un autre État, soit que leur PACS n'y soit pas reconnu, soit qu'ils

¹¹⁷³V. infra § 953 s.

préfèrent bénéficier du statut de conjoints dans cet État. L'existence, dans deux États différents, d'un PACS et d'un mariage liant soit deux personnes entre elles, soit une personne avec deux personnes différentes entraîne alors un « conflit international de statuts ». Et la reconnaissance en France du mariage aurait pour effet de provoquer un « conflit interne », celui-ci résultant de la coexistence de deux statuts inconciliables au sein de l'ordre juridique français.

700. Le recours contre un tel conflit de statuts doit alors être recherché dans les dispositions matérielles françaises plutôt que dans les règles de droit international privé. En effet, à la différence du Royaume-Uni ou des Pays-Bas¹¹⁷⁴ qui prévoient que l'existence d'un partenariat est un empêchement à mariage, le droit français prévient le risque de « conflit interne » en posant la célébration d'un mariage comme cause de dissolution du PACS¹¹⁷⁵. Ainsi, le ou les partenaires engagés dans les liens d'un PACS voient le partenariat dissous automatiquement du fait de la formation du mariage. Aucun conflit de statuts ne peut alors exister dans l'ordre juridique français entre un PACS et une union matrimoniale, le premier cessant à la date de célébration du second. Cette modalité de prévention du conflit peut alors être appliquée lors de la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger. En effet, rien ne justifie de faire, sur ce point, une distinction entre la célébration et la reconnaissance des mariages. Dès lors, la reconnaissance d'une union formée à l'étranger devrait avoir pour effet de mettre fin au PACS. Et celle-ci ne saurait provoquer de « conflit interne » de statuts et, dans ces hypothèses, aucun obstacle n'interdit la reconnaissance d'un statut étranger.

¹¹⁷⁴A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 537, § 1403.

¹¹⁷⁵Article 515-7 du Code civil.

Conclusion du Chapitre I

701. Les conditions liées aux caractéristiques intrinsèques du statut sont communément admises tant en droit positif que dans la doctrine. En effet, ni la nécessité que le statut ait été cristallisé, ni celle qu'il l'ait été valablement n'est remise en cause tant elles sont essentielles dans la détermination du cadre de la reconnaissance. Si la méthode est portée par une logique circulatoire, elle ne saurait autoriser la circulation d'un simple fait. Il est alors indispensable de prévoir des conditions permettant au for d'accueil de vérifier que le rapport de droit dont la reconnaissance est réclamée existe effectivement dans un ordre juridique.

702. D'autres conditions doivent permettre de garantir que le statut soit recevable dans son ordre juridique de reconnaissance, ou en d'autres termes qu'il puisse s'y intégrer. Sur ce point, la condition de conformité du statut à l'ordre public du for paraît incontestable en ce qu'elle permet à l'État d'accueil d'assurer la protection de ses valeurs les plus fondamentales. Il apparaît, toutefois, que l'origine extraterritoriale des statuts visés par la méthode justifie que l'ordre public joue dans son effet atténué. Reste alors la condition de l'absence de statut inconciliable dans l'ordre juridique de réception. Prévue en matière de reconnaissance des décisions, elle peut être transposée à la question de la reconnaissance des statuts étrangers, bien qu'elle n'ait pas vocation à intervenir de façon très régulière.

Chapitre II - Les conditions relatives à la proximité entre le couple et les différents ordres juridiques concernés

703. Si la reconnaissance des situations créées à l'étranger ne se veut pas une méthode laxiste, il faut bien poser, en sus des conditions tenant à la nature de la relation, des contrôles visant à encadrer le comportement des parties. En effet, la méthode suppose que le for de reconnaissance écarte le jeu de ses règles de conflit lors de l'appréciation de la validité des rapports de droit créés à l'étranger. C'est le caractère « externe » de leur formation qui justifie l'éviction du système conflictuel du for au profit d'une méthode visant à garantir au mieux la circulation de la validité et de certains effets desdits rapports.

704. Un danger apparaît alors derrière ce mécanisme : celui que les particuliers « externalisent » la création de leur statut dans le seul but d'écarter l'application des règles de conflit auxquelles ils auraient normalement du être soumis, ce comportement leur permettant d'obtenir à l'étranger la création d'un statut auquel ils n'ont pas accès dans un État déterminé pour, ensuite, en demander la reconnaissance, à des conditions libérales, dans le ressort de cet État. En d'autres termes, le risque est que les particuliers instrumentalisent la méthode en créant *fictivement* l'élément qui en déclenche la mise en œuvre, ceci afin d'éviter les prescriptions posées par la loi qui leur était applicable. Si un tel risque était toléré, il faut admettre que la méthode n'aurait plus simplement vocation à protéger les intérêts particuliers des personnes liées par une situation internationale. Elle aurait, en réalité, pour conséquence d'autoriser les individus à modifier les caractéristiques de leur rapport de droit dans le but de tirer avantage de la logique circulatoire portée par une méthode de droit international privé au mépris du respect des dispositions internes qui leur étaient applicables.

705. Il apparaît alors que pour protéger le sens de la méthode, qui est de respecter des prévisions que les parties ont pu *légitimement* fonder sur la validité de leur statut acquis à l'étranger, il convient de garantir que le for de reconnaissance garde la possibilité de contrôler la réalité de l'origine « externe » du dit rapport de droit. Ce contrôle peut être opéré par deux biais différents relatifs aux liens de proximité que le statut entretient avec les différents ordres juridiques concernés.

706. Il est possible, tout d'abord, de contrôler l'existence d'un rattachement suffisant, aux yeux du for de reconnaissance, entre l'ordre juridique d'origine du statut et les membres du couple. Ici, la vérification de la proximité entre le statut et son État de création permet de s'assurer que les autorités de cet État aient pu se considérer comme *légitimement* compétentes pour sa création et que son État d'accueil puisse *raisonnablement* renoncer à l'application de ses règles de conflit lors de l'appréciation de sa validité (Section I).

707. Il est tout aussi possible, à l'inverse, de contrôler que le statut ne présente pas de liens trop étroits avec son État d'accueil, liens qui excluraient que celui-ci admette de renoncer à sa propre compétence pour la constitution dudit statut (Section II).

Section I - Le contrôle de la proximité existant entre le statut de couple et son État de constitution

708. Lorsqu'il reconnaît un couple créé à l'étranger, le for de reconnaissance admet d'écarter le « point de vue concret »¹¹⁷⁶ qui existe virtuellement dans son système conflictuel au profit du « point de vue concret » déjà exprimé par un ordre juridique étranger. Ce faisant, il évince l'application de ses règles de rattachement et abandonne tout contrôle de proximité entre le rapport de droit et la loi qui a présidé à sa création. À ce titre, une partie de la doctrine propose un abandon total du contrôle de proximité dans le cadre de la reconnaissance des situations étrangères (§I). Il apparaît, toutefois, que la nécessité d'un tel contrôle ne disparaît pas nécessairement. De fait, si la proximité n'est pas appréciée au stade de la compétence de la loi appliquée, elle devrait l'être par rapport à l'ordre juridique d'origine du statut de couple. Le contrôle de proximité prend alors la forme d'un contrôle de la compétence indirecte de l'autorité qui a participé à ou qui a constaté la cristallisation de la situation. Celui-ci doit, alors, se montrer suffisamment souple (§II) afin de ne pas mettre à mal les attentes que les parties auraient pu valablement fonder sur la validité de leur relation.

¹¹⁷⁶P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 561, § 28.

§ I - La justification du contrôle de proximité

709. La similitude existante entre la reconnaissance des jugements et celle des situations semble *a priori* justifier la mise en œuvre d'un contrôle des liens unissant le couple et son pays d'origine. Au surplus, il apparaît que la reconnaissance des situations de couple justifie l'existence d'un tel contrôle au regard de la matière même dans laquelle elle doit intervenir (B). Un rapide examen du droit comparé démontre pourtant qu'un certain nombre de règles de reconnaissance de droit positif abandonne toute vérification de la proximité unissant le couple et son État de constitution. Il convient alors de s'attarder sur les justifications possibles d'un tel abandon (A).

A. Les éléments justifiant l'abandon d'un tel contrôle

710. En matière de couple, le traitement d'un rapport de droit passe, habituellement, par le biais de la règle de conflit de lois qui permet au juge de le localiser. En effet, le juge saisi d'un statut de couple étranger doit, en toute circonstance, procéder à la localisation de celui-ci en vertu de sa règle de conflit. Cette localisation est alors l'expression la plus stricte du principe de proximité dans la mesure où la désignation d'une loi applicable passe par la recherche des « liens les plus étroits »¹¹⁷⁷ entre ledit rapport de droit et un ordre juridique particulier.

711. À l'opposé, la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance s'explique par la distinction nécessaire entre la création et la réception des rapports de droit. Le cantonnement des règles de conflit à la question de la création de ces rapports se fonde, alors, sur l'idée que lorsqu'un rapport de droit existe déjà, il n'est plus nécessaire de le localiser et que son existence impose le respect des prévisions que les parties ont pu légitimement fonder sur celui-ci. La reconnaissance marque ainsi, par l'abandon de la

¹¹⁷⁷En effet, le principe de proximité intervient dans l'élaboration de tous les types de règles de droit international privé. Mais, alors qu'il impose la recherche de la loi qui a les liens les plus étroits avec le rapport de droit, il se contente de l'existence de liens suffisants pour justifier la compétence d'une autorité juridictionnelle ou de celle de liens caractérisés pour permettre la reconnaissance d'une décision étrangère. Le principe de proximité joue alors avec plus ou moins de souplesse selon la matière dans laquelle il doit être mis en œuvre.

localisation du rapport de droit, un recul des exigences du principe de proximité face à la volonté d'assurer le respect des prévisions des parties.

Il pourrait alors sembler absurde de réintroduire le contrôle de proximité dans les conditions posées à la reconnaissance du rapport de droit. Pourtant, un tel contrôle ne relève pas de l'impossibilité logique. En effet, le principe de proximité n'a pas la même fonction selon qu'il intervient dans le choix de la loi applicable à la formation d'un couple ou dans la reconnaissance d'un couple étranger. La proximité recherchée lors de l'application des règles de conflit est la proximité la plus étroite possible entre la situation et un ordre juridique. C'est le caractère « unique » de cette proximité qui justifie que les règles matérielles de cet ordre juridique aient vocation, aux yeux du for, à présider à la constitution du rapport de droit. Dans le cadre de la reconnaissance, le contrôle de proximité vise à vérifier que l'État de constitution de la relation présente suffisamment de liens avec le couple pour qu'il se saisisse de la constitution de celui-ci et que le for de reconnaissance se dessaisisse, à son profit, de la question. Les deux contrôles sont relativement proches, mais restent distincts. Dans le premier cas, la proximité justifie qu'un ordre juridique définisse, selon son droit matériel, la teneur et les effets du rapport de droit. Dans le second, elle justifie que les autorités d'un État interviennent pour la constitution de ce rapport, sans qu'elles appliquent nécessairement la *lex fori*.

La différence entre les objectifs de ces deux contrôles implique que l'abandon de l'un n'entraîne pas nécessairement l'abandon de l'autre. L'exemple de la reconnaissance des jugements est, à ce niveau, édifiant. L'abandon, depuis l'arrêt *Cornelissen*¹¹⁷⁸, du contrôle de la loi appliquée n'a jamais amené de débat sur la justification de la vérification de la compétence indirecte du juge étranger.

712. Il apparaît toutefois qu'un certain nombre de règles de reconnaissance connues en droit comparé exclut tout contrôle de ce type. Ainsi, ni la règle¹¹⁷⁹ posée à l'article 45 de la loi suisse de droit international privé¹¹⁸⁰ ni la Convention de La Haye de 1978¹¹⁸¹ ne

¹¹⁷⁸Civ. 1re, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, *Bull. Civ.*, I, n° 68 ; *L.P.A.*, 27 avr. 2007, n° 85, p. 13, note Mahinga ; *Dr. Fam.*, 2007, Comm. 97, note Farge ; *JCP*, 2007, Actu. 107, obs. Bruneau ; *D.*, 2007, p. 1115, note D'Avout et Bollée ; *D.*, 2007, p. 891, obs. Chauvin, sp. 892 ; *RCDIP*, 2007, p. 420, note Ancel et Muir Watt ; *JDI*, 2007, p. 1195, note Train ; *Gaz. Pal.*, 2007, Doctr. 1387N, M.-L. Niboyet, « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte (le "grand arrêt" Cornelissen du 20 févr. 2007) ».

¹¹⁷⁹Si la règle était à l'origine applicable aux seuls mariages, l'article 65 de la loi de droit international privé prévoit de l'appliquer par analogie aux partenariats enregistrés.

¹¹⁸⁰Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987.

¹¹⁸¹L'article 11 de cette convention prévoit, limitativement, les motifs pour lesquels un État contractant pourrait refuser la reconnaissance d'un mariage étranger. V. pour les critiques relatives à l'absence de contrôle de proximité lors de la reconnaissance : P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international contemporain », *RCADI*, t. 196, 1986, p. 9, sp. 191, § 204 ; Y. Lequette, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales » *RCADI*, t. 246, 1994, p. 13, sp. 53,

prévoient de vérification de l'origine de l'union¹¹⁸². Le même silence se retrouve dans l'article 9 de la loi néerlandaise de droit international privé¹¹⁸³, qui s'applique, de façon générale, à tous les effets juridiques attachés à un fait par un État étranger. Il a, en effet, pu être avancé qu'une appréciation trop stricte de la condition de proximité viderait de toute utilité le recours aux règles de reconnaissance¹¹⁸⁴. Il est vrai que définir de façon trop étroite les liens nécessaires à la reconnaissance du statut de couple créé à l'étranger aurait pour conséquence de limiter très fortement les cas concrets de reconnaissance. En réalité, cet argument, sans justifier l'abandon d'un tel contrôle dans la reconnaissance des situations, impose qu'une appréciation de la proximité, si elle est faite, soit suffisamment souple dans ce cadre.

713. Ainsi, si les arguments qui, *a priori*, pourraient justifier l'éviction de tout contrôle de la proximité dans le cadre de la méthode de la reconnaissance peuvent être contrés, d'autres arguments militent, eux, pour le maintien de ce contrôle dans cette hypothèse.

B. Les arguments justifiant le maintien d'un tel contrôle

714. Le premier de ces arguments, lié à l'extranéité du statut dont la reconnaissance est demandée, peut être puisé dans la doctrine relative à la reconnaissance des décisions étrangères.

En cette matière, la condition de vérification de la compétence indirecte du juge étranger est, en effet, considérée comme « cardinale »¹¹⁸⁵. C'est, de fait, la condition la mieux établie¹¹⁸⁶ et la première énoncée dans l'arrêt *Cornelissen*¹¹⁸⁷. L'importance de cette

§ 39 ; P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 562, § 29.

¹¹⁸²Tout au plus, l'alinéa 2 de l'article 45 de la loi suisse de droit international privé prévoit que lorsque les futurs époux sont tous deux ressortissants suisses ou résidents de ce pays, le mariage célébré à l'étranger ne sera pas reconnu si le lieu de célébration a été choisi dans le but d'évincer les dispositions suisses relatives à la validité du mariage. La notion de proximité n'est alors pas tout à fait absente de la règle de reconnaissance, mais elle intervient plutôt dans ce qui pourrait être qualifié de contrôle de l'absence de fraude.

¹¹⁸³« Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un État étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets, constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique » Traduction en français de Dorothée van Iterson, « Loi du 19 mai 2011 établissant et instaurant le Livre 10 (Droit international privé) du Code civil néerlandais (Bulletin des lois 2011, n° 271) », *RCDIP*, 2012, p. 674, § 74.

¹¹⁸⁴P. Lagarde, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *préc.*, sp. 23.

¹¹⁸⁵D. Bureau et H Muir Watt, *Droit international privé*, *préc.*, sp. 303, § 264.

¹¹⁸⁶P. de Vareilles-Sommières, « Les jugements étrangers (matière civile commerciale) », *Rép. dr. Int.*, Dalloz, septembre 2013 (mise à jour avril 2017), § 80.

¹¹⁸⁷Civ. 1re, 20 févr. 2007, *Cornelissen*, *préc.*

condition se justifie, dans la doctrine, par le fait qu'« en affirmant la compétence de l'ordre juridictionnel étranger, la règle de compétence relève la norme étrangère de sa tare d'extranéité qui la prive, au regard de l'ordre juridique français, de toute force obligatoire intrinsèque »¹¹⁸⁸. Cette condition permet alors de vérifier que l'origine du jugement étranger est « saine »¹¹⁸⁹. Or la même nécessité se pose à l'égard des couples constitués à l'étranger et justifie le même contrôle.

715. Le second de ces arguments découle de la matière même dans laquelle la reconnaissance proposée doit être mise en œuvre. L'élaboration de la méthode doit prendre en compte l'environnement juridique dans lequel elle va trouver à s'appliquer ainsi que les règles avec lesquelles elle doit s'articuler, notamment celles présidant à la constitution des statuts de couple. Or, ainsi que l'a démontré le Professeur Romano¹¹⁹⁰, la formation de ces statuts, qu'il s'agisse de mariages ou de partenariats enregistrés, passe, très généralement, par l'application de la *lex fori*¹¹⁹¹. En parallèle, une relation de couple présentant des liens de rattachement avec plusieurs États pourra, en règle générale, bénéficier de la compétence des autorités de chacun de ces États. En effet, les règles de compétence sont en la matière, et particulièrement pour les nouvelles formes de couple, relativement souples. La résidence ou la nationalité de l'un des membres du couple, parfois même une simple présence, le liant à un pays justifie bien souvent l'intervention de ses autorités¹¹⁹².

Ces éléments combinés permettent aux couples de choisir, entre plusieurs États, celui qui appliquera la loi qui leur convient le mieux. Ils ont alors la possibilité de choisir, indirectement, la loi de constitution de leur statut par le biais du choix du pays de constitution de leur relation.

Il apparaît que si, à elles seules, les règles de conflit ne consacrent pas un mécanisme équivalant à l'autonomie de la volonté — qui présuppose que les règles de droit international privé d'un seul ordre juridique offrent aux parties le choix de la loi applicable à leur rapport de droit —, l'articulation des règles de conflit avec les règles de compétence offre une réelle liberté de choix aux particuliers.

716. Dès lors, une méthode permettant au couple de bénéficier, dans un État d'accueil, du statut qu'il a obtenu dans un autre pays s'approcherait dangereusement d'une validation

¹¹⁸⁸P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, préc.*, sp. 271, § 379.

¹¹⁸⁹B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP, préc.*, comm. sous l'arrêt *Munzer*, n° 41, sp. 361, § 5.

¹¹⁹⁰G. P. Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *préc.*

¹¹⁹¹*Ibid.*, § 5 s.

¹¹⁹²V. *supra* § 235.

du choix de loi si elle laissait les parties choisir ce pays au seul regard de la loi qui y est appliquée. Or, le principe de l'autonomie de la volonté n'a normalement pas vocation à intervenir en matière de formation du couple. S'il reste un bastion du droit international privé français qui reste affranchi de ce phénomène, ce doit être celui-ci. Ainsi, malgré la montée en puissance de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé contemporain, le législateur n'a pas opté pour une telle liberté dans les récentes règles de conflit prévues en matière de formation du couple¹¹⁹³ qui, touchant les droits indisponibles, ne peuvent être écartées par les parties. Il serait absurde alors de réintroduire la possibilité de choix de loi par le biais des règles de reconnaissance. Il ne faut pas en déduire que l'idée de mettre en place des règles de reconnaissance doit être abandonnée. Simplement, la possibilité de faire circuler le statut obtenu à l'étranger se doit d'être encadrée par un contrôle de l'origine du statut. Il convient, en effet, que le for de reconnaissance garde la possibilité de contrôler que le choix de former un statut de couple dans un autre État est justifié par des considérations extérieures à la seule loi qu'il applique.

717. Ce contrôle de la proximité existant entre le statut et son pays d'origine s'intègre d'ailleurs naturellement dans la méthode de la reconnaissance dont le fondement est la volonté d'assurer « la permanence du statut »¹¹⁹⁴, entendue de façon concrète comme le « respect des prévisions des parties »¹¹⁹⁵. Ce fondement justifie de limiter le jeu de ces règles aux situations dans lesquelles les parties peuvent prétendre avoir fondé des espérances légitimes quant à la validité de ce statut. Il est, ainsi, possible, comme l'indique le Professeur Lagarde¹¹⁹⁶, de poser l'existence d'attentes légitimes de la part des parties comme condition à la reconnaissance¹¹⁹⁷. Mais la vérification de cette existence peut tout aussi bien se faire, en creux, par le contrôle de la proximité. En effet, en l'absence de tout lien de proximité, les parties peuvent difficilement « soutenir qu'elles pouvaient légitimement s'attendre à voir le point de vue de cet ordre juridique rayonner *urbi et orbi*, le cas échéant contre le point de vue des ordres juridiques avec lesquels elles ont

¹¹⁹³ Ces règles sont posées par les articles 202-1 et 202-2 du Code civil datant de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 pour le mariage et l'article 515-7-1 du même code issu de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

¹¹⁹⁴ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, préc., sp. 199 s. ; H. Fulchiron, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », préc., sp. 910 ; P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », préc., sp. 231.

¹¹⁹⁵ P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », préc., § 33 ; P. Lagarde, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », préc., sp. 24.

¹¹⁹⁶ P. Lagarde, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », préc., sp. 24.

¹¹⁹⁷ C'est par exemple ce que prévoit l'article 9 de la loi néerlandaise de droit international privé du 19 mai 2011.

« Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un État étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets, peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du

véritablement des liens »¹¹⁹⁸. L'exigence de proximité peut, alors, remplir le rôle de curseur distinguant entre les prévisions qui ne sauraient être considérées comme légitimes et celles qui le doivent. Ainsi, la mise en œuvre de ce contrôle de proximité doit permettre de préserver le fragile équilibre entre la volonté de garantir la légitimité des prévisions des parties et celle de protéger les prévisions qui le sont.

§ II - Les modalités du contrôle de la proximité

718. L'idée fondatrice de la méthode de la reconnaissance est qu'il existe une différence entre la création et la réception du rapport juridique¹¹⁹⁹. Soit un rapport de droit n'existe nulle part et il appartient au juge saisi de le créer, soit il existe déjà dans un autre ordre juridique, et le for de reconnaissance doit se contenter de le recevoir ou de le rejeter. La reconnaissance des situations et celle des décisions étrangères présentent une parenté étroite qui justifie que le principe de proximité s'exprime de façon similaire dans les deux cas¹²⁰⁰. Les exigences de proximité s'affaiblissent devant la volonté de préserver l'effectivité des statuts créés dans d'autres ordres juridiques¹²⁰¹ et l'intervention du principe de proximité doit être adaptée à la logique de la reconnaissance (A). Il convient alors de rechercher quels liens le couple doit entretenir avec l'État d'origine pour remplir ces exigences (B).

A. L'adaptation du principe de proximité aux règles de reconnaissance

719. Un premier constat peut être posé à ce stade du raisonnement : le principe de proximité joue de façon plus souple lors la détermination de la compétence d'une autorité

droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets, constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique ». Traduction en français de Dorothee van Iterson, *RCDIP*, 2012, sp. 674.

¹¹⁹⁸S. Bollée, « *Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales* », *préc.*, sp.116 ; V. P. Mayer, « *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé* », *préc.*, sp. 562, § 29.

¹¹⁹⁹Ch. Pamboukis, « *La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance* », *préc.*, § 14.

¹²⁰⁰Sous la plume de P. Lagarde (« *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », *préc.*, sp. 25, § 2), le « principe de proximité » exprime l'idée que le rapport de droit doit être rattaché à un ordre juridique avec lequel il entretient des liens, ceux-ci pouvant être plus ou moins étroits selon le domaine dans lequel le principe trouve son application.

¹²⁰¹Ch. Pamboukis, « *La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance* », *préc.*, § 2.

que lors de la désignation d'une loi applicable. Il impose, dans la première hypothèse, que le litige présente « un certain rattachement justifiant cette compétence »¹²⁰². Il ne s'agit pas de rechercher les « liens les plus étroits », mais de vérifier qu'un lien « étroit »¹²⁰³ existe entre ladite autorité et le rapport de droit. Or, un même rapport de droit peut présenter des rattachements suffisamment significatifs avec plusieurs autorités, juridictionnelles ou non, et pouvant justifier la compétence concurrente de plusieurs d'entre elles. Le principe de proximité réclame alors, lorsqu'il est mis en œuvre dans le cadre de la reconnaissance d'un statut étranger, qu'un lien « suffisant »¹²⁰⁴ existe entre le dit statut et son autorité créatrice et permette de justifier la compétence de cette autorité.

720. Le contrôle se veut, dans ce cadre, très souple (1) et doit viser à garantir l'intégration du couple dans l'ordre juridique de création de son statut conjugal (2).

1. La souplesse du contrôle de proximité

721. Le libéralisme du contrôle de la compétence indirecte du juge étranger « est fondé principalement sur l'existence même d'un jugement étranger auquel les parties ont éventuellement conformé leur comportement et qui a créé des obligations et des droits entre elles »¹²⁰⁵. Cette justification de la souplesse du contrôle de proximité est transposable aux règles de reconnaissance. L'existence d'un rapport de droit et la nécessité de respecter les prévisions légitimes des parties justifient alors autant la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance que la souplesse du contrôle de proximité.

722. La similarité du jeu du principe de proximité entre les reconnaissances de jugements et celles des situations ne s'arrête pas là. Dans les deux cas, l'objectif du contrôle est le même. Il consiste à vérifier que la compétence qu'un État s'est arrogée pour traiter d'une situation peut être considérée comme raisonnable¹²⁰⁶ aux yeux du for de reconnaissance. Que cette compétence s'exprime par l'intervention de ses autorités,

¹²⁰²P. Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », *préc.*, sp. 128, § 121.

¹²⁰³*Ibid.*, sp. 26, § 2.

¹²⁰⁴P. Lagarde, « *Ordre public* », *préc.*, sp. 175, § 182.

¹²⁰⁵N. Joubert, « *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé* », *préc.*, sp. 514, § 544.

¹²⁰⁶*Ibid.*, sp. 515, § 545.

juridictionnelles ou non, ou sans cette intervention quand le rapport de droit se cristallise par l'intervention du temps, le contrôle a le même but : vérifier que l'origine du point de vue concret étranger soit acceptable pour le for de reconnaissance. Il peut alors être effectué de la même manière¹²⁰⁷ et il est tout à fait possible d'utiliser l'appellation de « contrôle de compétence indirecte de l'État d'origine ».

723. Ainsi, les enseignements de l'arrêt *Simitch*¹²⁰⁸ peuvent être appliqués dans l'appréciation de la compétence de l'État d'origine¹²⁰⁹. Cet arrêt marque une étape importante dans l'évolution du contrôle de la compétence indirecte. Mettant fin aux hésitations jurisprudentielles et doctrinales¹²¹⁰, la Cour de cassation avait dissocié, dans cette affaire, sa règle de compétence indirecte de ses règles de compétence directe. Il ne s'agit plus, depuis cet arrêt, d'apprécier l'intervention du juge étranger au regard de règles de compétence directe, que ce soit les siennes ou celles de l'ordre juridique de reconnaissance, mais de vérifier que sa compétence réponde à certaines conditions. En effet, selon la formule employée dans l'arrêt *Simitch*, « toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ». Trois conditions distinctes sont donc posées par la Cour de cassation à la compétence indirecte du juge étranger¹²¹¹ et certaines d'entre elles peuvent être transposées dans les règles de reconnaissance en matière de couple.

La première, l'absence de compétence française exclusive, n'est pas utile ici, dans la mesure où il n'existe pas de compétence exclusive réservée aux autorités françaises en matière de formation du couple.

La question de la fraude, quant à elle, est d'une importance suffisante pour faire l'objet d'une condition à la reconnaissance à part entière, sans qu'elle soit intégrée au contrôle de la proximité de l'ordre juridique d'origine¹²¹².

¹²⁰⁷Contra Ch Pamboukis, « *La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance* », *préc.*, sp. 513.

¹²⁰⁸Civ 1^{re}, 6 février 1985, *Madame Fairhurst c. Simitch*, *RCDIP*, 1985, p. 369 ; *JDI*, 1985, p. 460, note A. Huet ; *D.*, 1985, p. 497, note B. Audit.

¹²⁰⁹S. Bollée, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », *préc.*, sp. 115 ; le même auteur « *L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale* », *préc.*, sp. 338, § 26.

¹²¹⁰Le Professeur Holleaux a identifié les trois théories afférentes au contrôle de la compétence indirecte que sont celle de l'unilatéralité simple, de la double unilatéralité et de la bilatéralité. (*Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970, compte rendu Ph. Francescakis, *RCDIP*, 1972, p. 529).

¹²¹¹Ph. Francescakis, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt *Simitch* de la Cour de cassation », *RCDIP*, 1985, p. 243.

¹²¹²V. infra § 744 s.

724. La vérification de la compétence indirecte de l'État de constitution du couple passe alors essentiellement par la vérification de l'existence de liens caractérisés entre cet État et le statut qu'il a constitué. Ces liens doivent permettre d'établir que les statuts de couple peuvent être « acceptables du point de vue de leur origine »¹²¹³ aux yeux de l'État d'accueil.

2. La proximité : indicateur de l'intégration du couple dans l'État de création du statut

725. Dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers, le contrôle de la compétence indirecte du juge permet essentiellement de protéger, à la fois, les intérêts procéduraux des deux parties et la bonne administration de la justice¹²¹⁴. Cette nécessité n'apparaît pas dans le cadre de la reconnaissance des statuts de couple étrangers. En effet, dans ces situations en l'absence de tout contentieux au moment de la création du statut, les parties sont en général sur un pied d'égalité. Ils ont, par définition, le même objectif : la création d'un statut de couple. Aucune partie n'impose à l'autre le choix d'une autorité qui pourrait lui être défavorable. Le contrôle de proximité a alors essentiellement vocation, lors de la reconnaissance d'un statut de couple, à vérifier que les parties pouvaient légitimement espérer voir circuler leur couple. Or, de telles espérances ne peuvent exister en matière de statut personnel, que lorsque la ou les personnes sont suffisamment intégrées à l'ordre juridique de constitution du rapport de droit¹²¹⁵.

726. L'exemple de la Convention CIEC de 2005¹²¹⁶ relative à la reconnaissance des noms permet d'illustrer le propos. Ce texte impose, dans le cadre de la circulation des noms, une vérification de la proximité liant le titulaire du nom et l'État d'établissement de ce nom, proximité qui a vocation à prouver que le titulaire est suffisamment intégré à cet État pour que le nom qu'il lui a attribué puisse être reconnu à l'étranger. Il apparaît, par ailleurs, que l'appréciation de cette proximité varie selon l'origine du nom à reconnaître. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un nom de naissance, sa reconnaissance sera assurée s'il a été

¹²¹³N. Joubert, « La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé », *préc.*, sp. 515, § 544.

¹²¹⁴*Ibid.*, p. 515, § 545 ; S. Bollée, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », *préc.*, sp. 116.

¹²¹⁵S. Bollée, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », *préc.*, sp. 116.

¹²¹⁶Convention CIEC n° 31 signée à Ankara le 16 septembre 2005.

attribué par l'État de naissance et de nationalité de l'enfant¹²¹⁷. Si le nom résulte d'une modification postérieure, il peut être reconnu à la condition que le changement de nom ait été fait dans l'État de nationalité du titulaire du nom¹²¹⁸. Les éléments de proximité sont alors appréciés au regard de ce seul titulaire.

En revanche lorsque le nom résulte du statut matrimonial d'une personne, il ne peut être reconnu que si la déclaration relative à ce nom a été reçue dans l'État de nationalité de l'un des époux ou de leur résidence habituelle commune¹²¹⁹. Ici, dans la mesure où le nom résulte de la relation matrimoniale, la proximité est appréciée à l'égard du couple. Celui-ci sera considéré comme intégré à l'État de la résidence habituelle commune des époux comme à l'État de nationalité de l'un d'entre eux. La force de l'intégration d'une personne par sa nationalité agit, alors, par attraction sur l'intégration du couple. Au regard de cette variation du contrôle de proximité, il est possible de se demander quels liens peuvent être, dans le cadre de la reconnaissance des relations conjugales, considérés comme suffisants à démontrer l'existence d'un degré d'intégration justifiant la circulation du statut de couple.

727. Deux éléments permettent de considérer que si l'intégration doit être suffisamment significative, elle ne doit pas être appréciée de façon trop stricte.

En premier lieu, l'appréciation de la proximité influe directement sur l'ouverture de la méthode de la reconnaissance. Plus les liens exigés sont ténus, plus la reconnaissance est limitée. Au contraire, plus les liens requis sont lâches, plus la circulation du statut sera aisée. Or, de plus en plus de couples présentent des liens avec plus de deux ordres juridiques. Au vu des mouvements de population, il est tout à fait imaginable que deux époux, de nationalités différentes, résident ou soient domiciliés dans un État dont aucun des deux n'est ressortissant. Les rattachements du couple sont alors éclatés entre trois ordres juridiques différents, et il en découle nécessairement un affaiblissement du rattachement qu'il entretient avec chacun d'entre eux. Imposer que le couple soit trop fortement intégré à un seul et même ordre juridique risque de vider la méthode de reconnaissance de son utilité.

En second lieu, le principe de proximité permet de constater l'existence d'une intégration suffisante pour justifier que la compétence de l'ordre juridique d'origine soit considérée comme raisonnable aux yeux du for de reconnaissance. Les contrôles de la conformité de

¹²¹⁷ Article 4 alinéa 1 de la convention. L'alinéa 2 du texte prévoit une dérogation, conforme à l'arrêt *Garcia Avello* de la CJCE.

¹²¹⁸ Article 5 de la convention.

¹²¹⁹ Article 1 de la convention. L'article 3 de la convention offre d'ailleurs la possibilité aux États contractants d'étendre la solution aux partenariats enregistrés.

l'exception d'ordre public et celui de l'absence de fraude, qui permettent, eux, de préserver la cohérence de l'ordre juridique de reconnaissance, peuvent être considérés comme les conditions déterminantes en la matière et de ce fait être appréciés un peu plus strictement. Le contrôle de la compétence de l'ordre juridique étranger peut alors être apprécié de façon souple et il convient de déterminer quels liens de rattachement doivent être pris en considération.

B. Les éléments de contrôle à prendre en compte en matière de couple

728. Les éléments de proximité traditionnellement retenus, tant pour le conflit de lois que pour le conflit de juridictions, en matière de statut personnel sont la nationalité, la résidence habituelle ou le domicile de la personne. Ces trois éléments peuvent être mis en œuvre dans l'appréciation de la proximité entre le couple étranger et son ordre juridique de constitution. En effet, lorsqu'est en cause la circulation d'un couple, l'intégration nécessaire à la reconnaissance de la compétence de l'ordre juridique étranger doit être entendue comme une « intégration culturelle » et non comme une simple intégration économique par exemple. Or cette intégration culturelle peut découler de deux situations. Les personnes peuvent être liées tant à la culture dont ils sont issus et dans laquelle ils ont grandi qu'à celle dans laquelle ils vivent quotidiennement. De façon très schématique, il est alors possible de considérer que l'intégration culturelle d'une personne peut être marquée tant par sa nationalité que par sa résidence habituelle ou son domicile. Le propos est peut-être trop schématique dans la mesure où la nationalité d'une personne ne reflète pas nécessairement la culture dont il est issu. De la même façon, l'existence d'une résidence habituelle ou d'un domicile marque essentiellement l'existence d'une intégration géographique qui se réalise en amont de l'intégration culturelle. Toutefois, la nationalité, qu'elle soit celle attribuée à la naissance ou une nationalité acquise par la suite indique l'appartenance de son titulaire à une communauté nationale et culturelle, comme la résidence habituelle ou le domicile dans un État impliquent, en général, un minimum d'imprégnation de la personne par son environnement culturel.

729. Ces éléments sont d'ailleurs retenus par les règles de compétence appliquées lors de la célébration du mariage en France. La combinaison des différentes règles de compétence en matière de mariage¹²²⁰ permet de faire célébrer le mariage devant les autorités françaises en vertu du domicile, de la résidence ou de la nationalité de l'un ou des deux époux.

Les critères retenus par les règles françaises permettent, en principe, de présumer l'existence d'une proximité suffisante à donner compétence aux autorités françaises pour la constitution d'un couple.

Il apparaît alors que chacun de ces trois éléments permet de caractériser une proximité suffisante entre le couple et son État de constitution pour justifier que cet ordre juridique soit considéré comme compétent au titre de la reconnaissance. Peu importe, ici, qu'il s'agisse de reconnaître un mariage ou un partenariat enregistré. Dans les deux cas, c'est un statut de couple qui doit circuler, et l'intégration nécessaire est de la même nature. La Convention de Munich relative à la reconnaissance des partenariats enregistrés de 2007 reprend, ainsi, le même type d'élément de proximité. Dans son article 7, le texte énumère, limitativement, les motifs pour lesquels un État garde la possibilité de refuser la reconnaissance d'un partenariat enregistré à l'étranger. Son point 5 indique alors que ce refus est possible dès lors qu'aucun des partenaires n'était ni ressortissant ni résident de l'État de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement du couple. La proximité est alors définie en négatif par la convention.

730. Deux précisions doivent, ici être apportées. En premier lieu, les règles de compétence françaises relatives au mariage prennent en compte, en sus de la résidence et du domicile des futurs époux, ceux de l'un de leurs parents. Les liens entre la France et le couple ne sont dans ce cas qu'extrêmement faibles, voire quasi inexistantes. De la même façon, un couple de partenaires peut faire enregistrer un PACS par un notaire français sans nécessairement présenter de lien avec l'ordre juridique français.

¹²²⁰En effet, le règlement de la compétence des autorités françaises est éclaté entre trois articles du Code civil. L'article 74, règle de compétence interne désignant l'officier de l'état civil spécialement compétent, prévoit, lorsqu'il est élevé au niveau international, que la célébration d'un mariage puisse avoir lieu en France si l'un des époux ou l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence depuis au moins un mois sur le territoire français. À cette disposition, s'ajoutent deux règles qui ne visent que les mariages de français résidant à l'étranger. L'article 48 du Code civil, combiné à l'article 5, alinéa 1^{er} du décret n° 2008-521 du 2 juin 2008, énonce que les agents diplomatiques et consulaires français peuvent célébrer le mariage de deux français domiciliés ou résidant dans leur circonscription consulaire. En parallèle l'article 171-9 du code civil prévoit une règle particulière applicable aux mariages entre personnes de même sexe. Dans ce cas, lorsque les deux futurs époux, dont l'un est français, ont leur domicile ou leur résidence dans un État qui n'autorise pas les mariages homosexuels et interdit aux autorités consulaires ou diplomatiques françaises de célébrer une telle union, l'officier de l'état civil du lieu de naissance ou du dernier domicile de l'un des époux, du domicile ou de la résidence de l'un de leurs parents peut procéder à la célébration de l'union. Si aucun de ces chefs de compétence n'est rempli en France alors que l'un des époux est français, les futurs époux peuvent demander cette célébration dans la commune de leur choix.

731. Se pose alors la question de savoir si des liens aussi ténus, voire une telle absence de lien comme dans le cas du PACS, peuvent permettre de reconnaître la compétence indirecte d'un ordre juridique étranger. En effet, le contrôle de la compétence indirecte se doit, nous l'avons vu, d'être plus souple que celui de la compétence directe. Si une si faible proximité justifie, *a priori*, l'intervention de l'ordre juridique français, elle devrait aussi permettre de valider, *a posteriori*, celle de l'ordre juridique étranger. Toutefois, pour répondre à cette question, il convient de garder à l'esprit le contexte dans lequel ont été élaborées ces règles.

732. L'extension de la compétence des autorités françaises est concomitante à l'évolution du droit du couple en France. Cette évolution a entraîné une modification de nos règles de compétence, comme de nos règles de conflit, afin de permettre un accès maximum aux statuts français de couple. La compétence des autorités françaises n'est plus fondée, dans ces hypothèses, sur l'idée de l'intégration du couple dans notre ordre juridique, mais sur la volonté d'étendre au maximum le rayonnement de nos conceptions. Or, le contrôle de la compétence de l'ordre juridique d'origine n'a pas pour vocation de protéger le domaine d'application du droit étranger, mais seulement de contrôler que le couple est suffisamment intégré à cet ordre juridique pour justifier la reconnaissance du statut qui y a été formé. Il en ressort que les éléments de proximité retenus doivent être appréciés à l'égard des seuls membres du couple.

733. En second lieu, il demeure possible d'envisager que d'autres éléments de proximité puissent justifier la compétence de l'ordre juridique de constitution. Ainsi, en matière de reconnaissance des décisions étrangères, différentes décisions ont pu admettre l'existence de liens caractérisés avec le juge étranger en se fondant sur des éléments autres que ceux de la résidence, du domicile ou de la nationalité des membres du couple¹²²¹. Par exemple, dans des affaires relatives à l'annulation d'un mariage ou à la dissolution du lien matrimonial, les juridictions françaises ont pu faire référence au lieu de célébration du mariage¹²²², au lieu de naissance des époux¹²²³ ou parfois même à la présence de biens de l'un d'entre eux dans un État¹²²⁴. Il apparaît toutefois que ces éléments étaient, dans chaque affaire, intégrés à un faisceau d'indices et que l'un ou les époux étaient ressortissants ou

¹²²¹V. la jurisprudence citée par N. Joubert, « *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé* », *préc.*, sp. 517, § 548.

¹²²²Paris, 12 mars 1996, *D.*, 1998, somm. Com. 282, observations B. Audit.

¹²²³Civ 1, 23 mai 2006, *Prieur, D.*, 2006, p. 1846, chr. B. Audit ; *GAJDIP, préc.*, n° 87.

¹²²⁴Civ 1, 6 février 1985, *Simitch, préc.*

domiciliés dans l'État d'élaboration du jugement étranger. La prise en compte de ces éléments participait alors à une appréciation quantitative des liens caractérisés et, à eux seuls, ces éléments ne permettaient pas de constater l'existence de tels liens. Il faut alors souligner que retenir des éléments de proximité aussi disparates priverait la méthode de la reconnaissance de prévisibilité. Au surplus, la question de la dissolution d'une relation nécessite une intégration du couple moins importante que lorsqu'il s'agit de créer la relation. Seuls devraient être retenus la nationalité, le domicile ou la résidence des particuliers. Une fois admis que ces éléments de proximité sont de nature à justifier la compétence indirecte de l'ordre juridique étranger, il convient de déterminer si la proximité doit être appréciée de façon qualitative ou quantitative (1) et surtout à quel moment elle doit être constatée (2).

1. Le choix d'une appréciation qualitative ou quantitative de la proximité

734. L'objectif du contrôle de la proximité n'a pour fonction que de vérifier si le rattachement entre le couple et l'ordre juridique de constitution est suffisamment étroit pour valider *a posteriori* son intervention. Il ne s'agit pas de rechercher l'ordre juridique dont le rattachement avec le couple peut être considéré comme prépondérant. De cet objectif découlent plusieurs conséquences quant à l'utilisation des éléments de proximité. En premier lieu, il n'est pas nécessaire de mettre en place une hiérarchie entre ces différents éléments puisque le contrôle de proximité ne vise pas à déterminer l'ordre juridique le plus à même de se prononcer sur la formation du statut de couple. En second lieu, il devrait être considéré que la réalisation d'un seul de ces éléments dans un État établit la compétence indirecte de son ordre juridique. C'est notamment la position adoptée par l'article 7 point 5 de la Convention de Munich¹²²⁵. Cette disposition prévoit que la seule nationalité ou la seule résidence de l'un des partenaires dans un État suffit à justifier la reconnaissance du statut constitué dans le ressort de cet État. Il n'est pas, ici, nécessaire que la proximité illustrée par la nationalité, par exemple, soit renforcée par la résidence ou par un autre élément. La proximité est appréciée de façon qualitative et non quantitative. Peu importe le nombre de rattachements qui unit le couple à son ordre juridique de création, seule compte la nature du rattachement.

¹²²⁵Convention CIEC n° 32 relative à la reconnaissance des partenariats enregistrés signée à Munich le 5 septembre 2007.

735. Ce contrôle de proximité se distingue de la recherche des liens caractérisés mise en place dans l'arrêt *Simitch*. Pour contrôler l'existence de liens caractérisés justifiant la compétence du juge étranger, les juridictions françaises utilisent la méthode du faisceau d'indices. Ceci se justifie par le fait que le choix d'une juridiction par le demandeur peut participer d'une volonté de rendre plus difficile la défense de son adversaire. Le contrôle de proximité se doit alors d'être plus étroit dans la mesure où il permet la protection des droits des parties et la bonne administration de la justice.

Dans le cadre de la reconnaissance de mariage ou de partenariat, les deux parties cherchent le même résultat, la constitution du couple. Dans la mesure où le contrôle de proximité n'a pour fonction que de caractériser l'intégration du couple dans son ordre juridique d'origine, le contrôle peut alors être plus souple et se fonder sur un seul des éléments de proximité retenus.

736. Reste alors à décider, en dernier lieu, si l'existence d'un élément de proximité de l'un seul des membres du couple suffit à démontrer l'intégration du couple dans un ordre juridique.

Si le rattachement des deux membres du couple était imposé, la reconnaissance d'un statut étranger ne pourrait être accordée que dans les cas où le statut a été constitué dans l'État de la nationalité commune, de la résidence commune ou du domicile commun du couple, ou à défaut dans l'État de résidence ou de domicile de l'un des époux/partenaires à la condition que cet État soit aussi celui de la nationalité du conjoint/autre partenaire.

Une autre voie, celle de ne contrôler l'existence d'un élément de proximité qu'à l'égard d'un seul des membres du couple, pourrait aussi être envisagée. Du choix entre les deux appréciations de la proximité dépend l'ouverture de la méthode de la reconnaissance.

737. Prenons l'exemple d'un couple germano-marocain résidant en Suisse. Si la règle de reconnaissance suivait la première option, le mariage ou le partenariat unissant les deux personnes ne pourrait être reconnu qu'à la condition qu'il ait été constitué en Suisse. Au contraire, si la deuxième option était choisie, il pourrait être reconnu s'il a été créé dans l'un des trois États que sont le Maroc, l'Allemagne et la Suisse. La situation serait la même si notre couple était germano-suisse et résidant en Suisse. La première option permet la reconnaissance du statut suisse, alors que la deuxième favorise la reconnaissance du statut qu'il soit originaire de Suisse ou d'Allemagne. Dans ces deux exemples, la reconnaissance du statut établi dans l'État de la résidence commune des membres du couple semble aller

de soi. De la même façon, la reconnaissance d'un statut de couple constitué dans l'État de leur nationalité commune ne devrait pas soulever de questions.

738. En revanche, lorsqu'un seul des membres du couple est rattaché à l'ordre juridique d'origine du statut, le rattachement pourrait sembler trop faible pour justifier la reconnaissance de la compétence indirecte du dit ordre juridique. Il faut pourtant admettre que les règles de reconnaissance en matière de couple ont pour objectif de permettre le respect des prévisions des parties. Le contrôle de proximité doit alors se faire de façon suffisamment souple pour ne pas vider la méthode de son sens. Il ne vise pas à vérifier que l'ordre juridique de constitution du couple est l'ordre juridique avec lequel le couple entretient la proximité la plus forte, mais simplement que la proximité qui les rattache peut justifier l'existence de prévisions légitimes en la circulation du couple.

Une distinction doit alors être faite selon la nature de l'élément de proximité qui se réalise dans l'ordre juridique d'origine. Lorsque le couple se marie ou enregistre un partenariat dans l'État de nationalité de l'un de ses membres, le rattachement doit être considéré comme suffisamment puissant pour justifier l'existence de prévisions légitimes fondées sur la circulation du statut et ainsi permettre la reconnaissance de celui-ci. Cette solution se retrouve d'ailleurs dans l'article 7 de la convention de Munich.

Au contraire, l'existence de telles prévisions à la suite de la formation de la relation de couple dans l'État de résidence ou de domicile de l'une seule des parties semble plus difficile à envisager. Il faudrait dans ce cas que la résidence ou le domicile soient communs pour constater une certaine intégration du couple dans cet État. Si limiter la reconnaissance des relations de couple à celles créées dans l'État de résidence commune ou de domicile commun des deux membres du couple peut sembler trop strict, il apparaît que la souplesse peut réapparaître par le biais d'une modulation de la date d'appréciation de ces éléments de rattachement.

2. La date d'appréciation de l'élément de rattachement

739. Évoquer la question du moment auquel il est pertinent d'apprécier l'élément de rattachement peut sembler *a priori* relativement inutile. De façon logique, celui-ci doit

normalement être apprécié au moment de la constitution du couple. C'est la solution adoptée par la convention de Munich sur la reconnaissance des partenariats enregistrés. La reconnaissance serait alors possible dès lors que le couple a été créé dans l'État de nationalité de l'un de ses membres ou dans l'État de résidence ou de domicile communs du couple.

740. Une difficulté risque alors d'apparaître au regard des règles de compétence directe qui peuvent être retenues par les États. L'exemple peut être pris dans les règles françaises. En effet, les autorités françaises peuvent se considérer comme compétentes pour l'enregistrement d'un PACS si les partenaires décident de fixer leur résidence en France. Cela signifie *a contrario* qu'au moment de l'enregistrement, les partenaires n'ont pas forcément leur résidence en France. De la même façon, en matière de mariage nous l'avons vu, les futurs époux peuvent obtenir la célébration de leur union sur le territoire français si l'un de leurs parents y a son domicile ou sa résidence depuis au moins un mois.

D'autres États donnent un accès tout aussi libre à leurs autorités. Le Royaume-Uni, par exemple, n'impose qu'une résidence de 7 jours de l'un des partenaires sur son territoire pour qu'un couple puisse y faire enregistrer un *civil partnership*¹²²⁶. L'Allemagne ne posait, quant à elle, aucune condition ni de nationalité, ni de domicile, ni de résidence à l'accès à ses autorités pour l'enregistrement d'un *eingetragene Lebenspartnerschaft*¹²²⁷. La seule présence des partenaires sur le sol allemand était alors suffisante.

Dans ces cas, il est tout à fait possible que les éléments de proximité pris en compte dans nos règles de reconnaissance ne se réalisent pas au moment même de la formation du couple, mais seulement par la suite.

741. Prenons l'exemple d'un couple d'hommes hongrois qui, lors d'un voyage en 2017, a découvert que l'Allemagne offrait un accès illimité à son statut de partenariat enregistré. Ces hommes ont alors profité de leur séjour temporaire en Allemagne pour saisir cette opportunité et, désirant vivre sous le statut de partenaires, se sont installés dans ce pays et y ont établi leur résidence. Après quelques années passées en Allemagne, le couple s'installe en France. Aux yeux des règles de reconnaissance françaises, il n'existe aucune proximité suffisante entre l'Allemagne et le couple au moment de l'enregistrement justifiant la compétence indirecte de cet ordre juridique pour l'enregistrement du partenariat.

¹²²⁶ Article 8.1 du *Civil Partnership Act* 2004.

¹²²⁷ R Wagner, « Das neue internationale Privat-und Verfahrensrecht zur *eingetragene Lebenspartnerschaft* », *IPRax*, 2001, p 287.

742. Pourtant, au moment où sa reconnaissance sera demandée en France, les parties pourraient légitimement espérer la circulation du statut. Si aucun lien n'existait au moment de la constitution du couple entre celui-ci et l'Allemagne, il est apparu par la suite. Cette proximité immédiatement postérieure à la formation du couple devrait être prise en compte lors de la reconnaissance du partenariat. Il apparaît alors nécessaire de décaler, dans certains cas, le moment d'appréciation de cette proximité lorsque le couple réside à la suite de la formation du couple dans son État d'origine.

Il convient ainsi de prévoir que la reconnaissance d'un partenariat ou d'un mariage créé dans un autre État doit être accordée lorsque l'un des membres du couple avait la nationalité de cet État au moment de la création, ou lorsque les deux membres y avaient soit une résidence, soit un domicile commun à cette date ou l'y ont fixé immédiatement après.

743. Une fois contrôlée l'existence d'une proximité suffisante avec l'État d'origine, il convient de contrôler que les parties n'avaient pas eu pour seul but d'obtenir un statut à l'étranger afin d'échapper aux prohibitions du for de reconnaissance. C'est, alors, le contrôle de l'absence de fraude qui doit être mis en œuvre.

Section II - Le contrôle de la proximité entre la relation de couple et son ordre juridique de reconnaissance

744. S'il est nécessaire que la relation de couple présente des liens avec son ordre juridique de création, la question des liens qu'elle présente avec l'ordre juridique dans lequel sa reconnaissance est demandée présente, elle aussi, une certaine importance. En effet, si la méthode de la reconnaissance vise à mettre en place un système assurant la circulation des relations entre les différents ordres juridiques, elle ne saurait être conçue comme un « cheval de Troie » permettant aux particuliers d'introduire dans un ordre juridique d'accueil « ce qui n'est pas censé y avoir cours, en exploitant artificiellement les ressources procurées par un système de droit étranger »¹²²⁸. Le for d'accueil doit garder la possibilité de s'assurer que la création d'une relation de couple n'a pas été opérée dans un

¹²²⁸S. Bollée, « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. 339.

autre État dans le seul but d'en obtenir la reconnaissance sur son territoire, alors qu'il n'aurait pas, lui-même, autorisé la création d'une telle relation. Le contrôle de la proximité qu'entretient la relation de couple avec son propre territoire correspond, alors, au contrôle de l'absence de comportement frauduleux de la part des particuliers lors de la création de leur statut de couple.

745. La prohibition de la fraude est traditionnellement considérée comme « un principe à valeur générale »¹²²⁹ qui trouve son terrain d'élection dans le droit international privé. Ainsi, il a pu être écrit que « la fraude [était] inséparable de la matière »¹²³⁰. En effet, cette branche du droit trouve son origine dans la « division du monde en ordres juridiques »¹²³¹ et a, notamment, vocation à encadrer le comportement des particuliers qui pourraient mettre en place des « stratégies d'évitement des lois contraignantes »¹²³².

746. Il apparaît toutefois que la matière a profondément changé au cours des dernières décennies et qu'elle s'inscrit aujourd'hui dans un mouvement de mise en concurrence des différents ordres juridiques. Il est, en effet, acquis que les justiciables peuvent, en de nombreuses matières, choisir l'autorité compétente pour régir leur rapport de droit ainsi que la loi qui leur est applicable. Il est alors incontestable que les personnes ont désormais les moyens « d'user » de l'aspect international de leur situation en puisant dans les différents ordres juridiques les outils leur permettant de parvenir à la solution juridique qui leur convient le mieux. Cette réalité a pu mener un auteur à décrire la fraude comme un « concept dépassé » à « la positivité hésitante »¹²³³. De fait, les récentes évolutions du droit international privé peuvent légitimement soulever certaines interrogations quant à la place qui devait, dans ce contexte, être offerte à la fraude, et plus particulièrement au contrôle de l'absence de fraude. Il semble, toutefois, que ces évolutions ne sauraient avoir pour conséquence de renoncer à toute idée de respect de l'autorité des lois ou de protection de la cohésion des ordres internes. Le vent de libéralisme qui traverse le droit ne remet pas en cause la nécessité d'encadrer le comportement des justiciables par le contrôle de l'absence de fraude. En réalité, il impose de s'intéresser au possible renouvellement du contrôle de l'absence de fraude (§I) et de définir quelle pourrait en être la mise en œuvre (§II).

¹²²⁹S. Bollée, « Les conditions de la reconnaissance notamment à la lumière des conventions internationales », *préc.*, sp. 115.

¹²³⁰P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *Rép. Dr. Int.*, Dalloz, décembre 1998 (actualisation mars 2009), § 1.

¹²³¹Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *préc.*, sp. 594, § 375.

¹²³²M. L. Niboyet et G. de la Pradelle, *Droit international privé, préc.*, sp. 284, § 391.

¹²³³S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP*, 2010-2012, p. 255, sp. 258.

§ I - Le renouveau du contrôle de la fraude.

747. Proposer de renouveler le contrôle de la fraude suppose, au préalable, de définir les raisons qui légitiment son maintien (A). Ces raisons permettent, en effet, de préciser le rôle qu'il doit remplir et, par là, d'apprécier les évolutions que doit subir la notion même de fraude (B).

A. Les raisons justifiant le maintien du contrôle de l'absence de fraude.

748. Les questionnements relatifs à la nécessité de maintenir le contrôle de l'absence de fraude à la loi s'articulent autour de l'un des traits caractéristiques du droit international privé contemporain : l'expansion de la liberté des justiciables concernés par une situation internationale. Cette liberté s'exprime tant au stade de la création des droits qu'à celui de la circulation des droits acquis à l'étranger. De fait, le droit de la famille est aujourd'hui marqué par la possibilité offerte aux personnes de choisir, directement ou indirectement, la loi applicable à leur rapport de droit. Il peut dès lors sembler absurde de limiter cette liberté, fraîchement octroyée, par un contrôle visant à leur interdire d'évincer la loi qui leur est normalement applicable¹²³⁴. Il apparaît toutefois que le principe de l'autonomie de la volonté tel qu'il est mis en œuvre en matière de formation de couple n'épuise pas l'utilité du contrôle de la fraude (1).

749. En parallèle, l'élaboration d'une méthode visant à assurer la circulation de statuts formés à l'étranger sans contrôler de la loi appliquée peut sembler antinomique avec la volonté de sanctionner le comportement de justiciables au motif que la loi ayant présidé la formation de leur statut à l'étranger n'est pas la loi compétente aux yeux des règles de conflit françaises. Cependant, sans rétablir le principe du contrôle de la loi appliquée, le contrôle de la fraude pourrait permettre d'éviter les tentatives de détournement de la méthode de la reconnaissance (2).

¹²³⁴P. Kinsch, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 375, sp. 387 ; N. Nord, « Quelles limites dans l'optimisation d'une succession internationale », *Droit et patrimoine*, n° 226, juin 2013, p. 56, sp. 57.

1. La nécessité du contrôle de la fraude au regard des éléments de rattachement retenus en matière de couple.

750. Le Professeur Lagarde¹²³⁵ a soulevé la question de l'utilité du maintien de l'exception de fraude au regard de l'évolution des règles de conflit applicables tant à la formation qu'aux effets des relations de couple. Il soulignait, en effet, que lorsqu'« un choix est donné entre une gamme de lois pouvant être choisies, ou une règle de conflit alternative qui reconnaît la validité de plusieurs lois », il pouvait être difficile d'« admettre que le choix d'une de ces lois soit frauduleux »¹²³⁶. Force est de se ranger à la logique de cette affirmation. Dès lors que la règle de conflit offre une liberté de choix aux parties, il est illogique de sanctionner les parties qui font usage de cette liberté.

751. Il apparaît toutefois que le principe de l'autonomie de la volonté tel qu'il est mis en œuvre en matière familiale, et plus précisément en matière de couple, ne saurait être considéré comme la reconnaissance d'une liberté absolue octroyée aux particuliers. En effet, le choix de loi offert aux parties reste un choix encadré par les limites strictes du principe de proximité. La principale caractéristique de ce choix de loi est qu'il prend la forme d'une *optio juris* ouverte en faveur d'une ou plusieurs lois objectivement liées aux personnes concernées par le rapport de droit. Seules les lois de la nationalité ou de la résidence de l'un ou des deux parties peuvent être désignées par une clause d'élection de loi.

Au travers de cette limitation du panel de lois accessibles aux particuliers apparaît l'objectif premier de l'autonomie de la volonté en matière de couple. Il s'agit de pallier les insuffisances des éléments de rattachement traditionnellement retenus. En définitive, le choix de la loi applicable est ouvert lorsque la relation de couple est éclatée entre plusieurs ordres juridiques dont la légitimité à se prononcer ne saurait être départagée par l'auteur de la règle de conflit. Les particuliers se voient, alors, accorder la possibilité de départager eux-mêmes ces ordres juridiques par le biais d'une clause de choix de loi. Deux conséquences peuvent en être déduites au regard de l'utilité de l'exception de fraude.

¹²³⁵P. Lagarde, débat après l'intervention du Professeur E. Pataut, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », *préc.*, sp. 173.

¹²³⁶*Ibid.*

752. S'il est admis que le choix de loi est autorisé pour la seule raison que le rapport de droit présente objectivement un caractère international, la création frauduleuse d'un élément d'extranéité rendant international un rapport de droit interne devrait être sanctionnée par l'exception de fraude. Prenons l'exemple d'un couple de Français résidant en France. Si l'un des époux devait établir ponctuellement sa résidence à l'étranger et ainsi rendre le mariage international afin de pouvoir choisir la loi qui sera applicable aux obligations alimentaires et au régime matrimonial qui en découle, mais aussi la loi présidant à son éventuelle dissolution, son comportement devrait pouvoir être sanctionné.

753. De plus, dès lors que la possibilité de désigner une loi dépend d'un lien de proximité objectif entre cette loi et le rapport de droit, il convient d'admettre que les personnes peuvent frauduleusement agir sur l'existence de ce lien objectif. Le propos est d'autant plus vrai que les particuliers peuvent, en général, désigner la loi de leur résidence habituelle. Il suffit alors qu'ils s'installent temporairement dans l'État de leur choix afin de rendre sa loi accessible par une clause d'élection de loi.

Il apparaît alors que la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté n'épuise pas les risques de fraude. Simplement, celle-ci ne sera pas constatée en raison de l'usage de la liberté de choix, mais en raison d'un détournement de la liberté de choix.

754. En outre, il convient de souligner qu'un certain nombre de questions relatives aux couples, notamment celle de leur formation, restent soumises à des éléments de rattachement objectifs. Or, dès que la règle met en œuvre un tel rattachement, les possibilités de manipulation existent.

En effet, le législateur a, en 2013, confirmé le rattachement à la nationalité pour l'essentiel des conditions de fond du mariage sauf une : celle de la condition de sexe des époux. Il a, alors, été avancé qu'une règle de rattachement comme l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil donnait un tel accès au mariage homosexuel¹²³⁷ que le fait pour des époux de se soumettre à une loi permissive ne saurait être considéré comme une fraude¹²³⁸. Il apparaît, cependant, que cette règle ne donne pas la liberté aux époux de choisir la loi applicable à la célébration de leur mariage. En réalité, le législateur impose l'existence d'un lien pour qu'une loi permissive soit applicable. Ce lien peut être extrêmement tenu

¹²³⁷Cette règle autorise, en effet, la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe à la condition qu'une loi parmi celles de la nationalité, de la résidence ou du domicile de l'un des époux l'autorise..

¹²³⁸P. Lagarde, débat après l'intervention du Professeur E. Pataut, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », *préc.*, sp. 173.

dans la mesure où la résidence de l'un des époux suffit, mais il est nécessaire. Par sa règle de conflit, le législateur a posé les limites de l'accès au mariage homosexuel. Si les époux devaient créer faussement le lien exigé¹²³⁹, leur comportement devrait être considéré comme une fraude.

755. De la même façon, les objectifs affichés par la règle de conflit applicable en matière de partenariat enregistré sont de permettre à tous les couples résidant en France de bénéficier du PACS et aux couples formés à l'étranger de voir reconnaître leur statut en France¹²⁴⁰. Mais cette règle n'a pas vocation à permettre aux particuliers de choisir la loi applicable à leur partenariat. Si tel avait été le cas, le législateur leur aurait expressément ouvert cette possibilité de choix. Il apparaît alors que si, effectivement, les règles applicables en matière de couple accordent une place de plus en plus importante à la volonté des parties, cela n'épuise pas la question de la sanction d'une potentielle fraude.

756. Il faut, toutefois, admettre que le risque de fraude est bien plus présent en matière de partenariat enregistré qu'en matière de mariage, et ce pour deux raisons. Il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner les raisons qui pourraient pousser des époux à évincer la compétence des autorités françaises pour se marier à l'étranger. Deux situations sont possibles. Il est imaginable qu'ils cherchent à éviter les prohibitions posées par leurs lois nationales étrangères qui seraient appliquées par les autorités françaises. Il apparaît que, dans ce cadre, faire célébrer son mariage à l'étranger est, en général, inutile. Soit la prohibition étrangère est inconnue du droit français, et la loi étrangère sera très probablement écartée par le jeu de l'ordre public lors de la célébration du mariage en France, soit la prohibition est connue du droit français, et le mariage célébré en violation de cette prohibition a peu de chance d'être reconnu en France. L'ordre public s'y opposera. Il est aussi envisageable que le couple vise à évincer les prohibitions posées par l'ordre public français. Ce peut être le cas, par exemple, d'un époux, déjà marié, qui se marierait une seconde fois dans un pays autorisant la polygamie. De la même façon que précédemment, l'ordre public s'opposera, en général, à la reconnaissance de cette seconde union. Il serait toutefois erroné d'en déduire que l'exception de fraude perd toute son

¹²³⁹Ce qui pourrait être facilité s'il était admis que la résidence au sens de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil devait être entendue aussi librement que la résidence d'un mois d'habitation continue retenue comme chef de compétence pour les officiers de l'état civil en matière de célébration de mariage. Toutefois, sur le risque réel de tourisme conjugal v. supra § 181 s.

¹²⁴⁰V. supra § 208 s.

utilité. En effet, elle pourra bloquer la reconnaissance de mariage lorsque l'effet atténué de l'ordre public ne le permet pas.

757. La situation est toute autre en matière de partenariat. La règle de conflit applicable à la question des effets de ces relations de couple retient, comme rattachement, l'autorité d'enregistrement. Ainsi, le choix de l'autorité enregistrante influe directement la teneur de ces effets. En faisant enregistrer le partenariat devant une autorité étrangère, les partenaires peuvent, ainsi, évincer la loi française qui aurait été applicable en cas de conclusion du partenariat devant une autorité française. Le risque de fraude ne saurait être négligé sur ce point, et ce d'autant plus que les différents droits qui connaissent de tels statuts de couple leur accordent des effets très différents.

758. Il faut, au surplus, souligner que le contrôle de l'absence de fraude permettrait de contrer les tentatives d'instrumentalisation de la méthode de la reconnaissance.

2. La nécessité du contrôle de la fraude au regard de la méthode de la reconnaissance.

759. Deux arguments liés aux fondements de la méthode de la reconnaissance permettent de justifier de l'utilité de contrôler l'absence de fraude lors de la reconnaissance des relations de couple formées à l'étranger.

En effet, la reconnaissance se fonde sur un double constat. Un statut de couple existe à l'étranger, dans le sens où il a été cristallisé dans un ordre juridique autre que celui dans lequel sa reconnaissance est demandée, et les membres du couple ont pu fonder leurs prévisions sur sa validité.

760. C'est, ainsi, la création à l'étranger de la situation qui justifie, en premier lieu, qu'elle ne soit pas soumise à la même méthode que les situations devant être créées sur le territoire du for. La condition *sine qua non* de la méthode de la reconnaissance, qui implique le recul du système conflictuel du for, est alors l'« exteriorité » de l'origine du statut de couple. Or, sur ce point, la méthode de la reconnaissance des situations créées à

l'étranger encourt la même critique que le mécanisme de l'ordre public atténué¹²⁴¹. Les facilités des déplacements qui caractérisent le monde moderne, combinées aux larges compétences que les États se reconnaissent pour la formation des relations de couple¹²⁴², pourraient vider de sens la distinction opérée entre les situations à créer et celles déjà créées. Le lieu de création de la relation devient, au regard de ces éléments, la chose des parties. Les parties peuvent, en effet, choisir de créer une situation à l'étranger lorsqu'elles ne peuvent pas en obtenir la formation sur le territoire auquel elles sont réellement attachées. Cela leur permettrait de bénéficier par la suite d'en obtenir la reconnaissance sur ce territoire. Il apparaît alors qu'empêcher les parties de créer faussement cette « exteriorité » en détournant les règles de droit international privé de leur objectif, permet de protéger le sens de la méthode. Ainsi, le contrôle de l'exception de fraude en ce qu'il permet de sanctionner le comportement des parties qui évinceraient la compétence « naturelle » de l'ordre juridique français pour la création de leur statut permet d'éviter tout détournement de la méthode.

761. Il faut, par ailleurs, souligner que la seule existence de la relation dans un autre ordre juridique ne suffit pas à justifier l'application de la méthode. En effet, cette existence n'est prise en considération qu'en raison des prévisions que les particuliers ont pu fonder, grâce à elle, quant à la validité de leur relation. C'est, en effet, dans l'objectif de respecter les attentes légitimes des particuliers que la méthode est proposée. Dès lors, l'absence de légitimité dans les prévisions des parties justifie qu'elles ne puissent en bénéficier. Cette légitimité est à la fois l'un des fondements et l'une des conditions de la reconnaissance. Nous l'avons vu, certains États ont choisi de poser l'exigence de légitimité des attentes des parties comme condition expresse de la reconnaissance¹²⁴³, mais cette exigence peut tout naturellement s'intégrer au contrôle de la fraude. Par définition, l'existence d'un comportement frauduleux exclut toute idée de légitimité des prévisions des parties. Ayant volontairement modifié un élément de leur rapport de droit afin d'obtenir un statut de couple prohibé dans l'État dont elles devraient relever, elles ne peuvent légitimement espérer voir ce statut reconnu dans cet État. Il apparaît alors que l'interdiction des

¹²⁴¹V. notamment B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP, préc.*, commentaire sous l'arrêt *Rivière*, n° 26, sp. 243.

¹²⁴²Ainsi, un mariage ou un partenariat enregistré peuvent être formés en Suisse dès lors que l'un des membres du couple est suisse ou est domicilié dans cet État (articles 43 aliéna 1 et 65 a de la loi fédérale de droit international privé) comme un mariage peut être célébré en Belgique si l'un des époux est belge ou s'il a son domicile ou sa résidence depuis plus de trois mois dans cet État (article 44 du Code de droit international belge). Plus largement, certains États autorisent l'enregistrement d'un partenariat sur leur territoire sans poser de réelles conditions de proximité avec le couple (le droit allemand par exemple a donné compétence à ses autorités en la matière sans condition de nationalité, ni de résidence alors que le droit anglais n'imposait qu'une résidence de 7 jours, S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen, préc.*, sp. 526, § 580).

¹²⁴³V. supra § 718.

comportements frauduleux loin de vider la méthode de son sens, permet au contraire d'en préserver l'objectif et d'en éviter l'instrumentalisation par les parties¹²⁴⁴.

762. Quant à la question de savoir si le contrôle de l'absence de fraude pourrait être opéré par le biais de la condition de proximité entre le rapport de droit et son ordre juridique d'origine, il apparaît que la réponse doit être négative. En effet, ces conditions ne remplissent pas la même fonction.

Lorsque le for d'accueil contrôle la compétence indirecte de l'ordre juridique d'origine, cela lui permet d'accepter d'effacer de sa propre compétence, tant du point de vue des autorités que du droit, au profit d'une compétence étrangère qu'il considère comme légitime. Il suffit que les liens entre l'ordre juridique étranger et la situation soient suffisamment étroits, aux yeux du for de reconnaissance, pour reconnaître le point de vue concret émis par cet État. Peu importent les liens que la relation entretient avec son propre ordre juridique.

La fraude, quant à elle, permet de sanctionner le comportement des parties qui, pour échapper à la compétence du for de reconnaissance, en créent une autre. Les effets de la proximité existante entre la relation de couple et un État, qui justifie que les autorités de cet État se considèrent compétentes pour la formation de la relation, ne devraient s'effacer que lorsque les parties n'ont pas abusé des règles de droit international privé en créant un chef de compétence fictif à l'étranger.

763. Les deux conditions sont proches, mais différentes et l'une ne peut remplir la fonction de l'autre. Elles peuvent être présentées comme les deux faces d'une même médaille. L'une permet d'apprécier que la proximité existant entre l'État A et la relation est suffisante pour sa compétence puisse être considérée légitime aux yeux de l'État B, alors que la seconde permet de vérifier que la proximité liant l'État B et cette même relation n'est pas trop étroite pour que cet État B renonce à mettre en avant sa compétence.

¹²⁴⁴S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *préc.*, sp. 339.

B. L'évolution de la notion de fraude.

764. Une fois admise la nécessité de maintenir le contrôle de l'absence de fraude lors de la reconnaissance des statuts formés à l'étranger, il apparaît rapidement que la notion de fraude à la loi ne saurait appréhender efficacement la réalité des comportements frauduleux auxquels peuvent être confrontés les ordres juridiques (1). C'est alors dans la notion de fraude à la loi internationale, telle qu'elle a été développée par le Professeur Audit dans sa thèse, qu'il convient de rechercher un contrôle adapté au droit international privé contemporain (2).

1. L'inadéquation de la notion de fraude à la loi au regard de la réalité des comportements frauduleux.

765. Si la fraude à la loi a été sanctionnée pour la première fois dans l'affaire *Princesse de Bauffremont*¹²⁴⁵ de 1878, la Cour de cassation n'en a précisé les contours que près de 100 ans plus tard. C'est, en effet, l'arrêt Société Lafarge de 1983¹²⁴⁶ qui a donné à la Cour la possibilité d'énoncer que la fraude à la loi est constituée « lorsque les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente »¹²⁴⁷. Cette modification peut alors toucher l'élément de rattachement retenu par la règle de rattachement ou la catégorie à laquelle elle est applicable¹²⁴⁸. Ainsi la fraude à la loi est réalisée par la « manipulation d'une règle de conflit »¹²⁴⁹, ou plus précisément de l'un de ses éléments constitutifs.

766. Cette fraude à la loi se décompose en trois éléments, l'élément matériel, l'élément légal et l'élément moral¹²⁵⁰. Le premier se réalise par le glissement délibéré de la situation du fraudeur de l'empire d'une loi à celui d'une autre loi, le glissement étant opéré par la manipulation de la règle de conflit. La loi qui a été évincée, alors qu'elle aurait dû être

¹²⁴⁵Cass. Civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, S. 1878, 1, p. 193, 1re esp. ; D. 1878, 1, p. 201.

¹²⁴⁶Civ 1, 17 mai 1983 ; *RCDIP*, 1985, p. 346, note B. Ancel.

¹²⁴⁷*Ibid.*

¹²⁴⁸Civ 1, 20 mars 1985, *Caron*, *RCDIP*, 1986, p. 66, note Y. Lequette ; *JDI*, 1987, p. 80, 1ere esp., note Niboyet-Hoegy.

¹²⁴⁹*Ibid.*

¹²⁵⁰P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *préc.*, § 1.

considérée comme compétente, en constitue l'élément légal. Ces deux éléments sont de nature objective et sont relativement faciles à prouver. L'élément moral, quant à lui, présente une texture subjective et, par là, est plus difficile à vérifier. En effet, la fraude n'existe que lorsque l'événement dont résulte l'élément matériel, le glissement de compétence législative, n'a aucun autre but que l'éviction de l'élément légal, la prohibition posée par la loi évincée.

767. Il est possible alors d'affirmer que la fraude à la loi telle qu'elle est entendue classiquement se réalise au sein des frontières d'un seul et même ordre juridique. Les parties manipulent la règle de conflit qui leur est applicable dans l'objectif de modifier le résultat auquel elle mène : c'est-à-dire la désignation de la loi compétente pour leur rapport de droit, sans en évincer l'application. Or, il apparaît aujourd'hui que les mécanismes par lesquels les particuliers évitent la loi qui devrait leur être appliquée prennent une forme différente. L'arrêt *Princesse de Bauffremont*¹²⁵¹ permet d'illustrer le propos. Dans cette affaire, dont les faits sont bien connus, une Belge, ayant acquis la nationalité française par mariage, était partie en Allemagne après avoir obtenu en France une séparation de corps. Peu satisfaite de sa situation matrimoniale, elle désirait divorcer, ce qui lui était impossible en France. Elle s'était donc installée en Allemagne, avait acquis la nationalité de ce pays et y avait fait transformer sa séparation de corps en divorce. Elle s'était mariée une seconde fois et son premier époux avait saisi les juridictions françaises d'une demande en annulation, à la fois, de la nationalité allemande de la princesse et du second mariage qu'elle avait contracté. La Cour de cassation avait alors constaté l'existence d'une fraude à la loi dans le comportement de la princesse qui n'avait « sollicité et obtenu cette nationalité nouvelle, non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlent, en établissant son domicile dans l'État de Saxe-Altenbourg, mais dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage, et d'aliéner sa nouvelle nationalité aussitôt qu'elle l'aurait acquise ». En l'espèce, la princesse avait effectivement modifié l'élément de rattachement de la règle de conflit applicable au divorce, mais elle avait surtout évincé l'intervention de cette règle de conflit. De fait, en saisissant les autorités allemandes, elle évitait la compétence des autorités françaises et par là le système conflictuel français. C'était là, l'élément essentiel nécessaire au succès de sa fraude : elle avait cherché la compétence d'une autorité étrangère acceptant de prononcer

¹²⁵¹Cass. Civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, préc.

son divorce. Un auteur a, alors, pu écrire que la fraude à la loi était, dans cette affaire, intimement liée à ce qu'il convient d'appeler une fraude à la juridiction¹²⁵².

768. En réalité, aucune fraude à la loi ne saurait être constatée dans les situations où l'ordre juridique français est amené à se prononcer sur la reconnaissance d'une décision étrangère¹²⁵³ puisque l'hypothèse suppose que la décision ait été rendue à l'étranger et que donc la règle de conflit française n'a pas été manipulée, mais évincée.

769. Le constat n'est pas nouveau et il a pu être souligné que limiter la sanction des comportements frauduleux aux cas de fraude à la loi était trop « restrictif »¹²⁵⁴. Les manœuvres permettant d'éviter la loi normalement applicable prennent souvent d'autres formes que la seule manipulation des composantes de la règle de conflit et « la jurisprudence, comme le législateur et la doctrine, a été conduite à étendre sa capacité d'absorption, déformant ainsi la notion originelle »¹²⁵⁵. Le Professeur Huet¹²⁵⁶ a, alors, proposé de distinguer entre la fraude à la loi au sens strict¹²⁵⁷ et la fraude à la loi au sens large¹²⁵⁸. La première pouvant être définie comme une « fraude à la loi au sens du conflit de lois »¹²⁵⁹, c'est-à-dire comme une fraude se réalisant par la manipulation de l'un des éléments constitutifs de la règle de rattachement, alors que la seconde serait plus largement entendue, comme la manipulation des règles de droit international privé en général. Cette distinction permet de prendre en considération le comportement de parties évinçant la loi applicable sans qu'ils aient procédé à une manipulation de la règle de conflit.

770. Suivant une approche similaire, la doctrine ainsi que la jurisprudence ont admis l'existence de fraude dans des situations présentant des configurations diverses. C'est le cas notamment lorsqu'est réclamée la reconnaissance d'une décision. Dans ces situations,

¹²⁵²P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *préc.*, § 19.

¹²⁵³P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, sp. 289, § 407.

¹²⁵⁴B. Audit, *Droit international privé, préc.*, sp. 206, § 239.

¹²⁵⁵E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi, étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, Coll. des thèses, tome 12, 2006, § 14 s.

¹²⁵⁶A. Huet, « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale », *J.-Cl. Procédure civile*, 14 novembre 2015, Fasc 584-40, § 93 à 105.

¹²⁵⁷La fraude est alors entendue, selon le Professeur Huet, comme une manœuvre consistant à modifier un élément de rattachement (nationalité, domicile, résidence) en vue d'évincer la loi d'un État qui est normalement compétente selon la règle française de conflit de lois et de rendre artificiellement applicable la loi d'un autre État (A. Huet, « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale », *préc.*, § 94).

¹²⁵⁸La fraude est alors constituée par les « détournements de procédure » ou par une fraude à « l'ensemble des règles de droit international privé du for » (A. Huet, « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale », *préc.*, § 98).

¹²⁵⁹D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Masson, 1987, sp. 446, § 985.

la fraude est le plus souvent réalisée par le déplacement des parties qui cherchent à obtenir à l'étranger, par l'intermédiaire d'une juridiction étrangère, le résultat qui leur convient le mieux. Toutefois, si un consensus existe quant à la nécessité de sanctionner de telles pratiques, un désaccord règne quant à la qualification d'une telle fraude. Ainsi, les juridictions y voient souvent une fraude à la loi, tandis que la doctrine évoque tout à la fois une fraude à la compétence¹²⁶⁰, une fraude à la loi avec changement de for¹²⁶¹, une combinaison d'une fraude à la loi et d'une fraude à la juridiction¹²⁶² ou plus simplement une fraude à la juridiction¹²⁶³ ou au jugement¹²⁶⁴. Toutes ces dénominations tournent alors autour d'un même constat, « l'évolution de la technique internationale frauduleuse est allée vers une utilisation croissante, voire aujourd'hui dominante, des règles de compétence judiciaire internationale, directe comme indirecte »¹²⁶⁵. Dans ces hypothèses, ce n'est pas tant la loi applicable qui est éludée que « le prononcé d'un jugement qui serait vraisemblablement rendu dans l'État où elles ont intérêt à voir fixer leur situation »¹²⁶⁶. C'est alors le fait de recourir à une autorité judiciaire pour obtenir un titre dont les parties demandent par la suite la reconnaissance dans un autre État qui caractérise l'existence d'un comportement frauduleux.

771. Le même constat peut alors être fait en ce qui concerne la reconnaissance des statuts de couple, matière dans laquelle l'application de la loi étrangère nécessite souvent l'intervention d'une autorité étrangère¹²⁶⁷. Il est aujourd'hui indéniable que la fraude à la loi ne permet pas d'appréhender la réalité des comportements frauduleux dans le cadre de la circulation des statuts.

¹²⁶⁰B. Audit, *Droit international privé, préc.*, sp. 204, § 237.

¹²⁶¹S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TFC DIP*, 2010-2012, p. 255, sp. 262.

¹²⁶²P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *préc.*, § 19.

¹²⁶³*Ibid.*

¹²⁶⁴L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé Étude de droit international privé de la famille, préc.*, sp. 202 s., § 295 s.

¹²⁶⁵E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi, étude de droit international privé de la famille, préc.*, § 20.

¹²⁶⁶B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé, préc.*, § 237.

¹²⁶⁷G. P. Romano, « La bilatéralité éclipée par l'autorité », *préc.*

2. L'adaptation de la fraude au contexte actuel : la fraude à la loi internationale.

772. Face aux limites de la fraude à la loi telle qu'elle est classiquement entendue, il apparaît nécessaire de redéfinir les contours de l'exception de fraude. Dans sa thèse, le Professeur Audit proposait, en 1971, une nouvelle vision de la fraude qui frappe aujourd'hui par sa modernité : « la fraude à la loi internationale ». Cette conception de la fraude semble trouver tout naturellement sa place dans le droit international privé contemporain, et ceci pour deux raisons.

En premier lieu, elle répond à, ou anticipait, certaines des transformations caractérisant notre époque. Nous l'avons vu, le droit international privé d'aujourd'hui s'illustre par « la mise en concurrence des ordres juridiques »¹²⁶⁸ et les moyens offerts aux particuliers, qu'il s'agisse des moyens matériels ou juridiques, leur permettent de tirer avantage de cette concurrence. Le temps où la fraude s'accomplissait « dans le cadre d'un ordre juridictionnel donné dont les parties ne [cherchaient] pas à éluder la compétence »¹²⁶⁹ est fini. Les situations de fraude ne se réalisent plus que rarement par la modification de l'un des éléments du rapport de droit visant à influencer le résultat auquel mène une règle de conflit. La fraude se libère désormais des frontières des ordres juridiques et consiste en l'éviction de la compétence de l'un d'entre eux au profit d'un autre plus conciliant. Ainsi, elle se réalise, le plus souvent, par la recherche devant une autorité, qui ne présente pas nécessairement de liens avec le rapport de droit, d'un résultat concret qu'il n'aurait pas été possible d'obtenir dans l'ordre juridique auquel les particuliers devraient être soumis. Il apparaît alors que la fraude à la loi internationale qui se définit comme « le fait qu'une personne acquiert un droit à l'étranger dans le but de l'exercer dans le ressort de la loi à l'application de laquelle elle entend se soustraire »¹²⁷⁰ est la mieux à même d'appréhender et de contrôler les comportements frauduleux auxquels les États sont aujourd'hui confrontés.

773. Apparaît alors la seconde raison pour laquelle la fraude à la loi internationale répond au contexte juridique actuel. Cette conception de la fraude part, en effet, du

¹²⁶⁸Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *préc.*, sp. 605, § 384.

¹²⁶⁹P. Mayer et V. Heuzé, *Droit International Privé*, *préc.* p. 192, note 276.

¹²⁷⁰Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *préc.*, sp. 605, § 384.

principe qu'il n'est « rien de répréhensible *en soi* à internationaliser [par exemple, par la saisine d'une autorité étrangère] une situation pour bénéficier »¹²⁷¹ d'une législation plus conciliante. En effet, selon le Professeur Audit, la recherche d'une « législation plus favorable [...] ne constitue pas à elle seule une fraude à la loi »¹²⁷². Cette liberté reconnue aux particuliers dans le cadre de la fraude entre en écho avec la liberté qui leur est désormais octroyée de choisir, soit directement, soit indirectement, la loi applicable à leur rapport de droit. Plaçant l'intérêt des personnes au premier plan, le droit international admet aujourd'hui que les particuliers puissent dans différents ordres juridiques les dispositions qui leur conviennent le mieux, et ce même dans des domaines qui, comme le droit de la famille, semblaient jusqu'à présent préservés de l'emprise de leur volonté. En cela, la fraude à la loi internationale qui ne vise pas à sanctionner le fait qu'une personne *cherche*, par la saisine d'une autorité étrangère, à évincer la loi qui lui est normalement applicable, mais le fait qu'elle *revendique*, dans son ressort, la reconnaissance des résultats de cette éviction répond à une logique similaire. En effet, ce qui est contrôlé n'est pas tant que les particuliers utilisent à leur avantage la concurrence instaurée entre les ordres juridiques, mais qu'ils en jouent au détriment de la cohérence interne de l'ordre juridique auquel ils devraient normalement être soumis.

774. La fraude à la loi internationale se décompose alors en trois étapes. La première résulte de la création ou de l'utilisation d'un *faux conflit* par un particulier¹²⁷³. Le Professeur Audit opère dans sa thèse une distinction entre les différents types de conflits pouvant opposer deux lois issues d'ordres juridiques différents. Sa démonstration part d'un constat simple, lorsqu'une situation présente des rattachements avec plusieurs États, plusieurs lois peuvent s'appliquer à elle « parce que ces lois sont formulées sans limitation spatiale et, surtout, parce qu'il existe avec chacune d'elles un *rattachement* qui justifierait qu'elle s'appliquât »¹²⁷⁴. Il existe alors un conflit entre les différentes lois en présence, conflit qui peut être qualifié de *vrai conflit* ou de *faux conflit*. Le *vrai conflit* existe « lorsque chacune des lois en présence a un intérêt à s'appliquer à la situation considérée »¹²⁷⁵ alors que le *faux conflit* suppose que l'une des lois en présence ne présente que peu ou pas d'intérêt à s'appliquer¹²⁷⁶. Il en sera même lorsque l'application des deux

¹²⁷¹*Ibid.*

¹²⁷²B. Audit, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, préface Y. Loussouarn, sp. 95, § 117.

¹²⁷³*Ibid.*, sp. 91, § 110 s.

¹²⁷⁴*Ibid.*, sp. 23, § 20.

¹²⁷⁵*Ibid.*, sp. 28, § 28.

¹²⁷⁶*Ibid.*, sp. 28, § 28.

lois mène au même résultat¹²⁷⁷. Cette distinction entre les *faux* et *vrais conflits* permet de définir précisément les situations dans lesquelles la non-application d'une loi peut être considérée comme une fraude.

775. En effet, le deuxième stade de la fraude suppose la violation internationale de la loi qui avait le plus de titres à s'appliquer. Une loi est considérée comme violée lorsqu'elle n'est pas appliquée alors que ses conditions d'application étaient réunies¹²⁷⁸ et cette violation devient internationale lorsque la non-application s'accompagne de l'application d'une loi étrangère différente sur le fond¹²⁷⁹. C'est ainsi l'interposition d'une loi étrangère alors qu'une loi donnée se voulait applicable qui caractérise la violation internationale de cette loi¹²⁸⁰. Il convient, toutefois, de souligner que toute violation internationale d'une loi ne saurait être constitutive d'une fraude, au risque sinon que la désignation d'une seule loi applicable à une situation internationale ne constitue quasi systématiquement une fraude. En réalité, « la mesure de la violation de la loi dépend [aussi] des titres respectifs qu'ont les lois en conflit à s'appliquer à la situation considérée »¹²⁸¹. Pour que la violation internationale devienne fraude, il faut que la loi effectivement appliquée soit la loi qui présentait le moins de titres à régir le rapport de droit. La loi fraudée ne peut être que la loi la plus compétente¹²⁸². Le plus souvent, cette violation internationale de la loi « est le fait d'une autorité appliquant sa propre loi au détriment [de la] loi étrangère »¹²⁸³. C'est, en effet, cette intervention qui « prête à la manœuvre du sujet une apparence de régularité caractéristique de la fraude »¹²⁸⁴ en lui conférant le titre dont il se réclame¹²⁸⁵. Il est ainsi possible de dire que « le second stade de la fraude est celui par lequel le sujet s'adresse à une autorité publique étrangère pour provoquer l'application de la loi incompétente »¹²⁸⁶.

776. C'est là qu'intervient le dernier stade de la fraude, lorsque le sujet ayant obtenu un droit à l'étranger cherche à l'exercer *dans le ressort même de la loi fraudée*¹²⁸⁷. C'est ainsi

¹²⁷⁷ *Ibid.*, sp. 23, § 21.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, sp. 19, § 15.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, sp. 38, § 39.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, sp. 19, § 15.

¹²⁸¹ *Ibid.*, sp. 20, § 16.

¹²⁸² *Ibid.*, sp. 39, § 40.

¹²⁸³ *Ibid.*, sp. 39, § 40.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, sp. 90, § 107.

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ *Ibid.*, sp. 90, § 107.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, sp. 90, § 106.

par la réception du statut obtenu en violation de la loi normalement applicable dans le ressort de cette même loi que la fraude est finalisée.

§ II - La mise en œuvre du contrôle de l'absence de fraude à la loi internationale.

777. Le constat de fraude suppose la réunion de ces trois éléments. Or le dernier d'entre eux, le fait de demander la reconnaissance des droits obtenus à l'étranger, est par définition acquis dans le cadre de cette étude portant précisément sur la méthode de la reconnaissance. Il en est de même de l'intervention d'une autorité étrangère dans la mesure où, en matière de statut de couple, une telle intervention (qu'elle soit créatrice ou non) est le plus souvent nécessaire à la formation du rapport de droit. La mise en œuvre du contrôle de l'absence de fraude à la loi internationale dans le cadre de la méthode de la reconnaissance nécessite alors essentiellement de préciser dans quelles situations le conflit opposant la loi française à la loi étrangère peut être considéré comme étant un *faux conflit* (A). Il apparaît, au surplus, que dès lors que la méthode est appelée à être appliquée en matière de statut conjugal, domaine où les statuts sont amenés à produire des effets dans la durée, la question peut se poser de prendre en compte le temps écoulé entre la formation du statut et sa réception lors du contrôle de l'absence de fraude (B).

A. La caractérisation du faux conflit.

778. L'existence d'un *faux conflit* résolu au détriment de la loi française suppose, dans un premier temps, que le rapport de droit entretienne des liens suffisamment étroits avec la France pour que la loi française se veuille applicable. La caractérisation d'un tel conflit implique dès lors de faire une distinction entre les situations qui présentaient, au moment de leur création, des liens avec l'ordre juridique français et les autres. Un second critère de distinction doit lui aussi être mis en œuvre dans la mesure où le faux conflit résulte de l'application d'une loi qui n'avait aucun titre à s'appliquer à l'espèce, c'est-à-dire de

l'application d'une loi issue d'un ordre juridique ne présentant aucun lien avec le rapport de droit en cause. Il convient alors de séparer les situations qui présentent un lien avec un autre ordre juridique que l'ordre juridique français et les autres qui ne sont liées qu'à lui.

779. La combinaison de ces deux critères permet de délimiter les situations dont l'examen peut être utile à la recherche d'un faux conflit en défaveur de la loi française. Les premières sont celles qui présentent des liens avec la France sans être attachées à aucun autre État. Ce seront les situations internes locales. Les secondes sont celles dont les éléments de rattachement se réalisent pour partie dans l'ordre juridique français et pour partie dans un ou plusieurs autres ordres juridiques. Elles sont alors des situations internationales présentant des liens avec la France. Deux précisions peuvent ici être faites pour clarifier la différenciation opérée. Tout d'abord, les caractères « interne » ou « international » des situations sont appréciés au moment de la formation du statut, mais surtout ils sont établis en prenant en considération les seuls éléments considérés comme significatifs en matière de statut conjugal, c'est-à-dire la nationalité, le domicile et la résidence des membres du couple. Aucun autre élément, pas même l'intervention d'une autorité étrangère pour la formation du statut, n'est pris en considération pour définir qu'une situation est interne ou internationale.

780. Une fois énoncée la distinction entre les situations internes locales et les situations internationales présentant des liens avec la France, il apparaît que les premières offrent un terrain fertile à la caractérisation du faux conflit lorsqu'une loi étrangère est appliquée (1) alors que les secondes ne mettent que rarement en lumière l'existence d'un faux conflit (2).

1. Faux conflit et situations internes locales.

781. S'il est des situations qui sont, sans conteste, visées par les dispositions matérielles produites par le législateur français, ce sont celles dont tous les éléments se réalisent en France et qui ne présentent aucun élément d'extranéité. Sur ce point la compétence de la loi française ne soulève aucune interrogation. En parallèle, il est tout aussi incontestable que lorsque tous les liens attachent la situation à l'ordre juridique français, aucune autre loi

ne saurait se voir reconnaître des titres à être appliquée supérieurs à la loi française. Dans de telles hypothèses, il n'existe aucun conflit opposant la loi française à une quelconque loi étrangère. Ainsi que l'énonce le Professeur Audit dans sa thèse¹²⁸⁸, « si à chaque fois qu'une loi donnée est appliquée à une situation purement interne, on peut dire qu'un certain nombre de lois étrangères ayant le même objet et dont les termes sont suffisamment compréhensifs pour embrasser la situation considérée sont méconnues », ces lois n'ont « aucun intérêt à s'appliquer à cette situation ». Le conflit est dès lors inexistant¹²⁸⁹.

782. Se pose alors la question de savoir si le fait qu'une autorité étrangère a procédé à la formation du statut ou que ce statut a été créé à l'étranger suffit à ce que la situation, à l'origine interne, puisse être considérée comme internationale et donner lieu à un *vrai conflit* entre la loi française et la loi étrangère. Rappelons-le, seule l'existence d'un *vrai conflit* permet d'écarter la qualification de fraude à la loi internationale lorsqu'une loi française normalement compétente est évincée au profit d'une loi étrangère.

783. La réponse à cette question paraît immédiatement devoir être négative. Le seul fait qu'un couple « externalise » la formation de son statut ne diminue pas l'intérêt de l'État français à l'application de sa propre loi aux situations dont tous les autres éléments se réalisent en France. En parallèle, il est difficilement envisageable qu'une loi étrangère ait un *réel* intérêt à s'appliquer, en matière de statut de couple, à une situation dont tous les éléments se concrétisent hors de son ressort. Et si en matière de statut de couple, certains États reconnaissent désormais une compétence illimitée à leur législation afin d'assurer un rayonnement maximal à leur propre conception du couple, cette volonté expansionniste ne saurait être considérée comme plus légitime que l'intérêt de la loi française à régir la formation des relations de couple dont tous les éléments de rattachement se réalisent dans son ressort. S'il existe un conflit entre la loi étrangère et la loi française, ce ne peut être qu'un *faux conflit* au profit de la loi française. Il convient, alors, de souligner que dans cette hypothèse, tant le contrôle de la proximité que celui de la fraude permet de bloquer la reconnaissance du statut créé à l'étranger. Il serait toutefois erroné d'en déduire que la contrôle de fraude perd toute utilité de ce fait. Celui-ci pourra permettre de sanctionner le comportement de couples qui créent fictivement le lien de proximité l'unissant à l'ordre juridique créateur de leur rapport de droit.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, sp. 22, § 19.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

784. Il est, en effet, possible que le couple provoque le *faux conflit* non seulement en saisissant l'autorité étrangère, mais en créant artificiellement le rattachement nécessaire à la compétence de l'autorité et de la loi étrangères. C'est le cas lorsque le couple déplace l'un de ses éléments de rattachement de l'ordre juridique français vers un autre ordre juridique dans le seul but de bénéficier d'une loi favorable. Il crée alors un élément d'extranéité « fictif » (autre que la seule saisine de l'autorité étrangère) afin de se placer sous l'empire de la loi étrangère. Un exemple peut être celui d'un couple français résidant en France dont l'un des membres obtiendrait la nationalité suisse afin de bénéficier de la compétence d'une autorité suisse appliquant à *lex fori* à la formation des partenariats enregistrés¹²⁹⁰. Ce peut être aussi celui d'un couple français et résidant en France qui saisit une autorité de l'État X et réside temporairement dans cet État afin de se voir appliquer la loi X. Dans ces deux exemples, les couples créent un « conflit de lois là où il n'y en avait pas et là où il ne devrait pas en avoir »¹²⁹¹ en introduisant un élément d'extranéité dans une situation à l'origine strictement interne. La saisine de l'autorité étrangère se double alors d'une modification de l'un des éléments du rapport de droit, dans le but de bénéficier soit de la compétence de l'autorité étrangère appliquant la *lex fori*, soit de celle de la loi étrangère.

785. Il apparaît alors que dans les deux hypothèses évoquées, « la fraude consiste à introduire dans [une situation interne] un élément étranger pour en faire une situation internationale »¹²⁹². Cette « internationalisation » d'une situation interne permet aux particuliers de bénéficier de la compétence d'une autorité étrangère et, dans le même temps, d'une loi étrangère. En définitive, lorsque le couple crée, en saisissant une autorité étrangère et éventuellement en modifiant un élément de son rapport de droit, un conflit entre la loi appliquée par cette autorité (qui n'avait aucun titre à s'appliquer) et la loi française (seule loi qui avait un intérêt à régir la formation du statut), ce conflit ne peut être qu'un *faux conflit*. La caractérisation de la fraude est alors incontestable et il est possible d'affirmer que les cas d'éviction de la loi française pour les situations internes locales constituent le noyau dur des hypothèses de mise en œuvre de l'exception de fraude. C'est,

¹²⁹⁰L'article 65a de la Loi de DIP suisse renvoie en matière de partenariats enregistrés aux règles de compétence et de conflit de lois applicables aux mariages. L'article 43 prévoit que les autorités suisses sont compétentes pour célébrer un mariage lorsque l'un des futurs époux est soit suisse soit domicilié dans cet État. En parallèle, l'article 44 de la même loi énonce que la célébration d'un mariage en suisse est soumis à la loi suisse.

¹²⁹¹B. Audit, *La fraude à la loi, préc.*, sp. 94, § 114.

¹²⁹²*Ibid.*, sp. 94, § 116.

en effet, dans le cas des situations internationales que la caractérisation de la fraude se révèle la plus délicate.

2. Faux conflit et situations internationales liées à la France.

786. Les situations internationales se caractérisent, quant à elles, par la ventilation de leurs éléments de rattachement entre plusieurs ordres juridiques. En matière de statut conjugal, nous admettons qu'une situation est internationale lorsque le domicile, la résidence et la nationalité des membres du couple se rattachent à différents États. De telles hypothèses mettent généralement en lumière un *vrai conflit* entre les lois de ces États, qui toutes peuvent être compétentes pour la formation du statut de couple. Prenons l'exemple d'un couple de Français résidant au Royaume-Uni. Tant la loi française que la loi anglaise présentent de réels titres à s'appliquer à la formation de leur mariage. Il est alors possible de dire, si la loi anglaise est appliquée en Angleterre lors de la célébration, que la loi française, qui se veut elle aussi applicable en tant que loi nationale des époux, est violée. Elle ne pourra toutefois pas être considérée comme fraudée ou plus précisément, elle ne serait pas considérée comme telle si les époux demandaient la reconnaissance de leur union en France. En effet, nous l'avons vu, pour qu'une loi soit fraudée, il faut que son éviction soit accompagnée de l'application d'une loi qui n'a pas ou que peu d'intérêt à intervenir. Or, la loi anglaise, loi de la résidence habituelle du couple, présente un réel intérêt à être appliquée. Il apparaît alors que lorsqu'une situation est réellement internationale, le risque de fraude est, en général, évacué par l'existence d'un *vrai conflit* entre les lois en présence.

787. Il n'en demeure pas moins que le propos se doit d'être nuancé. En réalité, l'internationalité d'un rapport de droit n'exclut pas systématiquement l'existence d'un *faux conflit* entre la loi normalement applicable et la loi effectivement appliquée. À l'instar des situations internes, une situation internationale peut être modifiée en vue de créer un nouvel élément d'extranéité modifiant les données du conflit¹²⁹³. Ce peut être le cas lorsque les parties saisissent une autorité qui ne présente aucun lien avec leur rapport de droit et qui n'a donc aucun intérêt à s'appliquer. Ce sera le cas lorsque la situation présente des éléments de rattachement avec les États A et B alors que les parties saisissent l'autorité

¹²⁹³*Ibid.*, sp. 95, § 116.

d'un État tiers. Dans une telle hypothèse, le statut de couple est formé dans un État qui ne présente aucun lien avec le rapport de droit, en dehors de la saisine de l'une de ces autorités. Il est possible ici de prendre l'exemple d'un couple français résidant au Royaume-Uni qui se marie à Las Vegas pendant un séjour touristique. Le rapport de droit ne présentant aucun lien réel avec l'ordre juridique américain, la loi de cet État ne présente aucun titre réel à s'appliquer, au rebours des lois française ou anglaise. Chacune de ces deux lois pourrait alors être considérée comme fraudée au profit de la loi américaine, si la reconnaissance de ce mariage était réclamée dans l'un de ces États. C'est alors par la saisine de l'autorité étrangère que les particuliers internationalisent leur rapport de droit. Mais il est tout aussi possible qu'ils procèdent à la modification d'un autre élément de leur situation pour obtenir la compétence soit d'une autorité, soit d'une loi tierce. Tel serait le cas par exemple d'un couple français résidant en Belgique dont l'un des membres obtiendrait la nationalité malienne pour pouvoir se marier au Mali en vertu de la *lex fori*.

788. Ce rapide examen des liens qu'entretient le concept de faux conflit avec les notions de situations internes et de situations internationales permet alors d'illustrer une nouvelle différence entre la fraude à la loi et la fraude à la loi internationale. En effet, la fraude à la loi sanctionne le comportement des particuliers qui auraient modifié un élément de la règle de conflit (catégorie ou élément de rattachement) dans le but d'évincer la loi normalement applicable au profit d'une autre loi. La fraude à la loi intervient, dans cette hypothèse, en renfort du contrôle de la loi appliquée. Tout d'abord, ce contrôle de la loi appliquée vise à vérifier que la loi appliquée à l'étranger est bien la loi désignée par nos règles de conflit, alors qu'ensuite, l'absence de fraude garantit que la règle de conflit n'a pas été manipulée lors de la désignation de cette loi. Le contrôle de la fraude à la loi, tel que classiquement entendu, perd ainsi son sens dans le cadre d'une méthode qui se désintéresse du contrôle de la loi appliquée.

La fraude à la loi internationale procède, elle, d'une logique différente et les comportements visés par la fraude à la loi internationale ne sont pas les mêmes que ceux sanctionnés par la fraude à la loi.

789. En effet, la fraude à la loi internationale ne s'intéresse que peu, à titre secondaire en fait, aux éventuelles manipulations des éléments et catégories de rattachement. Peu lui importe que l'outil de désignation de la loi compétente (la règle de conflit) ait été manipulé et, de fait, la fraude ne passe, aujourd'hui, que rarement par une telle manipulation. Mais

en vérifiant l'existence d'un *faux conflit*, la fraude à la loi internationale s'intéresse à la réalité et à l'intensité des liens qui unissent la situation créée et la loi appliquée. Elle permet de contrôler que ces liens sont suffisamment étroits pour que la loi étrangère ait des titres à s'appliquer. Ces liens ne sont pas vérifiés par le biais des éléments de rattachement retenus par cette loi, mais appréciés au regard de l'intérêt poursuivi par la disposition en cause. Ce que contrôle l'exception de fraude est que la solution du problème de droit ait été puisée dans un ordre juridique ayant effectivement de réels liens avec le rapport de droit sans pour autant que la loi appliquée soit celle désignée par nos règles de conflit. Le contrôle ne porte pas alors sur l'idée que le rapport de droit doit entretenir *les liens les plus étroits* avec la loi étrangère appliquée, mais *des liens suffisamment étroits* pour qu'elle se sente concernée. Une fois ce constat énoncé, une idée transparaît derrière la logique de la fraude à la loi internationale : le contrôle vise essentiellement à s'assurer que les parties qui, nous l'avons vu, ont le droit d'aller chercher la compétence d'une loi qui leur convient, le fassent dans les limites des lois qui présentent des liens certains avec leur rapport de droit. C'est, en quelque sorte, l'idée de proximité telle qu'elle est mise en œuvre dans le cadre de l'autonomie de la volonté en matière familiale qui est transposée à la question de la fraude. Et sur ce point encore, la modernité de la notion de fraude à la loi internationale interpelle.

790. Il convient, au surplus, de souligner que la fraude n'est pas contrôlée à la date de la violation internationale de la loi française, mais au moment où la reconnaissance du statut étranger est réclamée en France. Il semble alors que tant que la situation reste réellement internationale, c'est-à-dire tant que le statut est vécu à l'étranger dans son État de création, la fraude ne peut être caractérisée. Celle-ci n'est sanctionnée que dans la mesure où la reconnaissance des droits acquis est demandée en France, c'est-à-dire lorsque le caractère international de la situation « s'efface », en quelque sorte, devant les attaches que la situation entretient avec la France. Un tel constat n'est pas sans rappeler les écrits du Professeur Franceskakis dans sa thèse, « l'essence de l'exception de fraude est de protéger le « milieu juridique interne » contre l'internationalisation artificielle des situations internes », le rôle de la fraude étant alors de contrôler « le passage de l'interne à l'international pour sauvegarder le caractère impératif du premier »¹²⁹⁴. Mais surtout, il soulève une nouvelle interrogation relative à la prise en compte de temps qui pourrait s'être

¹²⁹⁴Ph. Franceskakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, préc., sp. 45, § 42.

écoulé entre la formation du statut et sa réception dans le ressort de la loi évincée lors du contrôle de l'absence de fraude.

B. La prise en compte du facteur temps...

791. Nous l'avons vu, le contrôle de l'absence de fraude à la loi internationale doit avoir vocation à encadrer le comportement des parties cherchant à influencer le caractère international de leur rapport de droit dans le but d'obtenir, par l'intervention d'une autorité étrangère, un statut qu'elles espèrent voir circuler dans l'ordre juridique auquel elles sont réellement attachées. Cet encadrement passe tout d'abord par la caractérisation du conflit opposant les différentes lois en cause, ceci permettant de contrôler la légitimité de « l'internationalisation » de la formation de leur statut. C'est, ici, le facteur « spatial » de la création des droits qui est pris en compte. Il est alors possible d'affiner le contrôle en prenant aussi en considération le facteur « temporel » de cette création. Dans une telle hypothèse, ce ne sont plus les ancrages du rapport de droit dans les différents ordres juridiques concernés qui sont pris en compte, mais le temps qui peut s'être écoulé entre la date à laquelle les droits ont été créés à l'étranger et celle à laquelle leur exercice est revendiqué en France. Tenir compte du délai éventuellement écoulé entre ces deux dates permettrait, en effet, de vérifier la réalité de l'internationalisation du rapport de droit. En cela, ce second élément de contrôle peut affiner l'opération de caractérisation du comportement frauduleux (1). Cela pourrait, au surplus, jouer un rôle considérable dans l'appréciation de l'opportunité de sanctionner la fraude qui aurait été commise (2).

1. ... dans la caractérisation de la fraude.

792. Pour appréhender l'impact de l'écoulement du temps sur la caractérisation de la fraude, il convient de rappeler que l'existence d'une fraude suppose qu'existe un *faux conflit* se résolvant au profit de la loi la moins compétente. Le contrôle de la fraude suppose alors de se placer à un moment donné pour apprécier les titres que chacune des

lois en présence avait à s'appliquer. Ce moment étant le moment T immédiatement préalable à la formation du statut de couple.

793. Or, s'il est un élément à prendre en compte en matière de statut conjugal, c'est que les statuts de couple sont amenés, par définition, à durer dans le temps. Dès lors les circonstances qui les entourent peuvent évoluer entre le moment où ils sont créés dans un État A et ceux où leur reconnaissance est réclamée dans un État B. Ainsi, un couple rattaché à la France, tant par la résidence que par la nationalité de ses membres, peut choisir de partir enregistrer un partenariat dans un État B et finalement s'installer dans cet État pendant plusieurs dizaines d'années. Si la reconnaissance de leur statut B est réclamée en France après toutes ces années, la question de l'existence d'une fraude peut se poser.

794. En effet, l'évolution des éléments rattachant le rapport de droit avec les différents États concernés peut faire évoluer la nature du conflit opposant les lois qui en sont issues. Si à l'origine la loi française avait incontestablement plus de titres à s'appliquer à la formation du partenariat, tel n'est plus nécessairement le cas au moment de la reconnaissance si l'on prend en compte la durée de la résidence du couple dans l'État B. Après une résidence commune suffisamment longue, il apparaît que la loi de cet État présente, elle aussi, de réels titres à s'appliquer. Ainsi que le souligne le Professeur Audit dans sa thèse, lorsqu'une autorité est amenée à procéder à la création d'un statut de couple, elle ne « dispose d'éléments certains, objectifs, qu'en ce qui concerne le passé »¹²⁹⁵ pour désigner la loi applicable à cette création. Toutefois, dans la mesure où il s'agit ici de créer « une situation dont les effets vont se développer dans l'avenir », il est tout à fait possible que le « *vrai conflit* au moment où l'autorité se prononce » devienne un « *faux conflit*, et inversement »¹²⁹⁶. Dans l'hypothèse où le couple vit dans l'État de formation du statut pendant une longue période, le *faux conflit* opposant la loi française à la loi B devient un *vrai conflit* en ce qu'elle est, avec le temps, devenue extrêmement liée au rapport de droit dont elle a présidé la formation. Selon les termes du Professeur Audit, « la certitude quant à la loi la plus compétente pour régir [un état croit] avec le temps : faible après son acquisition, elle est forte quelques années plus tard, alors que l'on sait dans quel ressort ont été exercés les droits conférés »¹²⁹⁷. La question peut alors se poser de savoir si l'existence d'un *faux conflit* au moment de la formation du statut suffit à caractériser la fraude ou si,

¹²⁹⁵B. Audit, *La fraude à la loi, préc.*, sp. 35, § 35.

¹²⁹⁶*Ibid.*

¹²⁹⁷*Ibid.*, sp. 36, § 37.

au contraire, l'existence d'un tel conflit doit être constatée à la date de la reconnaissance. En effet, ce pourrait être « un véritable contresens que de sanctionner la violation d'une loi [...] ayant perdu avec le temps le titre qu'elle avait à s'appliquer au moment où elle a été méconnue »¹²⁹⁸.

795. Au surplus, il apparaît que la prise en compte de l'écoulement du temps lors de la caractérisation de la fraude à la loi internationale pourrait remplir une fonction similaire à celle de la recherche de l'élément moral tel que mis en œuvre dans la théorie de la fraude à la loi. Il est classiquement enseigné qu'une fraude à la loi ne peut être constatée que lorsque les particuliers ont manipulé leur rapport de droit dans *le seul but* d'évincer la loi normalement applicable¹²⁹⁹. Cet élément de nature purement subjective, puisqu'il s'agit de déterminer que les parties ont agi dans une *intention frauduleuse*, est particulièrement difficile à démontrer. La notion de la fraude à la loi internationale s'abstrait, quant à elle, de toute recherche de l'intention des parties. Il apparaît toutefois que la prise en compte du facteur temporel pourrait permettre d'opérer un tri au sein des situations dans lesquelles la reconnaissance d'un statut étranger est réclamée entre celles dans lesquelles l'interposition de la loi étrangère n'a eu d'autres buts que l'éviction de la loi française et les autres. En effet, si un couple rattaché au seul ordre juridique français se déplace dans un autre État pour bénéficier de la compétence des autorités et de la loi de cet État pour immédiatement rentrer en France afin de réclamer la reconnaissance du statut obtenu à l'étranger, il apparaît rapidement que l'intention était *uniquement* de bénéficier d'une législation plus favorable pour en tirer bénéfice sur le territoire français. Dans une telle hypothèse, la prise en considération de l'écoulement du temps, ou plus précisément de l'absence de temps écoulé entre la formation et la demande de reconnaissance, permet de démontrer que la volonté était *uniquement* de profiter des avantages de la loi étrangère dans le ressort de la loi évincée. Dans un tel cas, la sanction de la fraude devrait être considérée comme inévitable. En revanche, lorsque le couple, après avoir créé un statut sous l'empire de la loi B, réside dans cet État B et ne demande la reconnaissance de ce statut en France qu'après un certain temps, la fraude est plus difficile à caractériser. En effet, la seule volonté de se soumettre à la compétence d'une loi plus conforme à leur projet ne saurait être considérée comme répréhensible au regard des évolutions du droit international privé du couple. Et si le couple ne réclame la réception du statut étranger que plusieurs années après sa

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ Civ 1, 17 mai 1983, *préc.*

formation, il devient évident que leur volonté n'était pas *essentiellement* de bénéficier en France de droits acquis en application de la loi étrangère, ce qui permet d'exclure la qualification de la fraude en l'espèce. Il apparaît alors que la prise en considération de l'écoulement du temps entre la date de la formation du statut et celle de sa reconnaissance permet d'affiner l'appréciation de la notion de fraude à la loi internationale. Elle pourrait aussi intervenir dans le cadre de l'appréciation de la sanction opposée à une fraude.

2. ... dans la sanction de la fraude.

796. Dès lors que l'existence d'une fraude, et donc celle d'une violation internationale de la loi, a été caractérisée, se pose nécessairement la question de l'opportunité de sanctionner cette fraude. Il apparaît alors que la prise en compte du temps écoulé entre la date de la violation internationale de la loi française, c'est-à-dire celle de la formation du statut, et celle à laquelle la reconnaissance du statut est réclamée présente aussi un intérêt dans l'appréciation de cette opportunité. Il convient, afin de préciser le propos, de faire une distinction entre l'idée ici évoquée et celle précédemment étudiée. Pour ce faire, reprenons l'exemple du couple de Français, résidant en France, qui fait enregistrer son partenariat dans l'État B. Admettons que le couple ne s'installe pas suffisamment longtemps dans l'État B, mais, sans rentrer en France, décide d'installer sa résidence dans l'État C pendant une longue période. Si, ici, l'écoulement du temps n'a pas pour effet d'influer la nature du conflit opposant la loi française et la loi B, il n'en demeure pas moins qu'il soulève un certain nombre d'interrogations : est-il toujours opportun de refuser de reconnaître la validité, en France, d'un statut de couple formé à l'étranger et ayant duré pendant un temps certain au motif que la loi française qui se voulait applicable à sa formation a été violée au moment de sa formation ? Cette violation, qui peut avoir été commise plusieurs années, voire plusieurs dizaines d'années, avant la reconnaissance, justifie-t-elle de refuser la réception, en France, d'un élément du statut personnel qui a été considéré comme valable à l'étranger, sous l'empire duquel les personnes ont pu vivre pendant une longue période et sur la validité duquel elles ont pu fonder des prévisions légitimes ? Une réponse catégorique à ces questions ne saurait convenir. En effet, l'intérêt de l'ordre juridique de reconnaissance à sanctionner une violation internationale de sa loi dépend de l'importance

qu'il accorde à l'application de cette loi, ou en d'autres termes, de l'importance qu'il accorde au contenu de cette loi.

797. À titre d'exemple, il peut être utile de s'intéresser au régime des nullités sanctionnant la violation des conditions de formation du mariage. En effet, le refus de reconnaissance d'un mariage étranger pour fraude peut être comparé au prononcé de la nullité d'un mariage célébré en France sur deux points. De fait, l'objectif visé est, chaque fois, de sanctionner une violation de la loi française, qu'il s'agisse d'une violation internationale, lorsqu'une loi étrangère a été appliquée à la place de la loi française, ou d'une violation interne, lorsque la loi française a été mal appliquée, et, dans les deux cas, les sanctions auront des effets similaires : le mariage est considéré comme nul en France (soit qu'il y ait été annulé, soit que sa validité n'y ait pas été reconnue).

Or dans le cadre de la nullité des mariages, une distinction est faite entre les nullités relatives et les nullités absolues, distinction qui entraîne des effets tant sur le plan des personnes pouvant exercer une action en nullité que sur le plan du délai de prescription encadrant l'action. Il apparaît alors, en premier lieu, que l'écoulement du temps intervient directement sur la sanction des violations internes de la loi française. De fait si un temps trop long s'est écoulé depuis la formation du mariage, alors une violation interne ne peut plus être sanctionnée en ce que l'action en nullité est considérée comme prescrite. L'utilité de la sanction s'efface, avec le temps, devant « la volonté de limiter les hypothèses d'anéantissement du mariage »¹³⁰⁰. En second lieu, la distinction opérée entre les deux types de nullités se fonde sur la nature de la disposition violée. Lorsque cette disposition est considérée comme relevant de l'ordre public¹³⁰¹, alors une action en nullité peut être engagée dans un délai de 30 ans. En revanche lorsque le texte violé vise à assurer la protection d'intérêts privés¹³⁰², le délai d'action est, en général, de 5 ans. Ici transparaît nettement l'idée que l'objectif poursuivi par la disposition influe l'intérêt que l'ordre juridique reconnaît à son application et donc le délai dans lequel est encadrée la sanction de sa non-application.

798. Un raisonnement similaire pourrait être mis en œuvre dans le cadre de l'appréciation de l'opportunité de sanctionner une fraude. Il s'agit alors, une fois la fraude

¹³⁰⁰M. Lamarche et J.-J. Lemouland, « Mariage : sanctions de l'inobservation des conditions de formation – Nullités du mariage », *Rep. Droit Civ.*, Dalloz, janvier 2014 (actualisation mai 2018), § 111.

¹³⁰¹*Ibid.*, § 31.

¹³⁰²*Ibid.*, § 117.

caractérisée, de vérifier si l'importance reconnue à la valeur portée par la disposition fraudée justifie toujours, après l'écoulement d'un certain temps, que la violation internationale soit sanctionnée au prix d'une atteinte à la permanence du statut. C'est, en effet, bien la conséquence à laquelle mène la sanction de la fraude qui emporte le refus de réception en France du statut étranger. Lorsqu'une telle vérification est faite, le contrôle de la fraude prend la forme d'un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt de l'ordre juridique à voir une disposition particulière appliquée et celui des personnes à voir leur statut reconnu. Et une telle modalité du contrôle de la fraude n'est pas, sans rappeler la logique suivie par la CEDH dans sa jurisprudence relative au droit au respect de la vie privée et familiale. En effet, lorsque la Cour est amenée à se prononcer sur la conformité du refus de reconnaissance de certains éléments du statut personnel aux dispositions conventionnelles, celle-ci procède à une pesée des intérêts en présence, intérêts individuels et intérêt collectif, en tenant, notamment, compte de la durée de la vie familiale. Ceci lui permet, alors, d'apprécier si le refus de réception emporte violation du droit au respect de la vie privée et familiale.

Le facteur temporel produit alors un double effet : plus la date de la violation internationale est éloignée dans le temps, plus l'intérêt de l'État à la sanctionner diminue, et parallèlement, plus le statut de couple a duré, plus l'intérêt des particuliers à le voir circuler se renforce.

799. La prise en compte de ce facteur temporel lors de l'appréciation de la sanction encourue en cas de fraude permet alors de s'assurer que le refus de reconnaissance est conforme aux obligations conventionnelles pesant sur chaque État membre. Il apparaît d'ailleurs que la Cour de cassation a déjà pris en considération ce facteur dans une affaire relative à la nullité d'un mariage. Dans cette espèce, qui a donné lieu à un arrêt du 4 décembre 2013¹³⁰³, une jeune femme avait, après son divorce, épousé son ancien beau-père. Cette union avait été célébrée en France en violation de l'article 161 du Code civil qui prohibe le mariage entre alliés en ligne directe et donc entre un ancien beau-père et son ex-belle-fille. C'est n'est, pourtant, que près de 20 ans plus tard, au moment du décès de l'ancien beau-père devenu époux, que la question de sa validité avait été soulevée dans le cadre d'un litige portant sur la succession du défunt. A première vue, le succès de l'action

¹³⁰³Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, F. Chénéde, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.*, 2014, p. 179 ; « Validité exceptionnelle du mariage de la belle-fille avec le beau-père – Cour de cassation, 1^{re} civ. 4 décembre 2013 », *AJ fam.*, 2014, p. 124 ; H. Fulchiron, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.*, 2014, p. 153 ; « Mariage entre alliés : droit au respect de la vie privée – Cour de cassation, 1^{re} civ. 4 décembre 2013 », *D.*, 2014, p. 179.

en nullité intentée par le fils du défunt semblait acquis dans la mesure où le délai de prescription encadrant l'action n'était pas écoulé. En effet, selon les articles 184 et 187 du Code civil, ce délai court pendant 30 ans à partir de la date de célébration du mariage. Toutefois, la Cour de cassation a, dans son arrêt, écarté l'application de l'article 161 et confirmé la validité de l'union au motif que « le prononcé de la nullité du mariage [...] revêtait, à l'égard de [la conjointe survivante], le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que [l'union], célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans». C'était alors au visa de l'article 8 et sur le fondement de l'écoulement du temps que la Cour avait choisi de ne pas sanctionner la violation interne de l'article 161. Or si un tel raisonnement est suivi face à une violation interne de la loi française, il devrait pouvoir l'être aussi dans les cas de violations internationales. Ainsi, la fraude à la loi internationale ne devrait être sanctionnée que lorsque la sanction ne porte pas atteinte à l'article 8, ce qui sera apprécié en prenant en considération la durée qui s'est écoulée entre la formation du statut et sa demande de reconnaissance.

800. Il apparaît, au surplus, qu'une telle prise en compte du facteur temps se rencontre déjà dans d'autres mécanismes du droit international privé visant à la protection des intérêts de l'ordre juridique de reconnaissance. De fait, ce facteur influe, dans le cadre du diptyque ordre public plein/ordre public atténué, le seuil de tolérance de l'ordre juridique de reconnaissance. Lorsqu'un rapport de droit a été déjà créé, à l'étranger, l'intervention de l'exception d'ordre public suppose que le trouble causé par sa reconnaissance à l'ordre juridique français soit d'une réelle importance. Cela ne signifie pas que toute violation des valeurs françaises est tolérée, mais simplement qu'un contrôle de proportionnalité est opéré entre les différents intérêts en présence, les intérêts individuels et l'intérêt collectif.

Conclusion du Chapitre II

801. Les conditions touchant aux liens qu'entretient le statut avec ses ordres juridiques d'origine et de reconnaissance sont peu représentées en droit positif. Par exemple, ni l'article 45 de la LDIP suisse ni l'article 9 de la loi néerlandaise du 19 mai 2011 ne les prévoient. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 retient la même solution et ne permet ni le contrôle de la proximité du statut avec son État de création ni celui de la fraude. Seule la Convention de la CIEC de 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés indique dans son article 7 que la reconnaissance peut être refusée si « au moment de la déclaration de volonté devant l'autorité compétente, aucun des deux partenaires ne se rattachait, par la nationalité ou la résidence habituelle, à l'État du lieu de l'enregistrement ».

802. La doctrine ne semble pas plus favorable à la mise en œuvre de ces conditions. Ainsi, si les professeurs Lagarde et Bollée, admettent le nécessité de sanctionner les éventuels comportements frauduleux des parties, ils considèrent que ce contrôle ne justifie pas l'élaboration d'une condition particulière. Selon ces auteurs, le risque de fraude devrait être empêché par la mise en œuvre des conditions d'ordre public ou de proximité. Et si ces auteurs admettent l'idée d'un contrôle de proximité, ils soulignent essentiellement que ce contrôle doit être opéré de façon suffisamment souple pour ne pas vider de son sens la méthode de la reconnaissance.

803. En réalité, la décision d'imposer ou non un contrôle des liens qu'entretient le statut avec ses ordres juridiques de création et de reconnaissance relève d'« une question de politique législative très importante »¹³⁰⁴ et est étroitement liée à la fonction que l'on veut attribuer à la méthode.

Si aucune condition fondée sur la proximité (ni celle relative à la proximité existant entre le statut et son ordre juridique d'origine ni celle relative à la fraude) n'est prévue, cela revient à admettre, très concrètement, que les particuliers peuvent choisir, et ceci quel que soit l'État ou les États dans lesquels s'enracine leur relation, d'aller chercher dans

¹³⁰⁴E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 81.

n'importe quel ordre juridique le statut qui leur convient pour ensuite en demander la reconnaissance en France. Ainsi, il devient possible pour des couples, dont la relation se réalise dans un seul et même État (éventuellement en France), de partir à la recherche d'un autre État acceptant de créer le statut de leur choix afin de voir leur statut reconnu en France. En d'autres termes, il leur devient possible de rendre internationale une situation purement interne (dans la mesure où tous les éléments qui la composent se réalisent dans un seul et même État) par leur seul effet de leur volonté (le choix de créer leur statut dans un autre État que celui auquel ils sont attachés) afin de bénéficier d'un mécanisme de droit international privé (la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance), et ceci sans que le for de reconnaissance ne puisse contrôler la réalité de l'internationalité du rapport de droit. La volonté des parties devient alors la « source » incontestable du caractère extraterritorial de l'origine de leur statut, élément déclencheur du mécanisme d'éviction des règles de conflit du for dans un domaine où, pourtant, les droits sont encore réputés indisponibles. C'est, en définitive, par leur action qu'ils écartent la règle de conflit. Il faut souligner que le risque d'internationalisation est très élevé aujourd'hui au regard tant des évolutions en matière de transport que de la possibilité de faire créer des statuts sur le territoire d'États avec lesquels le couple ne présente aucun lien.

804. Un constat s'impose alors : dans un tel cas, le droit du couple serait réduit à un pur produit normatif offert aux particuliers qui pourraient puiser, dans les législations de chacun des pays prêts à accéder à leurs désirs, les dispositions de leur choix pour, ensuite, demander la reconnaissance du résultat obtenu par l'application de ces dispositions. L'autorité de la loi en sort considérablement affaiblie. Il pourrait alors être avancé que, de toute façon, le droit de la famille, et particulièrement le droit du couple, a récemment été marqué par l'émergence de l'autonomie de la volonté et qu'en la matière, les particuliers sont désormais libres de choisir la loi applicable à leur rapport de droit. Il apparaît, toutefois, que les conséquences d'une reconnaissance dépourvue de toute considération de proximité vont plus loin que celles de l'autonomie de la volonté telle qu'elle est entendue en droit de la famille. En effet, la liberté y est limitée à un double titre : elle n'est accordée que lorsque le rapport de droit est objectivement international, mais surtout les parties ne peuvent choisir qu'une loi objectivement liée à leur rapport. L'atteinte portée à l'autorité de la loi n'est alors pas comparable dans les deux cas.

805. Au contraire, soumettre la reconnaissance du statut étranger à la double condition qu'il présente des liens suffisants avec son ordre juridique d'origine et ne présente pas de liens trop étroits avec l'ordre juridique français permet d'octroyer une fonction plus opportune à la méthode de la reconnaissance. Cette fonction est de résoudre la principale difficulté que rencontre le droit international privé à l'heure actuelle : répondre à l'accroissement de la mobilité des personnes et à la perte de pertinence des éléments de rattachement classiques tout en préservant le juste équilibre entre les intérêts des parties et ceux de l'État. Partant du principe que le jeu des rattachements habituellement mis en œuvre en matière de couple ne permet plus d'assurer efficacement la permanence du statut des personnes qui se déplacent, la méthode de la reconnaissance propose de les écarter en évinçant les règles de conflit. L'élaboration de la méthode et la modification des rattachements répondent alors à la même problématique (la perte de pertinence des rattachements) par des biais différents : lorsque le statut doit être créé en France, le for soumet sa formation aux nouveaux rattachements tels que modifiés et lorsque le statut a déjà été créé à l'étranger, le for écarte la désignation opérée par ses rattachements au profit de la désignation étrangère. Ici, le for n'abandonne pas toute idée de préserver l'autorité de sa loi face à la volonté des parties, mais prend acte des limites de la désignation opérée par ses propres règles de conflit. Le contrôle de la proximité avec l'ordre juridique créateur comme celui de l'absence de fraude prennent alors tout leur sens dans le cadre de la reconnaissance, en ce qu'ils permettent au for d'accueil d'encadrer le type de situations pour lesquelles il admet l'éviction de sa désignation. C'est-à-dire lorsque le rapport de droit entretient des liens suffisamment étroits avec son État de création et que les parties n'ont pas frauduleusement échappé à l'application de sa propre loi.

806. Il n'en demeure pas moins qu'une question doit être soulevée ici : celle de la nécessité de combiner le contrôle de la fraude avec celui de la fraude à la loi internationale. De fait, si les deux contrôles procèdent de logiques relativement différentes, il apparaît, lorsque leur mise en œuvre est examinée en détail, qu'ils importent des conséquences similaires. Les situations dont la reconnaissance est bloquée par la condition de proximité (celles qui ne présentent pas de liens de proximité suffisants avec leur État d'origine) et celles dont la reconnaissance est bloquée par la condition de l'absence de fraude (celles qui mettent en lumière un faux conflit résolu au profit de la loi qui n'avait pas de titres à s'appliquer) sont les mêmes. Ces deux conditions font alors, le plus souvent, double

emploi. Se pose alors nécessairement la question de l'opportunité de les combiner ou, au contraire, de n'en mettre qu'une seule en œuvre.

807. Sur ce point, il est incontestable que le jeu d'un seul de ces chefs de contrôle est suffisant à écarter tout risque d'instrumentalisation de la méthode de la reconnaissance. Reste alors à déterminer lequel de ces contrôles doit être maintenu.

Nous l'avons vu, les Professeurs Lagarde et Bollée plaident en faveur d'un seul contrôle assoupli des liens de proximité existants entre le statut et son ordre juridique d'origine. Il semble, toutefois, que le contrôle de la fraude, entendu comme celui de la fraude à la loi internationale, répond mieux aux exigences du droit international privé contemporain. En effet, reconnaissant aux parties le droit de choisir la loi applicable à leur rapport de droit, et donc à tirer avantage de la mise en concurrence instaurée entre les différents ordres juridiques par les nouvelles règles de droit international privé, il n'en sanctionne le comportement que lorsqu'ils revendiquent la reconnaissance de leur rapport de droit dans le ressort de l'État dont ils ont évincé la compétence, et de ce fait, portent atteinte à l'autorité de ses lois.

808. Il apparaît alors que la reconnaissance des statuts de couple devrait être soumise à la condition d'absence de fraude à la loi internationale sans que la proximité existant entre le statut étranger et son État de création ne soit nécessairement contrôlée.

Conclusion du Titre I

809. La détermination des conditions mises en œuvre lors de la reconnaissance des statuts étrangers présente une importance remarquable. En effet, plus les conditions posées à la reconnaissance sont souples, plus la reconnaissance des statuts étrangers sera facilitée.

810. Ces conditions doivent alors être posées en tenant compte de l'objectif de la méthode : préserver les attentes légitimes des parties en assurant le plus efficacement possible la circulation des statuts étrangers. Elles doivent alors permettre de vérifier la légitimité de ces attentes et cette légitimité pourra être contrôlée sur deux points. Il est nécessaire, en premier lieu, de s'assurer que le statut « existe », en ce sens qu'il est cristallisé et qu'il est valable, dans son État d'origine. Lorsque cette « existence » n'est pas constatée, il devient délicat de considérer que les parties aient pu fonder des prévisions légitimes quant à la circulation du statut. En second lieu, la légitimité suppose que les parties n'aient pas manipulé les mécanismes de droit international privé dans le seul but d'obtenir un statut à l'étranger qui leur était interdit dans leur État d'origine. Ici, la condition d'absence de fraude permet au for de reconnaissance d'encadrer les parties.

811. Il convient, en sus, de garder à l'esprit que la volonté de favoriser cette circulation ne saurait primer systématiquement toute autre considération. En effet, si l'intérêt des particuliers à voir garantir la permanence de leur statut doit irriguer toute réflexion concernant les conditions entourant la reconnaissance, les intérêts de l'État, tels que la sauvegarde de ses valeurs les plus fondamentales ou la protection de l'autorité de sa loi, doivent eux aussi être pris en considération. Il apparaît alors nécessaire de poser des conditions relatives à la possible intégration du statut étranger à son ordre juridique d'accueil. Une méthode de droit international privé ne pourrait être appliquée si son application devait mener à la dissolution ou à la disparition de la société dont elle est issue¹³⁰⁵. Ainsi, tant la conformité du statut à l'ordre public du for que l'absence de statut inconciliable préexistant doivent être examinées. De la même façon, la volonté de protéger l'autorité de la loi justifie les conditions liées au contrôle de la proximité que le statut

¹³⁰⁵Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *préc.*,

entretient avec ses ordres juridiques d'origine et de reconnaissance. En effet, évincer toutes conditions relatives à la proximité offrirait aux particuliers la possibilité de vider de son sens la méthode de la reconnaissance, ce qui porterait atteinte à l'autorité des règles de droit international privé. De fait, cette méthode se fonde sur la différence essentielle existant entre les situations à créer dans le for et celles qui n'ont vocation qu'à y être reconnues. Or, abandonner toute condition visant à encadrer le choix du lieu de création revient, concrètement, à laisser la possibilité de créer facticement l'élément déclencheur de l'application de la méthode de la reconnaissance.

Titre II - La portée de la reconnaissance

812. Une fois définies les conditions entourant la méthode de la reconnaissance, il convient de définir la portée que cette reconnaissance pourrait avoir. Il est, en effet, impossible d'apprécier justement la nécessité de mettre en place une méthode de la reconnaissance pour les statuts de couple sans définir précisément les résultats concrets auxquels elle mène. Choisir entre l'application de la méthode de la reconnaissance et celle du conflit de lois suppose nécessairement d'avoir, au préalable, pesé les avantages et les inconvénients des deux méthodes.

813. Il convient alors d'énoncer les effets qui peuvent être attendus de la méthode de la reconnaissance (Chap. I) avant d'étudier les difficultés qui ne seront pas résolues par elle (Chap. II).

Chapitre I - Les effets attendus de la reconnaissance

814. La question des effets de la reconnaissance ne peut être dissociée de l'objectif que poursuit la méthode ; ceux-ci doivent être déterminés de façon à permettre l'obtention du résultat visé. Ainsi, il faut garder à l'esprit à ce stade du raisonnement que la méthode de la reconnaissance a pour but de garantir que « les personnes qui se déplacent d'un État à un autre [gardent] effectivement le même statut »¹³⁰⁶. C'est là, la raison de la logique circulatoire ici mise en place. Il apparaît alors que la reconnaissance d'un statut de couple doit avoir *a minima* pour effet d'assurer que le statut soit reconnu comme valable dans son État d'accueil (Section I).

Demeure alors la question de la reconnaissance des effets de la relation. La question présente un intérêt particulier en matière de couple à deux titres. D'abord, la relation a, par définition, vocation à durer dans le temps et les membres d'un couple s'engagent dans un statut conjugal en contemplation de ces effets. Il apparaît que la question des effets de la relation est étroitement liée à celle de sa validité. La relation a été créée par les parties dans le but d'être soumises à ses effets. Ensuite, le droit comparé du couple montre qu'il existe une grande diversité entre les différents droits internes. Et le constat est particulièrement vrai en matière de partenariat enregistré. Une modification de la loi applicable à ces effets pourrait alors avoir pour effet de transformer profondément la nature de l'engagement pris par les parties. Il apparaît alors que le respect des prévisions des parties impose de reconnaître les effets de la relation de couple (Section II)

Section I - La circulation de la validité du statut de couple

815. La faveur à la validité des situations étrangères¹³⁰⁷ est, en effet, considérée comme l'un des traits caractéristiques de la méthode proposée. C'est cette faveur qui justifie l'éviction des règles de conflit du for lors de la reconnaissance des couples constitués à

¹³⁰⁶E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 82.

¹³⁰⁷P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, sp. 547.

l'étranger. La méthode vise à « l'alignement de la réalité juridique sur la situation de fait »¹³⁰⁸. Elle doit, alors nécessairement, autoriser la reconnaissance de la validité du statut de couple à travers les frontières (§ I).

Toutefois, la reconnaissance d'une situation ne saurait avoir pour effet de purger une situation de ses vices. Le franchissement de la frontière ne devrait pas avoir pour effet de rendre valable dans un État d'accueil ce qui ne l'est pas dans l'État d'origine. Dès lors, la reconnaissance d'une situation ne pourra avoir pour effet d'empêcher toute contestation relative à sa validité dans son État d'accueil (§II).

§ I - La reconnaissance de la validité du statut de couple

816. La circulation de la validité des situations créées à l'étranger est le cœur même de la méthode qui a pour objectif, lorsqu'elle est mise en œuvre en matière de couple, d'assurer que le statut valable dans l'État A soit considéré comme valable dans l'État B. Il en découle que la reconnaissance porte nécessairement sur la validité des situations étrangères.

817. Cette idée se retrouve dans la convention de La Haye de 1978¹³⁰⁹. Comme son titre l'indique, le texte vise « la reconnaissance de la validité » du mariage. Selon son article 9, dès lors qu'un mariage est valable selon le droit de son État de célébration¹³¹⁰, il doit l'être dans tous les États contractants à la convention. De la même façon, la Convention de Munich relative à la reconnaissance des partenariats enregistrés¹³¹¹ prévoit, dans son article 2, que le partenariat enregistré dans un État est reconnu comme valide dans les différents États parties. En d'autres termes, le lien juridique qui unit le couple dans un État doit pouvoir l'accompagner lorsqu'il franchit une frontière.

En réalité, toutes les règles de reconnaissance prévoient que la situation est, sous réserve de certaines conditions, considérée comme valable dans l'ordre juridique de reconnaissance. C'est là l'effet minimum qui peut être attendu de la méthode. Il apparaît,

¹³⁰⁸ *Ibid.*

¹³⁰⁹ Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

¹³¹⁰ Il convient ici de signaler que lorsque la convention vise le droit de l'État de célébration, elle vise à la fois ses règles matérielles et ses règles de droit international privé.

¹³¹¹ Convention du CIEC n. 32 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, ouverte à la signature à Munich le 5 septembre 2007.

toutefois, que la reconnaissance de la validité du statut étranger ne devrait pas avoir pour conséquence d'en interdire la contestation dans son État d'accueil.

§ II - La contestation de la validité du statut de couple

818. En effet, si la méthode proposée a pour objectif de respecter les prévisions légitimes des parties, cela ne peut signifier qu'elle empêche toute contestation de la validité du statut qui les unit. Il existerait d'ailleurs une certaine forme de discrimination à considérer qu'un ordre juridique peut contrôler la validité d'un statut créé dans son ressort et non celle d'une situation, qui née à l'étranger, a été reconnue chez lui. La volonté de respecter les prévisions des parties devrait avoir pour conséquence non d'interdire à un État de vérifier la validité d'une situation étrangère mais seulement de lui imposer d'opérer cette vérification sous l'empire de la loi qui a présidé à la création de ladite situation. Ainsi que le souligne le Professeur Lagarde, « si la méthode de la reconnaissance exclut l'application à la situation créée à l'étranger des règles de conflit de lois de l'État de reconnaissance, elle n'exclut pas l'éventualité d'une contestation de la situation. Le problème de la reconnaissance est distinct de celui de la validité »¹³¹². Dès lors, la reconnaissance d'un mariage ou d'un partenariat n'interdit pas que, par la suite, l'État d'accueil puisse l'annuler.

819. Il convient alors de faire une distinction entre les deux situations dans lesquelles la question de la validité d'une relation de couple étrangère peut être soulevée. Cette question peut surgir au moment où la reconnaissance de la relation est réclamée, que ce soit à titre principal ou à titre de question préalable. C'est ce que Mme Pfeiff appelle « le contentieux de la reconnaissance »¹³¹³. Ce pourra être le cas, par exemple, lorsqu'un époux agit, en France, en contribution aux charges du mariage et que son conjoint se défend en invoquant la nullité du mariage célébré à l'étranger. Elle peut aussi se poser lors d'une procédure ayant directement pour but d'annuler la relation, par exemple lorsqu'un partenaire réclame l'annulation d'un partenariat enregistré déjà reconnu en France. Il s'agit alors, selon les

¹³¹²P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *préc.*, sp. 30.

¹³¹³S. Pfeiff, « *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen* », *préc.*, sp. 396, § 406.

termes de Mme. Pfeiff du « contentieux de la validité »¹³¹⁴. Ce contentieux se déroule, en général, devant une juridiction¹³¹⁵ alors que le premier peut intervenir devant toutes sortes d'autorités publiques, juridictionnelles ou non.

820. Se pose alors la question de savoir si la validité de la relation peut être efficacement contestée lors du « contentieux de la reconnaissance ». Mme Pfeiff propose de limiter cette contestation au seul contentieux de la validité. Il existerait alors une présomption irréfragable de validité au stade de la reconnaissance¹³¹⁶, celle-ci résultant de la compétence matérielle de l'autorité ayant cristallisé la relation de couple¹³¹⁷. Elle donne pour exemple la situation d'un couple belge qui aurait conclu son mariage devant un notaire belge, cette union ne pourrait pas bénéficier de la présomption. Dans tous les autres cas, la présomption devrait être irréfragable.

En cela, l'auteur se rapproche de la solution choisie par la Convention de Munich relative aux partenariats enregistrés qui ne conditionne pas la reconnaissance de ces statuts à leur validité dans l'État d'enregistrement. Si le texte prévoit que l'annulation prononcée dans l'État d'origine du partenariat doit être reconnue, il est possible d'en déduire *a contrario* que tant que le partenariat n'y a pas été annulé, il doit être reconnu dans les autres États contractants.

821. Toutefois, cette impossibilité de contester la validité du statut au stade de sa reconnaissance risque d'entraîner une multiplication des procédures dans le pays d'accueil de la relation. Cela impose, en effet, aux autorités de cet État de reconnaître, au moins dans un premier temps, le mariage ou le partenariat alors même que l'une des parties en soulèverait la nullité au moment de la reconnaissance. Son annulation ne pourrait être demandée que dans un second temps. Ainsi, un époux pourrait se voir condamner à contribuer aux charges d'un mariage dont il ne pourrait contester la validité que par la suite. Il convient alors de prévoir, à l'instar de la Convention de La Haye, une présomption simple de validité qui peut être renversée.

822. Une fois admis que la validité du statut peut être contestée tant au moment de sa reconnaissance qu'après celle-ci, il faut déterminer quels États peuvent être compétents

¹³¹⁴*Ibid*, sp. 397, § 406.

¹³¹⁵*Ibid*.

¹³¹⁶*Ibid*, sp. 396, § 406.

¹³¹⁷*Ibid*, sp. 385, § 387 s.

pour se prononcer sur la question de la validité de la relation (A) et quel droit sera applicable au litige (B).

A. L'État compétent pour se prononcer sur la validité de la relation

823. Lorsque la validité d'une relation est remise en cause au moment de la reconnaissance de la relation, il est nécessaire que les autorités de l'État dans lequel la reconnaissance est réclamée aient compétence pour contrôler cette validité. Du résultat de ce contrôle de validité dépendra, alors, la décision de reconnaître ou non la situation étrangère. Le cas échéant, le refus de reconnaissance n'aura aucune vocation extraterritoriale et n'aura d'effets que dans l'ordre juridique qui s'est prononcé.

824. Si en revanche, le litige porte directement sur la question de la validité de la relation, c'est-à-dire si le juge est saisi d'une question relative au « contentieux de la validité », les règles de compétence relatives à l'annulation du mariage ou du partenariat doivent être appliquées.

Ainsi, lorsque le litige porte sur l'annulation d'une union matrimoniale, le règlement Bruxelles II bis prévoit dans son article 3 une option de compétence offerte au demandeur. Il pourra s'agir de l'État de la résidence habituelle commune des époux, de leur dernière résidence habituelle dans la mesure où l'un y réside encore, de la résidence habituelle du défendeur ou de celle du demandeur s'il y réside depuis plus d'un an ou depuis plus de 6 mois s'il a la nationalité de cet État. L'État de la nationalité commune des époux peut lui aussi être considéré comme compétent, de même que celui de la résidence habituelle de l'un des époux en cas de demande conjointe.

Dans certaines conditions posées par les articles 6 et 7 du règlement, un État membre pourra se considérer comme compétent en vertu de ses règles de compétence de droit commun. En matière de partenariat enregistré, la compétence est soumise, en l'absence de texte international en la matière, au droit international privé de chaque pays. Cette décision d'annulation, au rebours du refus de reconnaissance, pourra avoir vocation à être reconnue par d'autres ordres juridiques.

B. Le droit applicable en cas de contestation de la validité de la relation de couple

825. Afin de ne pas vider de son sens la méthode de la reconnaissance, cette contestation doit logiquement être soumise à la loi ayant présidé à la célébration du mariage ou à l'enregistrement du partenariat enregistré. En effet, la méthode se caractérise par l'éviction de la règle de conflit du for lors de la reconnaissance du statut étranger, et ce afin d'en faciliter la circulation. Le contrôle de validité ne peut se faire, au stade de la reconnaissance, qu'en vertu de la loi désignée par le droit international privé de l'autorité créatrice du statut. Le même droit devrait alors être applicable en cas de contentieux visant à l'annulation du statut étranger. La validité du statut de couple doit, à quelque moment que ce soit, être appréciée au regard du droit, notamment international privé, de son ordre juridique d'origine¹³¹⁸.

826. En conséquence, un mariage ou un partenariat étranger ne devrait être annulé dans l'État de reconnaissance que s'il peut l'être dans son État de constitution, pour les mêmes motifs et dans les mêmes conditions.

Ainsi, si dans l'État d'origine, seuls les membres de couples peuvent soulever cette nullité, cela doit nécessairement être le cas dans l'État d'accueil. De la même façon, si la nullité est couverte en vertu du droit applicable dans son État de création, la validité de la relation ne pourra être contestée dans l'État de reconnaissance. Par suite, les effets de la nullité, et notamment la question d'une éventuelle putativité du statut, devront eux aussi être soumis au droit appliqué par l'État d'origine. Cela permet de s'assurer que l'appréciation de l'éventuelle nullité du statut et des effets qu'elle pourrait entraîner n'est pas modifiée par le franchissement de la frontière et, par là, de garantir un réel respect des prévisions des parties quant à la validité de leur relation de couple.

827. Il apparaît, toutefois, que la seule circulation de la seule validité du statut étranger ne suffit pas à préserver la permanence du statut personnel telle qu'elle est entendue aujourd'hui en cas de déplacement. De fait, la méthode de la reconnaissance devrait permettre de favoriser la circulation des effets des relations de couple.

¹³¹⁸*Ibid*, sp 401, § 409.

Section II - La circulation des effets de la relation de couple

828. La question de la circulation des effets d'une relation soulève plus de difficultés que celle de sa validité. Il n'existe aujourd'hui aucun consensus en la matière et deux théories issues de la doctrine allemande¹³¹⁹ s'opposent sur la question.

829. La première théorie, la *Gleichstellung*, défendue notamment par le Professeur Coester-Waltjen¹³²⁰, limite la portée de la reconnaissance à la seule validité de la relation. Celle-ci acquise dans l'État d'accueil, les règles de conflit du for devraient s'appliquer à la désignation de la ou des lois applicables aux effets de la relation de couple. Il s'agit, en fait, d'une forme d'assimilation du statut de couple étranger à une forme de couple connue du for (§I). Selon cette théorie, la reconnaissance purge, en quelque sorte, la relation de son origine étrangère.

Selon la seconde théorie, la *Wirkungserstreckung*, la situation étrangère est reconnue dans sa globalité. La reconnaissance permet alors « d'importer »¹³²¹ le statut étranger et de lui reconnaître les effets prévus dans la loi d'origine de la relation (§II).

§ I - L'assimilation du statut étranger aux statuts connus du droit du for de reconnaissance

830. Cette théorie consiste à distinguer strictement la question de la validité de la situation de celle de ses effets. Ces deux aspects du rapport de droit sont alors soumis à des méthodes différentes et la reconnaissance épuise ses effets au stade de la validité de la relation de couple¹³²².

Le traitement du couple est, de ce fait, éclaté à un double titre : du point de vue de la méthode employée, mais aussi du point de vue du droit applicable. Du point de vue méthodologique, le couple est soumis, pour une part, au principe de la reconnaissance et,

¹³¹⁹Voir notamment H. P. Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraum », *RabelsZ.*, 2006, p. 651, sp. 719.

¹³²⁰D. Coelter-Waltjen, « Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien-, und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht », *IPrax*, 2006, p. 392.

¹³²¹A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, *préc.*, sp. 500, § 1318.

¹³²²P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *préc.*, § 48.

pour une autre part, aux règles de conflit du for de reconnaissance, il en découle alors fréquemment un éclatement du droit applicable à la relation dans la mesure où les règles de conflit du for de reconnaissance pourront soumettre les effets de la relation à une loi différente de celle ayant présidé à sa formation.

Ce phénomène d'éclatement d'une situation juridique entre plusieurs lois n'est pas nouveau en droit international privé. Il est traditionnellement admis qu'il peut découler soit d'un conflit mobile, soit de la coexistence de plusieurs règles de conflit applicables aux différents aspects d'une même situation. Limiter la méthode de la reconnaissance à la seule validité des relations de couple offrirait un nouvel exemple de cet éclatement.

Toutefois, d'importantes difficultés peuvent naître de ce dépeçage de relations ayant vocation à être vécues dans la durée. Et ce notamment lorsque les différentes lois applicables sont porteuses de valeurs contradictoires. Le risque est ici de porter atteinte à la continuité des statuts.

831. Le traitement du mariage international, en droit français, est un exemple topique de ces possibles difficultés. Les conditions de formation du mariage sont soumises à deux règles de rattachement différentes alors que ses effets relèvent de diverses règles de conflit. Cet éclatement du traitement de l'union matrimoniale, porteuse de conceptions culturelles et religieuses d'un État, peut donner lieu à la confrontation de valeurs parfois profondément antinomiques. Dans ce cas, décider des effets que pourrait avoir une relation de couple sous l'empire d'une loi autre que celle qui a permis sa création, peut revenir à transformer la nature de cette relation de couple. Au surplus, les effets de la relation peuvent être éclatés entre plusieurs lois dont la coordination s'avère épineuse. Il suffit d'évoquer, à titre d'exemple, les difficultés, bien connues, rencontrées par les juges français saisis de la succession des époux polygames domiciliés en France au moment de leur décès¹³²³.

Jusqu'à présent, la jurisprudence, comme la doctrine, s'accommodait de cette transformation et ces difficultés étaient résolues par un ajustement des différentes lois applicables à l'espèce. Toutefois, le fondement de la méthode de la reconnaissance réintroduit, aujourd'hui, la question de la légitimité de cet éclatement.

¹³²³Civ. 1, 3 janvier 1980, *Beneddouche*, *RCDIP*, 1980, p. 331, note Batiffol, *JDI*, 1980, p. 327, note Simon-Depitre ; *D.*, 1980, p. 549, note Poisson-Drocourt ; *GAJDIP, préc.*, n° 61.

832. Il apparaît alors que bien qu'il existe des exemples de l'application de la théorie de l'assimilation des effets du statut (A), cette solution emporte des difficultés qui imposent d'abandonner cette théorie dans le cadre de la reconnaissance (B).

A. Illustrations en droit positif de la théorie de l'assimilation

833. Le droit positif donne plusieurs exemples d'application de la théorie de la *Gleichstellung*. Le premier de ces exemples peut se trouver dans le droit international privé français. Bien qu'il ne relève pas de la méthode de la reconnaissance des situations, le régime auquel sont soumises, en France, les adoptions prononcées à l'étranger procède d'une logique similaire à celle de l'assimilation du statut étranger aux statuts du for de reconnaissance (1). D'autres exemples d'une telle assimilation peuvent être recherchés dans les règles de reconnaissance posées en droit comparé (2).

1. Illustration en droit français de la théorie de l'assimilation de la relation étrangère

834. Les adoptions prononcées à l'étranger, bien qu'elles ne soient pas toutes de nature judiciaire, sont soumises à la méthode de la reconnaissance des décisions étrangères. Leur validité est, dès lors, appréciée au regard des conditions posées par l'arrêt *Munzer*¹³²⁴ et réduites par l'arrêt *Cornelissen*¹³²⁵, à savoir le contrôle de la compétence indirecte de l'autorité qui s'est prononcée, l'absence de fraude de la part des parties et la conformité de l'adoption à l'ordre public du for.

Leur circulation est ainsi très largement favorisée et, leur reconnaissance se faisant *de plano*, une simple transcription sur les registres d'état civil de Nantes est suffisante à leur efficacité dans l'ordre juridique français.

¹³²⁴Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1964, *Munzer*, *GAJDIP*, n° 41.

¹³²⁵Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, *préc.*

Comme pour toutes les décisions rendues en matière de statut personnel, les adoptions étrangères ont, dès lors qu'elles ont été reconnues en France, autorité de chose jugée à partir du jour où elles ont été prononcées. Toutefois, leur reconnaissance s'épuise dans la reconnaissance de l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et son/ses parent/s adoptif/s. La faveur à leur circulation se limite à leur seule validité.

835. En effet, alors que la jurisprudence antérieure admettait que les adoptions prononcées à l'étranger se voient reconnaître, en France, les effets qu'elles produisaient dans leur État d'origine¹³²⁶, la loi du 6 février 2001 a profondément modifié la donne. Les effets de ces adoptions sont, désormais, soumis à la règle de conflit posée par l'article 370-5 du Code civil qui prévoit que « l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple ». Cette règle de conflit procède à une sorte de « naturalisation »¹³²⁷ de l'adoption qui n'aura comme effets que ceux prévus par la loi française.

836. La logique ici mise en place correspond à celle de la *Gleichstellung*. La validité de la relation relève d'un mécanisme libéral visant à assurer la circulation du rapport de droit, tandis que ses effets sont, eux, soumis à la règle de conflit du for de reconnaissance. L'assimilation de la situation étrangère est alors poussée à son extrême dans la mesure où toutes les adoptions, qu'elles aient été créées en France ou dans un autre État, seront soumises aux mêmes dispositions matérielles, les dispositions françaises.

La théorie de la *Gleichstellung* se rencontre aussi dans certaines règles de reconnaissance posées en matière de mariage ou de partenariat enregistré.

2. Illustrations en droit comparé de la théorie de l'assimilation de la situation étrangère

837. Le premier de ces exemples est la Convention de La Haye de 1978 sur la reconnaissance des mariages applicable en Australie, au Luxembourg et aux Pays-Bas.

¹³²⁶J. Foyer, « Adoption », *Rép. dr. int.*, Dalloz, septembre 2003 (actualisation : janvier 2017), § 307.

¹³²⁷*Ibid.*, § 313.

Cette convention pose le principe de la reconnaissance des mariages étrangers dans chacun des États parties, dès lors que le mariage a été valablement célébré aux yeux d'un quelconque ordre juridique. Le seul motif de non-reconnaissance admis par le texte est la non-conformité du mariage à l'ordre public du for de reconnaissance. Le système mis en place, ici, est très libéral, mais reste limité. En effet, aucune disposition relative à la reconnaissance des effets de l'union n'est prévue dans cet instrument international. Ce silence implique, alors, que ces effets restent, eux, soumis aux règles de droit international privé de chacun des États, et notamment à leurs règles de conflit de lois.

838. La même logique se retrouve dans l'article 45 de la Loi de droit international privé suisse qui prévoit que le mariage célébré à l'étranger doit être reconnu en Suisse. L'article 63 de la même loi prévoit que les dispositions relatives aux mariages sont applicables aux partenariats enregistrés par analogie. En revanche, les effets que peut avoir une relation de couple constituée à l'étranger restent soumis aux règles de conflit suisses. Les effets généraux du mariage seront alors soumis à la loi du domicile commun des époux, ou en l'absence de domicile commun, à la loi du domicile avec lequel la cause présente les liens les plus étroits. La loi applicable à ces effets sera alors très fréquemment la loi suisse.

Dans ces deux exemples, une fois le statut de couple reconnu par le for de reconnaissance, il est traité comme n'importe quel statut qui, constitué dans ce for, présenterait un élément d'extranéité. Comme nos règles de conflit relatives au mariage, la reconnaissance vide le couple de son caractère étranger.

839. Les règles britanniques relatives aux partenariats enregistrés prévoient quant à elles une assimilation totale des statuts étrangers¹³²⁸. En effet, si elles autorisent la reconnaissance des *overseas partnerships* à certaines conditions, elles indiquent que les personnes ayant enregistré un partenariat à l'étranger doivent être traitées comme étant liées par un *civil partnership*. Ainsi, un couple ayant choisi d'enregistrer un PACS en France sera, dès son arrivée, soumis aux dispositions matérielles prévues par le droit anglais. La reconnaissance n'aura pas, dans cette hypothèse, pour seul effet de vider le couple de son origine extraterritoriale, mais aussi de l'assimiler à un statut de droit interne.

¹³²⁸Article 215 du *Civil partnership Act* 2004.

Le système de la *Gleichstellung*, qui entraîne une réelle transformation du statut étranger, souffre alors de plusieurs critiques.

B. La critique de la théorie de l'assimilation des effets

840. Cette théorie présente des avantages indéniables pour le for de reconnaissance en ce qu'elle lui permet de protéger la cohérence de son propre ordre juridique. Assimiler les statuts étrangers aux statuts domestiques évite la coexistence, sur un même territoire, d'une multitude de statuts différents. Il a, ainsi, pu être écrit que l'ordre juridique de reconnaissance ne serait pas « envahi » par des modèles étrangers¹³²⁹. La théorie de l'assimilation présenterait alors « l'avantage de dispenser les autorités de l'État de reconnaissance de la recherche du droit étranger »¹³³⁰. Le propos doit tout de même être nuancé. La *Gleichstellung* ne permet cette éviction des formes étrangères de couple que lorsqu'elle est poussée à son extrême, c'est-à-dire lorsque le statut étranger, une fois reconnu, est soumis au droit matériel du for. C'est le cas notamment au Royaume-Uni en matière de partenariat. Lorsque, comme c'est le cas dans la Convention de La Haye en matière de mariage ou en droit suisse, les effets du statut étranger peuvent être déterminés, en vertu des règles de conflit du for, en contemplation de dispositions matérielles étrangères, le risque de cohabitation de statuts différents est maintenu.

841. En réalité, il semble que le principal avantage de la théorie de l'assimilation des effets est qu'elle permet aux autorités du for d'appliquer leurs propres règles de conflit pour les effets qui font l'objet d'un rattachement autonome, sans avoir à rechercher les règles de conflit étrangères.

Dès lors, le for de reconnaissance garde la main mise sur la détermination des effets que pourra avoir sur son territoire le statut de couple qu'il reconnaît, soit qu'il lui accorde les effets prévus par son propre droit interne, soit qu'il désigne lui-même la loi qui leur sera applicable

¹³²⁹A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 496, § 1307.

¹³³⁰P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », préc., sp. 496, § 21.

842. Il faut toutefois noter que les avantages de cette théorie ne semblent pas suffisamment pertinents au regard des inconvénients qu'elle présente « sous l'angle de l'harmonie et de l'uniformité internationale des solutions »¹³³¹. La première critique qui peut lui être faite est qu'elle impose au for de reconnaissance de trouver un statut équivalent dans son propre ordre juridique. Or « la difficulté de trouver l'institution réellement comparable à celle créée à l'étranger, et les difficultés de substitution [risquent] d'apparaître comme dirimantes »¹³³² lorsqu'est en cause une relation de couple peu représentée en droit comparé.
843. Mais surtout, une telle solution revient en quelque sorte à « requalifier » le rapport de droit, à le dénaturer. Remplacer les effets d'origine de la relation par ceux prévus dans son ordre juridique d'accueil procède à une réelle transformation de celle-ci et son « efficacité [...] diverge alors selon l'État requis »¹³³³. Lorsque les statuts présentent des effets profondément différents, comme ce peut être le cas pour les partenariats enregistrés, la théorie de la *Gleichstellung* aura un « effet déformant »¹³³⁴ sur le statut d'origine.
844. Deux conséquences néfastes peuvent découler de cette modification du rapport de droit. En premier lieu, lorsque le statut étranger se voit octroyer les effets prévus par le droit du for de reconnaissance, il peut se voir reconnaître des effets plus importants que ce qu'il aurait eu dans son État de création. Le couple pacsé en France sera, au Royaume-Uni, lié par le réseau de droits et d'obligation découlant d'un *civil partnership* anglais. Ayant opté pour un statut essentiellement patrimonial, le couple se verra imposer les liens d'un quasi-mariage. Or, « puisque la parenté entre la reconnaissance des situations et la reconnaissance des décisions “classiques” est grande, on comprend mal pourquoi le principe bien connu de l'impossibilité pour le jugement d'avoir plus d'effet dans l'État d'origine que dans l'État d'accueil ne devrait pas s'étendre aux situations cristallisées par l'intervention d'une autorité publique »¹³³⁵.

¹³³¹A. Quinones Escamez, « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *préc.*, sp. 372.

¹³³²A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, *préc.*, sp. 497, § 1309.

¹³³³*Ibid* ; V. aussi A. Quinones Escamez, « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *préc.*, sp. 372.

¹³³⁴A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, *préc.*, sp. 497, § 1310.

¹³³⁵*Ibid*, sp. 498, § 1313 ; V. aussi S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale » *préc.*, sp. 350, § 19.

En second lieu, et c'est, là, la principale critique qui peut être faite à la thèse de l'assimilation des effets, cette thèse « ne garantit pas la reconnaissance internationale ou la continuité à travers les frontières du modèle d'union de couple national, de la manière dont il est reconnu par l'État et a été contemplé par le couple »¹³³⁶. La transformation du statut qu'implique son assimilation « ne s'accorde pas [...] avec la volonté des parties »¹³³⁷. PACSé dans un État, le couple serait *cohabitant* en Belgique ou *partners* au Royaume-Uni.

845. Si la relation est bien valable de chaque côté de la frontière, elle est nécessairement « claudicante »¹³³⁸, son efficacité variant selon l'ordre juridique concerné. Dès lors, les attentes des particuliers quant aux effets de leur relation de couple sont « trahies »¹³³⁹, alors que le respect de ces attentes et prévisions est l'un des objectifs de la méthode de la reconnaissance. En effet, « reconnaître n'équivaut pas à "assimiler". Il équivaut à "connaître", et ensuite, si possible, à accepter "telle quelle" l'union de couple »¹³⁴⁰.

§ II - La reconnaissance des effets d'origine de la relation

846. À l'inverse, selon la théorie de la *Wirkungserstreckung*, la situation créée à l'étranger est importée dans sa globalité et tant sa validité que ses effets d'origine sont reconnus dans l'ordre juridique d'accueil. Les effets de la loi étrangère sont, en quelque sorte, étendus à travers les frontières¹³⁴¹. S'il apparaît que cette théorie de la *Wirkungserstreckung* permet de mieux assurer la permanence de la situation (A) lors de sa reconnaissance, il convient de déterminer quels effets de la relation peuvent être intégrés à la méthode de la reconnaissance (B).

¹³³⁶A. Quinones Escamez, « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *préc.*, sp. 372.

¹³³⁷*Ibid.*, sp. 373.

¹³³⁸A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, *préc.*, sp. 499, § 1315.

¹³³⁹*Ibid.*, sp. 498, § 1314.

¹³⁴⁰A. Quinones Escamez, « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *préc.*, sp. 372.

¹³⁴¹H. P. Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraum », *RabelsZ.*, 2006, p. 651, sp. 720.

A. La permanence du statut par l'importation de ses effets

847. Avant de souligner les avantages de la théorie de la *Wirkungserstreckung*, il convient d'admettre qu'elle présente un inconvénient certain. Une telle reconnaissance impose aux autorités du for d'accueil de rechercher et manipuler les règles de conflit étrangères pour chacun des effets relevant d'un rattachement autonome¹³⁴². Une telle obligation peut être source de « grande complication et multiplie les sources d'erreur »¹³⁴³ et ce d'autant plus que ces autorités ne seront pas nécessairement des autorités judiciaires rompues aux subtilités du droit international privé.

Un autre danger évoqué par la doctrine est celui d'une multiplication des situations de fraude conséquemment au libéralisme de cette reconnaissance¹³⁴⁴. Toutefois, le risque de fraude peut être jugulé par les conditions posées par les règles de reconnaissance. En effet, prévoir la mise en place d'un mécanisme favorisant la circulation des situations étrangères ne signifie pas en admettre la circulation en toute circonstance.

848. Il apparaît alors qu'aucune de ces deux théories n'est exempte de défauts¹³⁴⁵, et qu'aucun de ces défauts ne semble réellement rédhibitoire. Le choix entre les deux théories est, plus qu'un choix purement technique, un choix de politique législative¹³⁴⁶ et doit être fait à la lumière des logiques, diamétralement opposées, qui sous-tendent les deux théories. La *Gleichstellung* vise à faire primer la cohérence de l'ordre juridique du for sur celle de la relation, alors que la *Wirkungserstreckung* procède de l'exact opposé, la cohérence de la situation prenant le pas sur celle du for de reconnaissance.

Une fois ce constat énoncé, il devient évident que la théorie de la *Wirkungserstreckung* est la mieux à même de garantir un réel respect de la cohérence de la situation et des prévisions des parties quant à la nature de la relation dans laquelle ils se sont engagés (1). Au demeurant, il est incontestable que les règles de conflit de lois applicables en matière de couple tendent à démontrer que le droit international privé se

¹³⁴²H. P. Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraum », *préc.*, sp. 721.

¹³⁴³P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », *préc.*, sp. 496, § 21.

¹³⁴⁴M. Buschbaum, « La reconnaissance des situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois », *D.*, 2001, p. 1094.

¹³⁴⁵H. P. Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraum », *préc.*, sp. 722.

¹³⁴⁶P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », *préc.*, sp. 496, § 20.

dirige déjà vers la mise en œuvre d'une logique proche de celle de la *Wirkungserstreckung* (2).

1. Le respect des prévisions des parties

849. Nombreux sont les auteurs qui se prononcent en faveur de la *Wirkungserstreckung* dans le cadre du droit européen¹³⁴⁷. Il a ainsi pu être écrit que « la raison d'être de la reconnaissance dans le cadre de l'Union européenne, c'est-à-dire assurer la permanence de la situation pour ne pas entraver la liberté de circulation, [allait] dans le sens de la soumission des effets à la loi de l'État d'origine de la situation »¹³⁴⁸. Dans le but de favoriser la libre circulation du citoyen, c'est bien la notion de permanence du statut qui justifie l'intégration des effets d'origine de la relation au domaine de la reconnaissance. Or, si la permanence du statut prend une importance nouvelle en droit de l'Union, elle est, de façon plus générale, l'un des objectifs du droit international privé. En effet, et ce depuis toujours, « le statut personnel est dominé, en droit international privé, par l'idée essentielle de permanence »¹³⁴⁹. Il apparaît que cette nécessité de permanence a très largement évolué pour devenir « une exigence de fluidité », « l'important [n'étant] plus tant d'assurer la pérennité d'un état de toute façon destiné à changer, mais de permettre la reconnaissance des évolutions familiales qui sont désormais le lot quotidien des familles »¹³⁵⁰. C'est, là, le fondement même de la méthode de la reconnaissance des situations créées à l'étranger. Et c'est dans ce fondement qu'il est nécessaire de puiser les considérations dictant le domaine de la méthode. Il est indiscutable que la transformation des effets d'un statut implique une transformation même de ce statut, et de là une forme « d'impermanence » du statut.

¹³⁴⁷A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 500, § 1319 ; voir aussi P. Lagarde, « La logique du principe de reconnaissance mutuelle en droit communautaire et de façon plus générale la raison d'être de la reconnaissance — la permanence de la situation — iraient plutôt dans le sens de la soumission des effets au droit de l'État d'origine de la situation » (« La reconnaissance mode d'emploi », préc., sp. 495, § 20) ; A. Quinones Escamez « L'union des couples aurait les mêmes effets dans chacun des pays de reconnaissance. C'est un avantage qui n'est pas à dédaigner pour la reconnaissance de la diversité et pour la libre circulation du couple dans l'Union européenne » (« Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », préc., sp. 372) ; de la même façon, le Professeur Pamboukis se prononce en faveur de la théorie de la *Gleichstellung* tout en admettant que « cela peut, bien entendu, ne pas être le cas s'agissant de la reconnaissance dite automatique, surtout en droit communautaire où le régime juridique des rapports intéressant le droit communautaire ne doit pas restreindre l'exercice des libertés fondamentales communautaires » (« La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », préc., § 69).

¹³⁴⁸A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 500, § 1319.

¹³⁴⁹P. Courbe, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, Paris, Presses universitaires de France, 1981, sp. 304.

¹³⁵⁰E. Pataut, *La nationalité en déclin*, préc., sp. 39.

Qu'une relation de couple ouvre droit ou non à l'établissement d'une filiation commune à l'égard d'un enfant commun, qu'elle entraîne ou non l'existence d'une vocation successorale ou d'obligations alimentaires, qu'elle puisse être dissoute par la seule volonté des membres du couple ou nécessite l'intervention d'un tiers, ce sont ces éléments qui définissent la nature du statut créé, la texture de la relation nouée. Ce sont ces éléments qui poussent, ou non, les particuliers à s'engager dans les statuts de couple. Ainsi, dès lors que la volonté de préserver les prétentions des parties en la matière justifie la mise en place d'une logique circulatoire quant à la validité de la relation, elle justifie la mise en place de la même logique circulatoire pour les effets de la relation.

850. Ainsi, la méthode de la reconnaissance n'a de sens que si elle englobe les effets du statut. À défaut, celle-ci ne permettrait la circulation que d'une « enveloppe vide »¹³⁵¹. Il peut alors être avancé qu'il n'est pas pertinent de faire primer à ce point l'intérêt de la continuité des situations juridiques sur l'intérêt des États à l'application de leur propre système de droit international privé¹³⁵². Toutefois, il convient de rappeler que « la méthode de la reconnaissance des situations n'est pas la reconnaissance à l'aveugle de toutes les situations, mais [...] est soumise à plusieurs conditions à l'instar de celles qui sont posées pour la reconnaissance des jugements étrangers »¹³⁵³. Le respect de la cohérence du for d'accueil peut alors être garanti par un contrôle rigoureux des situations au moment de leur reconnaissance, notamment par la mise en œuvre des conditions d'absence de fraude et d'ordre public.

851. Au surplus, il apparaît, dans les dernières règles de conflit relatives aux couples, que le droit positif penche déjà très largement vers une logique similaire à celle de la *Wirkungserstreckung*.

¹³⁵¹Intervention du Professeur M.-L. Niboyet suite à la communication d'E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 106.

¹³⁵²H. P. Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraum », *préc.*, sp. 724.

¹³⁵³P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *préc.*, sp. 29.

2. La circulation des effets d'origine de la relation de couple par le biais des règles de conflits

852. L'article 515-7-1 du Code civil est un exemple topique de cette volonté d'assurer la circulation des effets d'origine de la relation de couple. Applicable tant à la formation, aux effets¹³⁵⁴ qu'à la dissolution des partenariats enregistrés, cette disposition désigne la loi de l'État de l'autorité d'enregistrement. Rédigé dans le but affiché de favoriser la circulation des partenariats enregistrés à l'étranger, le texte permet d'assurer que les effets que ces partenariats se verront octroyer dans l'ordre juridique français sont ceux prévus par la loi qui est à la fois celle qui a présidé à la formation de la relation et celle de l'autorité qui a procédé à cette formation.

853. Techniquement, cette règle est bien une règle de conflit. Elle assigne une loi applicable à une catégorie déterminée de rapports de droit (la formation, les effets et la dissolution des partenariats enregistrés) ceci en vertu d'un élément de rattachement (l'autorité d'enregistrement). La logique mise en place est une logique strictement conflictuelle. En revanche, l'élément de rattachement retenu a pour effet de rapprocher notre règle de conflit de la méthode de la reconnaissance. La validité de la relation, comme ses effets et sa dissolution, sont appréciés à l'aune des dispositions de l'ordre juridique de création du rapport de droit.

854. Ainsi que l'a écrit Mme Panet, l'article 515-7-1 « est un hybride entre une règle de reconnaissance et une règle attributive »¹³⁵⁵. Plus précisément, il est possible de dire que notre règle de conflit rejoint la théorie de la *Wirkungserstreckung*. Les effets reconnus en France à un partenariat étranger sont ceux prévus par la loi de l'ordre juridique créateur, sans qu'aucune limite particulière ne soit posée quant à la nature ou l'importance de ces effets. Ils pourront alors avoir des effets beaucoup plus étendus, ou plus restreints, que ceux résultant de l'enregistrement d'un PACS de droit français. Seule l'exception d'ordre public, mécanisme général d'éviction de la loi étrangère, encadre cette circulation des effets du rapport de droit étranger. La situation est la même en Allemagne. L'article 17 b du

¹³⁵⁴A l'exclusion des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés qui sont désormais soumis au règlement 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

¹³⁵⁵A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 494.

EGBGB, tel qu'il a été modifié par la loi du 20 juillet 2017¹³⁵⁶, prévoit une solution similaire. Les partenariats enregistrés à l'étranger sont, comme en France, régis par les dispositions matérielles de l'État qui tient le registre. L'ancien paragraphe 4 de l'article 17 b, selon lequel les partenariats enregistrés à l'étranger ne pouvaient se voir reconnaître en Allemagne plus d'effets que ceux prévus par le droit allemand, a été supprimé.

855. Ces règles de conflit ont alors les mêmes conséquences qu'une application globale de la *Wirkungserstreckung* qui veut que tous les effets, qu'ils soient déjà produits ou qu'ils soient futurs, circulent sur le territoire français ou allemand en même temps que la validité de la relation. La seule différence entre les deux mécanismes est que les règles de rattachement visent directement les dispositions matérielles de la loi de l'État d'enregistrement du partenariat, excluant ainsi le jeu de ses règles de conflit, alors que la *Wirkungserstreckung* admet l'application des règles de conflit de l'ordre juridique créateur du rapport de droit.

856. À l'heure actuelle, cette différence ne porte pas réellement à conséquence. En effet, la grande majorité des règles de conflits applicables à la formation et aux effets de ces statuts, les soumet à la loi de l'autorité d'enregistrement. Ainsi, la règle française lorsqu'elle est appliquée à un partenariat étranger désigne la même loi que celle compétente aux yeux de l'ordre juridique d'origine de la relation. Les effets d'une *cohabitation légale* belge sont, en France comme en Belgique, déterminés en vertu de la loi belge, les effets d'un *eingetragene Lebenspartnerschaft* sont, en France et en Allemagne, soumis à la loi allemande. Le même constat peut être fait avec la quasi-totalité des partenariats étrangers.

Toutefois, nous l'avons souligné, l'efficacité de notre règle de conflit, au moins sur le plan de la circulation des statuts enregistrés à l'étranger, résulte du consensus qui entoure le choix de l'élément de rattachement. Or, force est de constater que ce consensus est la conséquence directe du peu de reconnaissance des partenariats à travers le monde. Désigner la loi de l'autorité d'enregistrement est le moyen le plus sûr de parvenir à l'application d'une loi qui connaît un tel type de couple.

¹³⁵⁶Loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe du 20 juillet 2017 (*Bundesgesetzblatt*, 2017, I, p. 2787) ; V. le commentaire de Ch. Kohler, « La nouvelle législation allemande sur le mariage et le droit international privé », *RCDIP*, 2018, p. 51.

En corollaire, le développement de ces statuts en droit comparé pourrait s'accompagner d'une évolution de cet élément de rattachement. Le droit suisse, par exemple, utilise déjà un rattachement différent et soumet les effets des partenariats à la loi du domicile commun des partenaires¹³⁵⁷. Il n'est pas impossible que d'autres États puissent, dans le futur, suivre la même voie. Dans ces hypothèses, notre règle de conflit, qui exclut toute possibilité de renvoi, aura pour effet de soumettre, en France, les effets des partenariats étrangers à une loi qui n'est pas celle prévue dans l'ordre juridique d'origine de la relation. Loin de la théorie de la *Wirkungserstreckung*, elle aurait alors les mêmes conséquences que la *Gleichstellung*.

857. Le même constat de similarité avec la théorie de la *Wirkungserstreckung* peut être fait pour la règle de conflit objective prévue par le règlement européen relatif aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés¹³⁵⁸. Celui-ci prévoit, dans son article 26, qu'en l'absence de choix de loi par les partenaires, la loi applicable aux effets patrimoniaux d'un partenariat est celle de « l'État selon la loi duquel le partenariat a été enregistré ». La formulation se distingue de celle de l'article 515-7 du Code civil, mais le texte revient, comme en droit français, à réunir sous l'égide d'une même loi la validité et les effets de la relation. Le renvoi est, de façon habituelle dans les règlements européens, exclu par l'article 32. Sont alors applicables, pour les effets patrimoniaux, les dispositions matérielles de l'État dont la loi a été appliquée à la formation du partenariat. Une fois encore, la logique de la *Wirkungserstreckung* se profile derrière cette règle de facture conflictuelle. Dans la mesure où la grande majorité des règles de conflit applicables à la formation des partenariats désignent la loi de l'autorité d'enregistrement, le règlement désigne indirectement la loi de l'autorité pour la détermination des effets patrimoniaux de la relation. Les effets prévus dans l'ordre juridique d'origine de la relation pourront ainsi circuler dans tous les États membres participants¹³⁵⁹.

¹³⁵⁷L'article 63 de la loi de DIP suisse renvoie pour le partenariat enregistré aux dispositions applicables au mariage. Ainsi, l'article 48 1. qui soumet les effets généraux du mariage à la loi du domicile commun des époux s'applique aux partenariats, et leurs effets généraux sont appréciés au regard de la loi du domicile commun des partenaires.

¹³⁵⁸Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

¹³⁵⁹Cette exclusion du renvoi dans le règlement appelle la même remarque que l'article 515-7-1 du Code Civil. La proximité qui existe entre la règle de conflit et la logique de la *Wirkungserstreckung* n'existe que tant que le rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement est retenu en matière de formation de la relation.

858. En marge de ces règles particulièrement applicables aux partenariats enregistrés, l'arrivée de l'autonomie de la volonté en matière de couple pourrait elle aussi faire pencher la balance vers le choix de la théorie de la *Wirkungserstreckung*.

En effet, la liberté qui est désormais offerte aux parties de choisir la loi applicable aux effets patrimoniaux de leur relation de couple indique que certains États, dont la France, sont prêts à laisser la question de la désignation conflictuelle entre les mains de tiers, ici les particuliers. Or, c'est bien, là, la question essentielle des discussions qui opposent les tenants de la *Wirkungserstreckung* et les tenants de la *Gleichstellung*. Un État doit-il, au nom du respect des prévisions des parties, admettre que son propre point de vue quant à la détermination de la loi applicable aux effets d'une relation de couple s'efface au profit du point de vue d'un tiers ? Alors que selon la théorie de la *Wirkungserstreckung* le système conflictuel du for de reconnaissance s'efface au profit de celui de l'ordre juridique de création tant pour la validité que pour les effets de la relation, les tenants de la théorie de la *Gleichstellung* considèrent qu'une fois la validité admise, le système conflictuel du for de reconnaissance reprend sa place dans la détermination des effets qui seront octroyés à la relation.

859. Or lorsqu'un État autorise les parties à choisir la loi applicable aux effets de leur relation de couple, il leur « abandonne », en quelque sorte, le soin de la désignation de cette loi. Bien sûr cet abandon n'est pas total. L'État encadre, plus ou moins strictement, ce choix. La liberté des parties n'est pas illimitée dans la mesure où celles-ci ne peuvent choisir qu'une des lois qui leur sont « autorisées » par la règle de conflit. Chacune de ces lois est liée aux parties par un lien de proximité. Il apparaît alors que la proximité aura un rôle équivalent dans la méthode de la reconnaissance et lors de la mise en œuvre de l'autonomie de la volonté. Elle ne permet pas la désignation de la loi applicable, comme elle le fait en général dans les règles de rattachement, mais encadre « l'abandon » de la désignation conflictuelle.

Il n'en demeure pas moins que le législateur admet désormais un recul de ses prérogatives en matière de choix de loi.

860. Les liens entre la méthode de la reconnaissance et l'autonomie de la volonté ont déjà été démontrés. Ainsi que l'a écrit le Professeur Kohler, « la reconnaissance libérale ou "de plein droit" est, en quelque sorte, l'antichambre de l'autonomie de la volonté des

particuliers et peut en constituer un équivalent fonctionnel »¹³⁶⁰. En effet, reconnaître une relation de couple créée à l'étranger sans contrôler l'origine de la loi appliquée à sa formation revient indirectement à autoriser les parties à choisir la loi applicable à cette formation. L'inverse est tout aussi vrai. Autoriser les parties à choisir la loi applicable aux effets de leur relation aura des effets équivalents à reconnaître les effets de cette relation sans contrôler l'origine de la loi qui leur est applicable. Dès lors, appliquée aux couples formés à l'étranger, l'autonomie de la volonté aura des effets très proches de ceux de la théorie de la *Wirkungserstreckung*. Les couples qui franchissent les frontières ont désormais la possibilité de s'assurer que les effets de leur relation ne seront pas remis en cause en raison des divergences entre les différentes règles de conflit étatiques.

861. Il apparaît ainsi que les règles de conflit actuellement en vigueur en matière de couple procèdent de la même logique et militent pour une telle intégration. Reste alors à déterminer les effets qui pourront être soumis à la méthode de la reconnaissance.

B. Les effets soumis à la méthode de la reconnaissance

862. Une fois admis que les effets du statut de couple peuvent être reconnus en même temps que sa validité, une question doit être soulevée : quels effets doivent être reconnus ? Il apparaît rapidement que tous les effets ne sauraient être reconnus en même temps que la validité de la relation. Une distinction doit être faite entre les effets déjà épuisés au moment de la création du statut (1) et ceux qui ne sont que potentiels à cette date (2).

1. Les effets épuisés par la formation de la relation de couple

863. Le Professeur Lagarde¹³⁶¹ reprenant l'opinion du Professeur Mansel¹³⁶², opère une distinction entre « les effets qui s'épuisent dans la création même de la situation » et « les

¹³⁶⁰P. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *préc.*, sp. 162.

¹³⁶¹P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », *préc.*, sp. 496, § 21.

¹³⁶²H. P. Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums », *préc.*, sp. 720.

effets plus complexes qui ne peuvent se déployer que par application d'une loi déterminée ». Les premiers, devenus des faits¹³⁶³, devraient être intégrés à la méthode de la reconnaissance tandis que les seconds resteraient du domaine des règles de conflit de lois.

Dans la même optique, le Professeur Pamboukis considère que « les effets produits dès et par la création du rapport juridique, en quelque sorte indissociables, [sont] en réalité devenus des [faits] (dans le sens qu'ils [ont] déjà modifié le monde juridique »¹³⁶⁴. A ses yeux, « reconnaître [ces] effets passés est une chose normale, justifiée par l'effectivité »¹³⁶⁵ alors que les effets futurs, dissociables de la création du rapport juridique et les effets non encore produits ou potentiels, restent soumis à la méthode du conflit de lois. Ces effets n'ont pas acquis « une effectivité demandant l'acceptation ou la négation de leur confirmation ».

Utilisant une terminologie différente, mais suivant la même logique, le Professeur Quinones Escamez¹³⁶⁶ différencie les « effets directs », ceux qui se dégagent directement de l'acte public, et « les effets indirects ».

864. Pour tous ces auteurs, la distinction se fait sur un double critère relatif à la date et aux conditions de survenance des effets. Certains d'entre eux se réalisent au moment de la création du statut, dans notre hypothèse la célébration d'un mariage ou l'enregistrement d'un partenariat, et de ce seul fait. Ce sont alors des effets « immédiats, actuels »¹³⁶⁷. À ceux-ci s'opposent les effets « potentiels » ou « éventuels » ou « latents »¹³⁶⁸. Si pour la concrétisation des premiers, la création du statut s'avère à la fois nécessaire et suffisante, les seconds supposent que certaines conditions supplémentaires soient remplies¹³⁶⁹. La création du statut est alors nécessaire, mais pas suffisante. Dans ces hypothèses, « l'attribution du statut crée immédiatement des expectatives de droit ou des droits en puissance ou des virtualités de droit qui ne se convertiront en droits parfaits qu'éventuellement »¹³⁷⁰. Le Professeur Romano illustre cette distinction par l'exemple du droit du conjoint survivant dans la succession de son époux défunt¹³⁷¹.

¹³⁶³*Ibid.*

¹³⁶⁴Ch. Pamboukis, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *préc.*, § 70.

¹³⁶⁵*Ibid.*, § 67.

¹³⁶⁶A. Quinones Escamez, « Proposition pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *préc.*, sp. 374.

¹³⁶⁷G. P. Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », *préc.*, sp. 190, §7.

¹³⁶⁸*Ibid.*

¹³⁶⁹*Ibid.*

¹³⁷⁰*Ibid.*, sp. 191.

¹³⁷¹*Ibid.*, sp. 192.

La célébration d'un mariage crée, immédiatement, une expectative de droit pour les époux de succéder l'un à l'autre. Cette expectative de droit ne pourra être convertie en droit parfait que si un certain nombre de conditions se réalise ultérieurement au mariage. Il faut nécessairement que l'un des époux soit décédé et que l'autre soit encore vivant, il faut en outre que le survivant ait encore la qualité de conjoint au moment du décès. À la date de célébration du mariage, la réunion de ces conditions est incertaine, le mariage peut être dissous avant le décès de l'un des époux, les deux époux peuvent décéder en même temps... Si ces conditions ne devaient pas se réaliser, alors l'expectative du droit de succéder ne pourrait jamais se convertir en droit de succéder. Ainsi, le mariage ne crée qu'une « vocation à succéder », une simple potentialité, « qui intervient dès la création du statut de conjoint », alors que le « droit de succéder » se concrétise au moment où les conditions requises se réalisent et l'un des conjoints acquiert le statut de conjoint survivant¹³⁷².

S'appuyant sur cette démonstration, Mme Panet soumet les effets « immédiats » ou « épuisés » à la méthode de la reconnaissance et les effets « potentiels » aux règles de conflit¹³⁷³. Elle propose que le « critère distinctif des effets épuisés dans la création de la situation [soit] l'absence d'acte ou de fait juridique supplémentaire, ou la manifestation d'une volonté, nécessaire à la production des l'effet considéré »¹³⁷⁴. Au regard de ce critère, peuvent être qualifiés d'effets épuisés, selon elle, le devoir d'assistance et de fidélité, le droit d'usage du nom du conjoint ou l'empêchement à la conclusion d'une nouvelle union¹³⁷⁵, alors que les effets relatifs aux questions de succession ou d'adoption, par exemple, doivent être considérés comme des effets potentiels.

865. Favorable à l'exclusion des effets personnels de la méthode de la reconnaissance, Mme Pfeiff s'opposait dans sa thèse¹³⁷⁶ à la proposition de Mme Panet. Selon cet auteur, « il est permis de douter que le devoir de fidélité s'épuise par la célébration du mariage »¹³⁷⁷. « La continuité de cette obligation [démontrerait] qu'il s'agit là d'un effet du mariage aisément détachable de la question de la validité de l'union »¹³⁷⁸. Cet argument est toutefois discutable. Lorsque la notion de « droit épuisé » est utilisée dans le cadre de la

¹³⁷²*Ibid*, sp. 192.

¹³⁷³A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle, préc.*, sp. 503 s.

¹³⁷⁴*Ibid*, sp. 503, § 1326.

¹³⁷⁵*Ibid*, sp. 503, § 1326.

¹³⁷⁶S. Pfeiff, « *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen* », *préc.*, sp. 356 s., § 357.

¹³⁷⁷*Ibid*, sp. 357, § 357.

¹³⁷⁸*Ibid*.

méthode de la reconnaissance, elle ne vise pas le droit qui s'épuiserait au sens de « disparaîtrait » du fait de la célébration. Au contraire, elle vise les effets qui deviennent des droits parfaits du seul fait de la création du rapport de droit dont ils découlent. Or, c'est bien le cas de l'obligation de fidélité qui naît automatiquement de la seule célébration du mariage et disparaît, tout aussi automatiquement, du fait de sa dissolution ou de son annulation. L'obligation de fidélité est intrinsèquement liée à la question de la validité de l'union et dépend exclusivement de celle-ci.

866. Quant à l'empêchement à conclure une seconde union qui résulte de l'existence d'un premier mariage, l'auteur l'exclut des effets épuisés au motif que « la question d'un éventuel empêchement à mariage se posera au moment d'un hypothétique mariage »¹³⁷⁹. S'il faut bien admettre que la manifestation de cet effet dépend de l'expression de la volonté d'un époux de conclure une seconde union, il n'en demeure pas moins que cette interdiction naît à la date de la célébration de la première union. La situation est bien différente de celle d'autres effets, comme le droit à l'adoption conjointe, dont la conversion en droit parfait suppose la réalisation de conditions supplémentaires. L'empêchement à mariage prend corps en raison de la seule célébration de la première union. La volonté de l'époux ne participe pas à la conversion de cet effet en « situation parfaite », mais entraîne la manifestation de l'effet de l'interdiction, celle-ci existant dès la date de la célébration du mariage.

867. L'auteur ajoutait que si la seconde union « est célébrée dans un État qui autorise le mariage polygamique alors l'existence d'un premier mariage ne pose aucune difficulté »¹³⁸⁰. En d'autres termes, elle semblait indiquer que si l'effet (l'interdiction de la bigamie attachée au premier mariage) n'est pas reconnu, ou connu, dans un autre ordre juridique (qui pourra alors passer outre cette interdiction), l'effet ne saurait être considéré comme épuisé par la seule célébration du mariage. Il pourrait alors être avancé que le fait qu'un effet puisse être considéré comme épuisé ou non par la célébration du mariage doit s'apprécier au sein d'un seul ordre juridique, celui de création de la relation. C'est, en effet, parce qu'il est épuisé dans cet ordre juridique que les particuliers peuvent fonder leurs prévisions sur son effectivité et sur le fait, qu'en cas de franchissement de frontière, il soit reconnu. Le risque que les époux rencontrent de se voir refuser cet effet sur le territoire

¹³⁷⁹ *Ibid*, sp. 358, § 357.

¹³⁸⁰ *Ibid*.

d'un autre État ne doit pas être la cause du refus de qualifier cet effet comme épuisé. Il n'est que la regrettable conséquence de la disparité des législations internes.

868. L'auteur soulignait au surplus que le sort des seconds mariages célébrés dans un État permissif était déjà résolu par le mécanisme de l'ordre public, ce qui rendrait inutile l'intégration de l'interdiction de bigamie au domaine de la reconnaissance. Dans la mesure où la reconnaissance ou la célébration de cette seconde union serait déjà interdite par l'exception d'ordre public, il ne serait pas nécessaire de l'interdire au titre des effets de la première union. Il apparaît pourtant que l'ordre public n'est qu'un correctif aux dysfonctionnements des autres mécanismes de droit international privé et n'a vocation à intervenir qu'exceptionnellement. Qu'un mécanisme correctif permette de pallier les lacunes des règles de droit international privé ne justifie pas d'abandonner toute recherche d'amélioration de ces règles. Il semble alors que reconnaître, dans le même temps, la validité de l'union et l'interdiction de bigamie qui lui est attachée puisse être une option intéressante permettant de renforcer la lutte contre la célébration ou la reconnaissance en France d'un mariage polygamique. Avant même d'apprécier la validité de cette seconde union sous l'empire des lois nationales des époux, il serait alors possible de chercher dans la nature de la première union l'existence d'une prohibition à la célébration de la seconde. En effet, l'exigence de monogamie est « surtout l'un des caractères du premier mariage. [...] Partant, il [est] légitime de puiser dans le caractère monogamique du premier mariage un empêchement au second ». L'idée n'est pas nouvelle et avait déjà été énoncée à plusieurs reprises.

Surgissait toutefois la question de savoir selon quelle loi devait être déterminé le caractère monogamique de cette première union. Intégrer le caractère monogamique de l'union aux effets épuisés du mariage et reconnu en même temps que la validité de celui-ci, permet de résoudre cette épineuse question lorsque la première union a été célébrée à l'étranger. Le caractère monogamique de la première union doit être recherché dans la loi compétente aux yeux de son ordre juridique de création. C'est, en effet, sur le fondement de cette loi que les époux ont pu décider de s'engager dans les liens du mariage.

Ce ne serait, alors, que dans un second temps, lorsque la célébration du premier mariage n'interdit pas la conclusion d'une seconde union, qu'interviendraient les lois nationales de chacun des époux de cette seconde union. Ainsi, un mariage polygamique ne pourrait être reconnu ou célébré en France qu'à la double condition que le premier mariage ne l'interdise pas et que les deux lois nationales des époux l'autorisent. Et l'ordre public

n'interviendrait, alors, qu'en dernier ressort pour interdire la célébration ou la reconnaissance d'une union lorsque toutes les lois concernées l'autoriseraient.

L'auteur avançait aussi un argument relevant du droit international privé. Elle insistait sur l'idée que le devoir de fidélité, comme le droit d'usage du nom du conjoint, était soumis, dans un certain nombre d'États, à des règles de conflit différentes de celles applicables à la validité de l'union¹³⁸¹.

Toutefois, la dissociation en droit international privé de l'effet d'une relation et de sa validité n'implique pas qu'une telle dissociation existe au niveau du droit interne. Les règles de droit international privé répondent à leurs propres nécessités. Que la formation de l'union soit soumise à différentes lois est traditionnellement justifiée par la nécessité d'appliquer à chacun une loi qui lui est proche et ainsi de préserver son identité culturelle. En revanche, les effets de la relation sont, eux, soumis à une loi attachée au lien qui a déjà été créé, et le rattachement à la résidence ou au domicile du couple s'explique par la volonté d'intégrer le couple dans l'ordre juridique où il vit. Cela ne signifie pas qu'au regard des dispositions matérielles, l'effet prévu par la loi de la résidence du couple ne s'épuise pas par la célébration du mariage opérée sur le fondement des lois nationales des époux. Aux yeux de l'ordre juridique dont la loi est appliquée aux effets de la relation, cet effet est indissociablement lié à la seule validité de la relation. Dès lors, souligner que l'obligation de fidélité, qui relève en droit suisse de la loi de la résidence des époux, peut disparaître en cas de déplacement du couple ne suffit pas à démontrer que cette obligation ne peut être considérée comme un effet épuisé par la célébration du mariage. Cela démontre, en revanche, les lacunes du système conflictuel qui aujourd'hui peut entraîner une mutation profonde de la nature de la relation des couples qui font usage de leur mobilité.

869. Il apparaît alors que les effets cités par Mme Panet devraient pouvoir être considérés comme des effets épuisés par la formation de la relation, à la condition qu'ils le soient aux yeux du droit applicable dans l'ordre juridique de création du statut de couple. Les autres effets devraient, quant à eux, rester soumis à la méthode du conflit de lois.

¹³⁸¹ *Ibid*, sp. 357, § 357.

2. Les effets simplement potentiels à la date de la formation du couple

870. Les effets « potentiels », « éventuels », ou « virtuels » devraient être exclus du domaine de la reconnaissance. En effet, ces effets ne s'épuisant pas par la seule création de la relation de couple, leur concrétisation nécessite la réalisation de conditions ultérieures¹³⁸². Ces conditions peuvent être des actes ou des faits juridiques. L'adoption conjointe d'un enfant extérieur au couple est l'un de ces effets. En France, le mariage a pour effet de permettre aux époux d'adopter ensemble un enfant qui n'est lié à aucun d'eux. En revanche, la seule célébration du mariage n'entraîne pas automatiquement le prononcé d'une telle adoption, aucun lien de filiation adoptive n'est créé par cette célébration. L'adoption nécessite que les époux expriment leur volonté d'adopter et entament une procédure en vue d'une adoption. Il en est de même pour le droit d'usage du nom du conjoint. Dans un certain nombre d'États, dont la France, la célébration d'un mariage n'entraîne aucune modification automatique du nom des conjoints, mais leur ouvre la possibilité de choisir de porter un nom commun.

D'autres effets ne nécessitent aucune manifestation de volonté de la part des membres du couple, mais la survenance de faits juridiques, comme un décès ou une naissance. Nous avons déjà évoqué le cas du droit du conjoint survivant. Ce droit de succéder à son conjoint n'est acquis qu'à partir du moment où le conjoint est décédé. De la même façon, l'existence d'un mariage est nécessaire au jeu de la présomption *pater is est* mais ne suffit pas à l'établissement d'un lien de filiation. Il faut, en outre, que l'épouse mette un enfant au monde pendant le mariage ou très peu de temps après qu'il ait été dissous.

871. Plusieurs arguments militent pour le maintien de ces effets sous le régime du conflit de lois. En premier lieu, les actes ou les faits, nécessaires à la concrétisation de l'effet de la relation de couple, sont au moment de sa formation « du point de vue des autorités et des intéressés eux-mêmes, largement incertains, c'est-à-dire imprévisibles, que ce soit quant à leur survenance (exemple : une maladie ou le préjudice provoqué par un tiers) ou quant au moment de leur survenance (décès d'une personne) »¹³⁸³. Il est alors possible de dire que la formation de la relation de couple crée des « expectatives de droit » ou « des droits en

¹³⁸² G. P. Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », *préc.*, sp. 190, § 7.

¹³⁸³ *Ibid.*, sp. 191, § 7.

puissance »¹³⁸⁴ qui ne pourront, qu'éventuellement, se convertir en « droits parfaits » si toutes les conditions considérées nécessaires sont réunies. En cela, les effets ne sont que « potentiels » à la date de la création de la relation de couple.

872. Dans ces hypothèses, les membres du couple n'ont, au début de la relation, aucune certitude quant à la transformation de ces attentes en droits parfaits. Dès lors, un éventuel changement de loi applicable à la suite d'un franchissement de frontière ne saurait remettre en cause une quelconque certitude¹³⁸⁵. En cela, les prévisions des parties ne seraient pas atteintes avec la même intensité lorsque les effets modifiés lors du franchissement d'une frontière sont des effets potentiels et non des effets épuisés par la formation de l'union. Ainsi, si les seconds doivent nécessairement être intégrés au domaine de la reconnaissance, les premiers peuvent être appréciés selon les règles de conflit de l'ordre juridique d'accueil de la relation de couple.

873. Toutefois, le professeur M.-L. Niboyet avançait l'idée que certains de ces effets potentiels peuvent être essentiels aux yeux des couples lors du choix d'un statut particulier. À titre d'exemple, elle soulignait que « beaucoup de gens se paissent pour des raisons successorales »¹³⁸⁶. Or, « la reconnaissance d'un statut dont on vous retire des éléments essentiels devient une enveloppe vide »¹³⁸⁷.

874. Le Professeur Quinones Escamez¹³⁸⁸ proposait ainsi de prendre en considération l'acte public reconnu tel quel et la *lex auctoris* pour la détermination des effets « indirects » des situations. Selon cette auteur « la reconnaissance de l'acte public « tel quel » (extension des effets) implique celle de son efficacité. Si la loi successorale ne connaît pas l'union de couple, ou comme la loi française, ne lui attribue pas d'effet successoral, il faudra néanmoins vérifier si un tel effet lui est attribué par la loi de l'État d'enregistrement. Dans l'affirmative, cet effet sera reconnu, sous la réserve que l'effet sollicité ne porte pas atteinte aux principes fondamentaux de l'État requis »¹³⁸⁹. La proposition ici faite est de reconnaître à la relation de couple tous les effets que lui octroie

¹³⁸⁴ *Ibid.*

¹³⁸⁵ A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 505, § 1327.

¹³⁸⁶ Intervention de M.-L. Niboyet après la communication d'E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », préc., sp. 106.

¹³⁸⁷ *Ibid.*

¹³⁸⁸ A. Quinones Escamez, « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », préc., sp. 374.

¹³⁸⁹ *Ibid.*

la loi d'origine et ce qu'ils soient des effets épuisés ou des effets potentiels. La seule limite à la reconnaissance de ces effets resterait alors celle de la réserve de l'ordre public.

875. Apparaît alors le second argument militant pour l'exclusion des effets potentiels de la méthode de la reconnaissance. Ces effets potentiels, dissociables de la création du rapport juridique, « n'ont pas acquis une effectivité demandant l'acceptation ou la négation de leur confirmation »¹³⁹⁰. Ils ne sont pas encore des faits et « n'existent que virtuellement, si la loi qui leur est applicable leur donne existence »¹³⁹¹. Dès lors, l'ordre juridique d'accueil de la relation de couple ne se trouve pas face à une alternative d'acceptation ou de refus d'une situation, mais doit déterminer le droit applicable à un effet de la relation de couple.

876. Une solution de compromis pourrait alors être adoptée. Aux effets indissociables de la création de la relation, le Professeur Lagarde proposait d'ajouter les « effets plus complexes qui ont eux-mêmes été cristallisés »¹³⁹². Le Professeur Baratta opère la même distinction entre les effets déjà produits et ceux qui restent à produire. « Il s'ensuit que les questions relatives aux effets qui ne se sont pas encore produits dans l'État d'origine peuvent faire l'objet d'une évaluation autonome par le système de droit international privé de l'État d'accueil. Si, en revanche, l'État d'origine vient établir certains effets en termes, par exemple de prestations alimentaires ou de dissolution du rapport, on peut dire que la théorie de la *Wirkungserstreckung* l'emporte »¹³⁹³. Effectivement, dès lors que toutes les conditions nécessaires à l'existence d'un droit parfait étaient réunies avant le franchissement de la frontière, ce droit, devenu parfait par la réalisation des conditions nécessaires, devrait pouvoir circuler dans les mêmes conditions que les effets épuisés par la formation de la relation de couple. Les arguments qui justifient la soumission des effets à la méthode de la reconnaissance s'appliquent tout autant pour les effets indissociables de la création de la situation que pour les effets qui, tout en étant dissociables de cette création, sont épuisés du fait de la réunion des conditions exigées. Ces deux types d'effets sont devenus des « faits »¹³⁹⁴ qui ont modifié le monde juridique et peuvent légitimement servir de base aux prévisions des parties. Les autres effets, ceux qui demeurent encore potentiels

¹³⁹⁰Ch. Pamboukis, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 71.

¹³⁹¹P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi » *préc.*, sp. 497, § 21.

¹³⁹²*Ibid.*, sp. 496, § 21.

¹³⁹³R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *préc.*, sp. 493, § 202.

¹³⁹⁴Ch. Pamboukis, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *préc.*, § 71.

à la date de la reconnaissance, restent, quant à eux, soumis aux règles de conflit de lois du for d'accueil du statut. Cela ne signifie pas, toutefois, que toute considération pour les prévisions des parties est écartée lors de leur détermination, mais simplement que la volonté d'assurer le respect de ces prévisions passera par le choix d'un élément de rattachement adéquat (autonomie de la volonté ou rattachement à la loi de l'autorité créatrice par exemple).

Conclusion du Chapitre I

877. La méthode de la reconnaissance doit assurément avoir pour effet que la validité de la relation de couple soit reconnue dans l'ordre juridique d'accueil. Cette faveur à la validité constitue le socle même de la méthode. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que la validité de la relation ne peut jamais être contestée dans son État d'accueil. En effet, la reconnaissance d'une situation n'épuise pas la question de sa validité. Dès lors, il apparaît que si la contestation de la validité de la relation est possible dans son État d'origine, elle doit l'être dans les mêmes conditions et modalités dans l'ordre juridique de reconnaissance. En d'autres termes, tout contentieux portant sur l'annulation ou la nullité du rapport de droit devrait être tranché en vertu de la loi applicable dans l'État de création du statut.

878. Quant à la question de la circulation des effets de la relation, l'objectif de permanence du statut réclame qu'ils soient, au moins pour une part, soumis à la méthode de la reconnaissance. En effet, l'application de la règle de conflit du for d'accueil aux effets du statut pourrait entraîner une modification profonde de ceux-ci, notamment en matière de partenariat. Une telle modification n'est pas compatible avec l'objectif premier de la méthode et la reconnaissance devrait avoir pour conséquence d'« importer » dans l'ordre juridique d'accueil une partie de ces effets. Une distinction doit alors être faite entre les effets qui, épuisés par la formation de la relation ou cristallisés par la suite, doivent être reconnus et les autres, simplement « éventuels », qui relèvent du domaine du conflit de lois.

Chapitre II - Les difficultés non résolues par la méthode de la reconnaissance

879. Le Professeur M.-L. Niboyet soulignait que si « les méthodes dites de la reconnaissance sont extrêmement séduisantes », elle n'était pas sûre qu'elles « ne [comportaient] pas un piège ou une illusion dans ce sens qu'elles ne feraient que déplacer les difficultés en nous incitant à pratiquer très largement la coupure entre les conditions de constitution d'une situation et leurs effets »¹³⁹⁵. S'il apparaît qu'une définition précise de la portée de la reconnaissance permet de réduire ces difficultés à la portion congrue, il reste indéniable que la méthode ne permet pas de résoudre toutes les difficultés que rencontre le droit international privé en matière de circulation des relations de couple.

Ces difficultés peuvent être deux ordres. Les premières sont liées aux divergences existant entre les conceptions portées par les différents ordres juridiques. Confrontées à des statuts étrangers qui peuvent ne correspondre à aucun statut local, les autorités étatiques ont la lourde tâche de qualifier les institutions qui leur sont présentées. Pendant un temps, ces difficultés sont restées cantonnées aux situations mettant en lumière un conflit de civilisations entre les États autorisant la polygamie et ceux la prohibant. Aujourd'hui, l'émergence des nouvelles formes de conjugalité accroît le nombre de situations soulevant des questionnements relatifs à la qualification. Or, si la méthode de la reconnaissance permet, *a priori*, d'écartier ces questionnements lorsque le litige porte sur la circulation de la seule validité des statuts de couple, ce n'est pas le cas lorsque les autorités du for d'accueil doivent déterminer les effets à venir qui leur seront attachés (Section I).

880. Les secondes difficultés résultent, quant à elles, de la possible existence d'un *conflit international* entre des statuts existant dans deux États différents. Là encore, si les difficultés ne sont pas nouvelles, elles sont accrues par les nouvelles formes de conjugalité et les obstacles qui sont posés à leur circulation. De fait, ces nouvelles institutions sont peu représentées dans le monde et ne seront, probablement, reconnues que dans un nombre très limité d'ordres juridiques. Les couples, liés par une de ces institutions dans un premier État, devront fréquemment procéder à la formation d'un nouveau statut de couple dans leur

¹³⁹⁵Intervention de M.-L. Niboyet à la suite de la communication d'E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *préc.*, sp. 105.

État d'accueil. Il apparaît alors que cette situation de concurrence de statuts ne pourra être résolue que par une adaptation de la méthode de la reconnaissance (Section II).

Section I - Les difficultés liées à la qualification du statut de couple

881. La qualification des statuts de couple n'est que rarement évoquée dans les écrits relatifs à la méthode de la reconnaissance. De fait, il peut sembler inutile de qualifier le rapport de droit dont la reconnaissance est réclamée dans la mesure où la méthode s'abstrait de toute recherche de la loi applicable à la validité ou aux effets de ces rapports de droit. C'est là son principal trait caractéristique : le respect du système conflictuel de l'ordre juridique d'accueil s'efface au profit d'une logique circulatoire visant à assurer la permanence du statut personnel. Il pourrait, toutefois, être avancé, qu'en réalité, la mise en œuvre de cette méthode n'évince pas la nécessité de qualifier les statuts étrangers, mais, au contraire, renouvelle la question de la loi applicable à la qualification (§I).

882. Il apparaît alors que la qualification selon qu'elle est préalable ou postérieure à la reconnaissance du statut devrait être faite selon des lois différentes, ce qui soulève la question de la possibilité de requalifier certains statuts étrangers après qu'ils ont été accueillis dans l'ordre juridique français (§II).

§ I - La loi applicable à la qualification du statut de couple étranger

883. Il est traditionnellement enseigné que la qualification du rapport de droit doit être opérée *lege fori*. C'est-à-dire selon les conceptions du for. Cette solution est liée à l'objectif qu'elle remplit dans le cadre de la méthode conflictuelle, c'est à dire permettre de déterminer quelle règle de conflit du for est compétente pour désigner la loi matérielle applicable au rapport de droit. Lorsque la qualification est mise en œuvre en amont, en vue de la reconnaissance du rapport de droit, elle répond à un objectif différent. Il apparaît alors

qu'elle devrait être faite en vertu d'une loi différente selon qu'elle a lieu avant la reconnaissance (A) ou postérieurement à celle-ci (B).

A. La qualification préalable à la reconnaissance

884. Avant de déterminer quelle devrait être la loi applicable à la qualification du statut étranger en amont de sa reconnaissance (2), il convient de justifier de la nécessité d'une telle qualification (1).

1. La nécessité de qualifier le statut de couple aux fins de reconnaissance

885. La reconnaissance de statuts de couple constitués à l'étranger soulève la problématique de leur qualification pour deux raisons. En premier lieu, nous l'avons vu, tout statut n'a pas vocation à être reconnu en France. La logique circulatoire de la reconnaissance est encadrée par une série de conditions dont l'une touche à la validité du statut dans son État de création. Ainsi, un statut qui n'aurait pas été valablement formé dans son ordre juridique d'origine ne devrait pas pouvoir être reconnu en France. Cette question de la validité du statut peut être soulevée à deux moments différents. Tout d'abord, celle-ci étant posée comme une condition à la reconnaissance, elle devrait pouvoir être contrôlée au stade même de cette reconnaissance. Et bien que l'on admette l'existence d'une présomption de validité, cette présomption ne saurait être qu'une présomption simple qui peut être renversée en cas de contestation¹³⁹⁶. De plus, il est établi que la reconnaissance ne devrait pas avoir pour effet de purger un statut de ses vices. Ainsi, si une contestation relative à sa validité devait être soulevée, celle-ci devrait pouvoir être examinée alors même que le statut a déjà été reconnu¹³⁹⁷. En second lieu, la reconnaissance

¹³⁹⁶Contestation qui devrait pouvoir être faite par les parties ou par les autorités françaises selon ce qui est prévue par la loi applicable à cette nullité en vertu des règles de conflit de l'ordre juridique d'origine.

¹³⁹⁷Ici, nous admettons que la qualification est une qualification préalable à la reconnaissance bien qu'elle soit opérée postérieurement à celle-ci. Elle vise, en effet, à s'assurer que le statut remplit effectivement les conditions entourant cette reconnaissance, elle en est donc une opération préalable. Et ceci, alors même qu'elle peut être faite dans le cadre d'une contestation soulevée après que le statut ait été reconnu.

de la validité du statut s'accompagne de celle des effets épuisés par la création du statut, effets qu'il convient de déterminer.

886. Or tant l'appréciation de la validité que la détermination des effets épuisés d'un statut de couple doivent être opérées sous l'empire d'une loi, et il incombe aux autorités françaises chargées de reconnaître le statut de la rechercher. Il est bien évident, dans le cadre de la méthode de la reconnaissance, qu'il ne leur appartient pas de désigner la loi applicable à ces questions, mais de rechercher la ou les lois qui ont été appliquées par les autorités de formation du statut. C'est, là, tout l'intérêt de la méthode.

Plusieurs situations sont alors envisageables. Il est, tout d'abord, possible que les parties qui réclament la reconnaissance de leur statut se prévalent d'un acte dans lequel est indiquée la loi appliquée par les autorités d'origine lors de la formation du statut. Dans une telle hypothèse, les autorités françaises évitent, *a priori*, les difficultés inhérentes à la recherche de la loi effectivement appliquée. Ainsi, lorsqu'un couple d'époux présente, en France, un acte de mariage rédigé dans l'État de célébration et indiquant que le mariage a été célébré conformément aux prescriptions d'une loi X, les autorités françaises n'auront, en cas de contestation de la validité du mariage, qu'à contrôler qu'elle répond aux conditions posées par la loi X. Au moins tant que la contestation de la validité du mariage n'est pas fondée sur l'application d'une loi incompétente aux yeux de l'ordre d'origine du statut. Ici, il appartiendrait aux autorités françaises de faire application des règles de conflit de cet État afin de rechercher la loi qui aurait dû être appliquée.

887. Il est tout aussi possible que les parties ne présentent aucun acte au support de leur demande de reconnaissance ou que l'acte présenté n'indique pas quelle loi a été appliquée à sa création. De la même façon, les effets épuisés par la formation du statut, comme l'interdiction de la bigamie ou l'usage du nom du conjoint, ne font pas forcément l'objet d'une cristallisation par un acte public. Dans de telles situations, il appartient aux autorités françaises de rechercher la loi qui, aux yeux des autorités de l'État d'origine, est applicable à ces questions. Pour ce faire, elles devront faire application des règles de conflit de cet État et donc déterminer laquelle de ses règles de conflit est compétente en la matière. Or cette détermination suppose nécessairement que le rapport de droit ait été préalablement qualifié.

Il apparaît, dès lors, que la qualification lorsqu'elle est mise en place en amont de la reconnaissance de la validité ou des effets épuisés des rapports de droit étrangers répond à

un objectif différent de celle mise en place lors de la détermination des effets à venir de ces statuts. Elle ne vise pas à déterminer quelle règle de conflit du for pourra désigner la loi matérielle applicable au rapport de droit, mais à donner compétence à une règle de conflit de l'ordre juridique de formation du statut.

2. La qualification *lege originis*

888. Une fois admis qu'il peut être nécessaire de qualifier le statut à reconnaître, la question de la loi applicable à cette qualification se pose. En effet, si la qualification se définit comme l'« opération intellectuelle d'analyse juridique [...] consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier [ici, un statut de couple] et à le faire entrer dans une catégorie de rattachement préexistante »¹³⁹⁸, il convient de « rechercher par référence à quel système juridique la qualification [peut] être donnée »¹³⁹⁹ ou, pour reprendre l'image de Melchior, d'établir à quel ordre juridique appartiennent les « tiroirs » dans lesquels « l'étoffe juridique étrangère » doit être rangée¹⁴⁰⁰.

Classiquement, deux options ont pu être envisagées par la doctrine avant que la jurisprudence¹⁴⁰¹ ne tranche en faveur de l'une d'entre elles. Pour certains auteurs, comme Kahn en Allemagne¹⁴⁰² et Bartin en France¹⁴⁰³, la qualification devait s'opérer *lege fori*, c'est-à-dire selon la loi du juge saisi¹⁴⁰⁴. Défendant une vision restrictive de la qualification, Bartin la réduisait à un simple transfert, dans l'ordre international, des conceptions de droit interne du for¹⁴⁰⁵. Pour d'autres, en revanche, la qualification devait

¹³⁹⁸V° « Qualification », *Vocabulaire juridique*, PUF, 11e éd., 2016.

¹³⁹⁹Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10 éd., 2013, p. 252, n° 261.

¹⁴⁰⁰G. Melchior, *Die Grundlagen der deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, De Gruyter, 1932, sp.123, cité par E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Qualification en droit international privé », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 531, 2015, § 7.

¹⁴⁰¹Civ. 1^{re}, 22 juin 1955, Caraslanis, *RCDIP*, 1955, p. 723, note H. Batiffol ; *D.*, 1956, p. 73, note M. Chavrier ; *Journal des juristes hellènes*, 1956, p. 217, note Francescakis ; *GAJDIP, préc.*, n° 27.

¹⁴⁰²F. Kahn, « Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts », *Jherings Jahrbücher*, Band 30, 1891, p.1 s. reproduit in *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, Band 1, 1928, p.1 s.

¹⁴⁰³E. Bartin, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI*, 1897, p. 225 reproduit également in *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Maresq, 1899.

¹⁴⁰⁴Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10e éd., 2013, p. 252, § 261.

¹⁴⁰⁵M. Minois, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, th. dactyl., Université Sorbonne Paris, 2016, sp. 39, § 33.

être faite *lege causae*, c'est-à-dire selon les conceptions portées par la loi applicable au rapport de droit¹⁴⁰⁶.

889. Le débat entre les deux qualifications est aujourd'hui clos depuis l'arrêt *Caraslanis* de 1955. Dans cette affaire relative à l'annulation d'un mariage civil célébré en France, la Cour de cassation a pu énoncer que « la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français ». Le choix s'est ainsi porté, en droit français, vers la qualification *lege fori*. Il apparaît toutefois qu'habituellement la question de la qualification se pose dans le cadre de l'application des règles du for, qu'il s'agisse de ses règles de compétence ou de ses règles de conflit de lois¹⁴⁰⁷. Or dans le cadre de la méthode de la reconnaissance, la qualification est envisagée dans l'optique de la mise en œuvre d'une règle de conflit étrangère¹⁴⁰⁸. Il convient dès lors de s'intéresser aux arguments qui justifient le choix de la qualification *lege fori* pour en vérifier la pertinence dans le cadre de la reconnaissance.

890. Sur ce point, il est possible de distinguer les arguments en deux catégories, ceux qui militent en faveur d'une qualification selon les conceptions du for et ceux qui critiquent la proposition opposée, la qualification *lege causae*.

À l'origine, Bartin justifiait le recours à la qualification *lege fori* en se fondant sur l'idée de souveraineté étatique dans la mesure où, pour lui, la désignation d'une loi étrangère par la règle de conflit du for devait être perçue comme une restriction de la « souveraineté nationale »¹⁴⁰⁹. Cette restriction de la souveraineté ne pouvait alors être admise qu'en contemplation des qualifications retenues par le for¹⁴¹⁰. Progressivement, cette justification par la notion de souveraineté fut abandonnée par la doctrine et Maury, dans son cours à l'Académie de La Haye¹⁴¹¹, présenta la qualification comme une opération d'interprétation de la règle de conflit. Or la règle de conflit doit être interprétée, pour en préserver le sens, selon les conceptions de son auteur, et, dès lors, la qualification doit

¹⁴⁰⁶F. Despagne, « Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques », *JDI*, 1898, p. 253 ; pour une défense de la qualification *lege causae* : v. égal. J.-L. Elhoueiss, « Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé », *JDI*, 2005, p. 281.

¹⁴⁰⁷V. sur ce point : M. Minois, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, préc.*, sp. 41 s.

¹⁴⁰⁸En effet, nous l'avons vu, il ne s'agit pas d'appliquer la règle de conflit de l'ordre juridique d'accueil du statut afin de rechercher la loi applicable au rapport de droit, mais de rechercher, par l'intermédiaire de la règle de conflit du for d'origine, la loi appliquée, à l'étranger, à la formation et aux effets épuisés du statut.

¹⁴⁰⁹B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la "crise" des conflits de lois) », *RCADI*, 1985, t.186, p. 219, sp. 318.

¹⁴¹⁰M. Minois, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, préc.*, sp. 44, § 42.

¹⁴¹¹P. Maury, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, 1936, t. 57, p. 325, sp. 468, § 126.

s'opérer *lege fori*. Reprise et développée par Batiffol¹⁴¹², cette perception de la qualification constitue le principal argument avancé aujourd'hui par la doctrine.

891. Il apparaît alors que si la fonction interprétative de la qualification justifie que celle-ci soit effectuée à la lumière des conceptions portées par l'ordre juridique dont est issue la règle interprétée, le principe de la qualification *lege fori* doit être abandonné dans le cadre de la méthode de la reconnaissance. De fait, la règle ici interprétée n'est pas une règle du for, mais la règle de conflit de l'ordre juridique d'origine du statut. C'est, en effet, par le biais de cette règle de conflit que les autorités étrangères ont pu désigner la loi applicable à la formation et aux effets épuisés du statut. C'est, de ce fait, cette règle de conflit que les autorités françaises doivent mettre en œuvre afin de rechercher la loi applicable lors de leur contrôle. Il en découle que la qualification ne devrait pas être faite selon les conceptions françaises, mais selon les conceptions de l'État qui est à la fois l'État de création ou de cristallisation du statut et l'auteur de la règle de conflit mise en œuvre dans ce cadre. En d'autres termes, elle doit être faite *lege originis*.

892. Peut se poser alors la question de savoir si les arguments avancés pour rejeter le principe de la qualification *lege causae* pourraient être portés au débit d'une qualification *lege originis*.

Une fois évacuée l'idée d'un lien entre la qualification et la souveraineté, l'une des critiques faites à la qualification *lege causae* était le risque de « cercle vicieux » mis en lumière par le Professeur J.-P. Niboyet¹⁴¹³. L'auteur soulignait que la qualification, opération préalable à la désignation de la loi applicable, ne pouvait être recherchée dans une loi dont on ignorait encore si elle pouvait être considérée comme compétente. Il apparaît toutefois que cette remarque ne saurait convaincre en cas de qualification *lege originis*. Il ne s'agit pas, dans ce cadre, de chercher la qualification dans une loi afin de vérifier si elle peut être appliquée, mais de qualifier selon un droit qui a déjà été appliqué. En effet, le droit de l'ordre juridique d'origine du statut l'a inévitablement été, soit par le biais de ses règles de conflit, soit par le biais de ses dispositions matérielles. Aucun cercle vicieux ne risque alors d'être constaté dans la mesure où la qualification *lege originis* vise à qualifier selon les règles appliquées à la désignation de la loi compétente. En outre, la principale critique émise à l'encontre de la qualification *lege causae*, la lacune qui

¹⁴¹²H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1949, p. 312, § 293.

¹⁴¹³J. -P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, Paris, Sirey, t. I, 1947, sp. § 416.

« fondamentalement, la rend impraticable »¹⁴¹⁴ ne saurait pas plus remettre en cause la qualification *lege originis*. Ainsi, que le soulignent les Professeurs Lequette et Ancel, si la qualification *lege causae* « est apte à poser le problème du conflit de qualifications, elle est incapable de lui fournir une solution. »¹⁴¹⁵. En effet, elle revient à confier « à chaque droit le travail de qualification, c'est-à-dire le soin de dénombrer les matières qu'à son avis embrasse la catégorie juridique qu'il est appelé à régir »¹⁴¹⁶. Un risque de « cumul ou de conflit positif » existe alors inévitablement en ce qu'il est possible que plusieurs droits prévoient une qualification qui renvoie à leur compétence. Un risque de « lacune ou de conflit négatif » existe tout autant, dans la mesure où il reste envisageable qu'aucun des droits en contact avec le rapport de droit ne le fasse. Or de telles situations ne peuvent se réaliser dans le cas de la qualification *lege originis*. En effet, la qualification n'est pas recherchée, ici, dans plusieurs lois, mais dans une seule : celle de l'ordre juridique d'origine du statut de couple, celle de son État de cristallisation. Le risque de cumul est alors évacué. Le risque de lacune n'existe pas plus dans la mesure où le statut ayant été créé par un droit, il a nécessairement déjà été qualifié dans son État de création. Il apparaît alors que les objections faites à l'encontre de la qualification *lege causae* ne peuvent être opposées à la qualification *lege originis*.

893. Une dernière remarque permet de renforcer le choix d'une telle qualification. Elle semble, en effet, être la seule à assurer de façon efficace la permanence du statut, objectif premier de l'élaboration de la méthode de la reconnaissance. Maintenir le principe de la qualification *lege fori* dans le cadre de cette méthode risque de mener le for d'accueil du statut de couple à une qualification différente de celle retenue par l'ordre juridique origine au moment de la formation du statut. Ce risque est particulièrement présent en ce qui concerne les nouvelles formes de conjugalité. Or si le for de reconnaissance qualifie le rapport de droit sans suivre la qualification choisie à la date de sa création, il sera amené à lui appliquer une règle de conflit différente de celle mise en œuvre par l'autorité étrangère et donc, potentiellement, une loi matérielle différente. Dès lors, la validité et les effets épuisés du statut seraient appréciés sous l'empire d'une autre loi que celle ayant présidé à sa formation ou à la détermination de ses effets. Une telle situation aurait pour conséquence de vider la méthode de la reconnaissance de son sens et surtout pourrait faire obstacle à la circulation des statuts étrangers.

¹⁴¹⁴B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP*, préc., n. 27, p. 248, § 4.

¹⁴¹⁵*Ibid.*

¹⁴¹⁶*Ibid.*

B. La qualification postérieure à la reconnaissance

894. Une fois la validité et les effets épuisés d'un statut de couple étranger reconnu, reste la question des effets à venir qui pourront lui être octroyés dans son ordre juridique de reconnaissance. Or la réponse à cette question ne pourra être apportée que par les règles de conflit de lois de cet ordre juridique. En effet, la méthode de la reconnaissance ayant rempli son office, la méthode conflictuelle reprend ses droits. La question de sa qualification se pose alors une nouvelle fois, mais dans un objectif différent. Il ne s'agit plus de déterminer quelle loi a été appliquée par l'ordre juridique créateur du rapport de droit, mais de désigner la loi compétente aux yeux de son ordre juridique de reconnaissance. Il est classiquement enseigné que la qualification doit être faite, dans ces hypothèses, *lege fori* (1).

895. Il apparaît, toutefois, que l'application de la règle de conflit n'épuise pas la question de la qualification du statut étranger. En effet, une fois désignée la *lex causae*, il convient de choisir, parmi ses dispositions matérielles, celles qui permettront de trancher le litige au fond. Il s'agit alors d'une qualification de droit interne qui doit être faite selon les conceptions portées par la loi applicable au rapport de droit (2).

1. La qualification de droit international : la qualification *lege fori*

896. Depuis l'arrêt *Caraslanis*, il est admis que la qualification internationale se fait *lege fori*, c'est-à-dire selon les conceptions du for. Il en découle que l'autorité compétente s'abstrait de la qualification retenue dans l'ordre juridique d'origine du statut de couple pour intégrer ledit rapport de droit à ses propres catégories.

Cette qualification suppose alors la réalisation de deux étapes. La première phase est une phase d'analyse du rapport de droit. Il s'agit de s'intéresser à la structure de l'institution étrangère, cette phase s'opère donc *lege causae*. La seconde phase, dite phase de jugement, consiste à intégrer dans ses propres catégories, *lege fori* donc, l'institution à qualifier. Cette opération se fait au regard de la « nature juridique dominante »¹⁴¹⁷ du rapport de droit.

¹⁴¹⁷B. Audit, *Droit international privé, préc.*, sp. 174, § 199.

Ainsi, confrontées à un mariage allemand, les autorités françaises commencent par étudier ce qu'est le mariage au sens du droit allemand avant de décider si l'union étrangère est suffisamment proche de l'union française pour être englobée dans la catégorie de droit international qui lui est afférente. En effet, ces catégories sont, en général, définies par référence aux institutions juridiques connues du droit interne. Le plus fréquemment, cette phase de jugement se fait sans encombre en raison de la proximité entre l'institution étrangère et son corollaire français.

Toutefois, les relations internationales ont cela de particulier qu'elles peuvent amener une autorité étatique à se prononcer sur des institutions étrangères inconnues ou différentes de celles prévues par son droit. L'exemple topique, en matière de couple, d'une telle situation a longtemps été celui des mariages polygamiques connus de certains droits, mais interdits en France. Une interrogation a pu surgir face à ces unions : pouvaient-elles être qualifiées comme des mariages au sens de la catégorie internationale mariage ? La question présentait une importance certaine dans la mesure où une réponse négative aurait voué les mariages polygamiques ou potentiellement polygamiques à être « exclus du domaine du droit »¹⁴¹⁸. En effet, ces unions n'auraient, à défaut de qualification, pu être soumises à aucune règle de droit international privé.

897. Il apparaît que le contenu des catégories internationales ne peut alors être conçu comme le parfait miroir des catégories connues du droit interne, au risque, sinon, que les règles de droit international privé ne soient applicables qu'aux prétentions fondées sur le droit français. Or, ainsi que le soulignent les Professeurs Mayer et Heuzé, « il faut que l'ensemble des règles de conflit françaises puisse couvrir l'ensemble des questions de droit qui sont susceptibles de se poser en relation avec n'importe lequel des ordres juridiques qui coexistent dans le monde »¹⁴¹⁹. Pour parvenir à un tel résultat, il est communément admis que le juge puisse s'écarter des catégories de droit interne¹⁴²⁰ et les « forcer »¹⁴²¹ pour y intégrer les institutions étrangères suffisamment proches de celles du for. Les catégories de droit international sont alors élargies pour répondre aux nécessités du droit international privé. Cette déformation des catégories de droit interne n'est toutefois pas sans limites. Le juge ne peut s'affranchir des notions de droit interne qui constituent « le noyau » des catégories de droit international. Pour qu'une institution étrangère puisse être intégrée à

¹⁴¹⁸B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP, préc.*, comm. sous l'arrêt Chemouni, n° 30-31, p. 274, § 4.

¹⁴¹⁹P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, préc.*, sp. 130, § 166.

¹⁴²⁰E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Qualification en droit international privé », *préc.*, § 58.

¹⁴²¹*Ibid.*

l'une des catégories du for, il faut qu'il existe « une communauté de nature »¹⁴²² entre l'institution étrangère et celle du for, communauté de nature découlant de la similarité des fonctions que remplissent lesdites institutions dans leur ordre juridique respectif¹⁴²³.

898. De cette façon, la catégorie de droit international privé français « mariage » a été élargie afin d'y intégrer les mariages polygamiques ou les mariages de *common law*¹⁴²⁴. Il a aussi pu être proposé, à une période où le mariage homosexuel n'était pas autorisé en France, que les mariages célébrés à l'étranger entre personnes de même sexe soient qualifiés comme des unions matrimoniales¹⁴²⁵. Une telle qualification ne signifiait pas que ces types de mariages devaient être célébrés en France ou pouvaient y être reconnus, mais simplement qu'ils devaient, comme tous les autres, être soumis aux règles de conflit relatives à l'union matrimoniale.

899. Si la diversité entre les différents droits internes quant aux différents statuts de couple reconnus soulève un certain nombre de difficultés entre les États permissifs et les États prohibitifs, il apparaît que la porosité qui existe entre ces statuts entraîne des difficultés similaires au sein de la communauté des États permissifs. Il est, en effet, communément admis aujourd'hui que le fait qu'un statut réponde à la dénomination de partenariat enregistré dans un État n'implique pas qu'il y réponde dans un autre État. Une *cohabitation légale* belge, qui peut être enregistrée entre les membres d'une même famille, ne saurait être assimilée à un *civil partnership* anglais, qui, lui, offre une protection équivalente à celle résultant du mariage, ni même à un PACS français. L'émergence de ces nouvelles formes de couple illustre alors parfaitement les situations de conflit de qualifications, situations dans lesquelles une même question de droit est classée « dans des catégories différentes dans les systèmes juridiques avec lesquels la situation présente des points de contact »¹⁴²⁶. Face à cette difficulté de qualifier les partenariats enregistrés étrangers, certains auteurs ont pu proposer d'abandonner le principe de la qualification *lege fori* au profit d'une qualification *lege causae*¹⁴²⁷. Un tel choix revient alors à qualifier le rapport de droit en fonction des conceptions du droit étranger qui lui est potentiellement

¹⁴²²H. Batiffol, « *Aspects philosophiques du droit international privé* », *préc.*, sp. 43.

¹⁴²³*Ibid.*

¹⁴²⁴P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, préc.*, sp. 130, § 166.

¹⁴²⁵M. Mignot, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *préc.*, sp. 650.

¹⁴²⁶M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 2017, § 240.

¹⁴²⁷B. Weiss-Gout et M. L. Niboyet, « La reconnaissance mutuelle des mariages entre personnes de même sexe et des partenariats entre personnes de même sexe ou de sexe opposé. La situation dans les différents États membres. Besoin d'une action de l'UE ? », *Rapport au Parlement européen*, PE 432.731, novembre 2010, sp. 24.

applicable et non en fonction des conceptions du for, les autorités françaises restant liées par la qualification posée à l'étranger. Ainsi, ces auteurs proposaient de considérer comme un partenariat enregistré tous les statuts étrangers considérés comme tels dans leur ordre juridique d'enregistrement¹⁴²⁸.

900. Il semble, à la lecture de la règle de conflit prévue à l'article 515-7-1 du Code civil, que le législateur ait choisi de suivre une approche similaire. En effet, il est frappant de constater que l'intitulé de la catégorie retenue dans cette disposition, « partenariat enregistré », est très éloigné de la dénomination du statut en droit interne, « Pacte civil de solidarité ». Alors que, le plus fréquemment, le même terme désigne à la fois la catégorie et l'institution locale, le choix du législateur ne saurait être anodin ici. Il marque une certaine forme d'autonomie de la catégorie à l'égard du statut français. Il faut alors souligner qu'au rebours de certains législateurs étrangers¹⁴²⁹, le législateur français n'accompagne sa règle de conflit d'aucune définition. La seule certitude est, au regard du terme « partenariat enregistré », que le statut de couple doit avoir fait l'objet d'un enregistrement. Et en l'absence de définition de cette nouvelle notion qu'est le partenariat enregistré, les autorités françaises soumettent tous les statuts qualifiés comme tels dans leur ordre juridique d'origine à la règle de conflit posée à l'article 515-7-1 du Code civil. Il apparaît d'ailleurs que la doctrine ne donne pas plus de définition de la notion. Si une distinction est proposée entre les partenariats-cadres et les partenariats-institutions, tous les statuts étrangers ayant fait l'objet d'un enregistrement restent considérés comme des partenariats enregistrés et la distinction envisagée n'implique aucune conséquence concrète.

901. Il convient d'admettre que cette situation présente un avantage certain. La largesse de la notion de partenariat enregistré permet de s'assurer qu'un maximum de statuts étrangers puisse être qualifié aux fins d'application de l'article 515-7-1. Aucun d'entre eux ne risque d'être « exclu du domaine du droit ». De plus, attachée à l'élément de rattachement qu'est l'autorité d'enregistrement, la catégorie telle qu'elle est entendue permet de s'assurer que tous les statuts étrangers soient soumis à leur loi d'origine tant en

¹⁴²⁸ *Ibid.*

¹⁴²⁹ Par exemple, l'article 58 du Code belge de droit international privé définit les « relations de vie communes » comme des « situations de vie commune donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage ». De la même façon, l'article 214 du *Civil Partnership Act* de 2004 prévoit que seuls les statuts étrangers posant une interdiction de polygamie, réservés aux couples de même sexe, impliquant une relation d'une durée indéterminée et entraînant des effets suffisamment proches de ceux du mariage peuvent être qualifiés comme des *overseas partnership*. En parallèle, il apparaît que tant la Convention du CIEC relative à la reconnaissance des partenariats enregistrés que le règlement européen applicable aux effets patrimoniaux de ces statuts donnent des définitions des partenariats.

ce qui concerne leur formation que leurs effets. Dès lors, la combinaison de ces deux composantes de la règle de conflit garantit la meilleure circulation possible d'une institution qui reste peu reconnue en droit comparé.

902. Il n'en demeure pas moins que le législateur s'est quelque peu éloigné, avec cette règle de conflit, du principe de la qualification *lege fori* et qu'il n'a pas résolu toutes les difficultés liées à la qualification des partenariats étrangers. Un certain nombre d'entre elles réapparaîtront au stade de la qualification de droit interne.

2. La qualification de droit interne : la qualification *lege causae*

903. Une fois le droit compétent désigné, il convient de l'appliquer. Pour ce faire, le for doit choisir, parmi les dispositions matérielles prévues par ce droit, les dispositions particulières permettant de résoudre le litige.

Prenons l'exemple d'un juge français compétent pour liquider, en vertu du droit allemand, la succession d'un homme marié A. Il devra rechercher, dans ce droit, si des dispositions octroient des droits dans la succession à son conjoint survivant B en raison de leur union. Le cas échéant, le juge devra, avant de les appliquer, s'assurer qu'elles se veulent effectivement applicables, c'est à dire, dans notre exemple, que B peut être considéré comme étant le conjoint survivant de A. Une telle vérification se fait en deux étapes. Tout d'abord, dans la mesure où les droits de B découlent de l'existence d'un mariage l'unissant à A, le juge doit contrôler que le lien qui unissait A et B, avant le décès, peut être considéré comme un mariage, et qu'il ne s'agissait pas, par exemple d'un partenariat enregistré ou d'un simple concubinage. Il doit ensuite s'intéresser à la question de la validité de ce mariage. Cette deuxième étape du raisonnement est connue sous le terme de « question préalable »¹⁴³⁰, alors que la première est une question de qualification. Il faut ici souligner que cette qualification se distingue de la qualification évoquée plus haut. Celle-ci ne vise pas à désigner le droit applicable à un rapport de droit international¹⁴³¹, ce qui est l'objet de la qualification internationale, mais à déterminer

¹⁴³⁰V. sur la notion, S. Corneloup, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *préc.*

¹⁴³¹Elle ne saurait d'ailleurs avoir effet sur la désignation de la loi compétente, ainsi selon les termes des Professeurs Mayer et Heuyé, il est « licite de s'attacher aux classifications du droit étranger compétent dans la mesure où elles influent sur le choix de la règle

quelle disposition matérielle permettra de trancher le litige au fond. Cette qualification ne répond pas, alors, à une problématique de droit international (l'application des règles de conflit du for), mais à une problématique de droit interne (l'application des règles matérielles de la *lex causae*). En cela, elle est une qualification de droit interne, ou autrement dit une qualification en sous-ordre ou une qualification secondaire. Ainsi, dans notre exemple, la qualification de droit international vise à qualifier la question de droit, qui entre dans la catégorie succession, alors que la qualification de droit interne vise à qualifier le statut qui unissait A à B, ici un mariage.

904. De ce constat, peuvent être tirés plusieurs enseignements. En premier lieu, si la qualification de droit international d'un statut de couple n'est nécessaire que lorsque le statut en cause intervient dans la délimitation de la catégorie de la règle de conflit, la qualification de droit interne est indispensable lorsque le juge applique une *lege causae* octroyant des effets à un tel statut. En effet, à chaque fois que l'existence d'un mariage ou d'un partenariat enregistré pourra avoir des effets sur la solution du litige au fond, il conviendra de vérifier cette existence : c'est-à-dire de vérifier que le statut peut être qualifié comme un mariage ou un partenariat enregistré et qu'il est valable.

En second lieu, dans la mesure où les deux qualifications visent des objectifs différents (l'une à l'application des normes du for, l'autre l'application de la *lex causae*), les arguments justifiant le choix d'une qualification *lege fori* pour la première s'effacent pour la seconde. En effet, la qualification de droit interne ayant vocation à permettre l'application des dispositions internes de la *lex causae*, elle participe à leur interprétation¹⁴³² et non à celle des règles de conflit du for. Il est alors admis que le principe de la qualification *lege fori* s'inverse au profit de la qualification *lege causae*¹⁴³³.

905. Le statut en cause n'est plus alors qualifié selon les conceptions du for, mais selon celles portées par la loi applicable au litige. Ainsi, le juge compétent pour liquider, en vertu du droit allemand, la succession d'un défunt marié devra examiner si son conjoint peut être considéré comme un conjoint survivant selon les conceptions de cette loi, il doit vérifier si le mariage qui les unissait peut être qualifié de mariage au sens du droit allemand. De la même façon, le juge qui devra appliquer le droit tchèque lors du prononcé d'une adoption

substantielle applicable à l'intérieur du système désigné ; mais elles ne doivent pas conduire à remettre en cause la compétence de celui-ci ». (P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, préc.* § 173).

¹⁴³²M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé, préc.*, sp. 221, § 524.

¹⁴³³*Ibid* ; V. M. Minois, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, préc.*, sp. 369, § 537.

réclamée par un couple de partenaires devra qualifier le partenariat étranger selon les conceptions tchèques pour déterminer les effets que ce partenariat pourra avoir sur l'adoption.

906. Une première difficulté apparaît alors : que faire lorsque la *lex causae* ne connaît pas le statut de couple en cause ? Une première solution pourrait être de vérifier le sort que ses règles de droit international privé octroient au statut étranger concerné. Ainsi, si l'État A, qui n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe, accepte d'élargir sa propre catégorie mariage afin de reconnaître les unions homosexuelles célébrées à l'étranger et de leur faire jouer des effets sur son territoire, le for de reconnaissance devrait pouvoir faire de même et appliquer les dispositions matérielles de loi de cet État lorsqu'il la considère compétente. Cela entraîne toutefois une source de complexité supplémentaire pour les autorités du for qui doivent non seulement rechercher les dispositions matérielles de la *lex causae* mais étudier, en sus, son droit international privé. De plus, cela ne donne aucune indication, aux autorités du for, sur la marche à suivre lorsque l'État A refuse de reconnaître le statut étranger qui ne correspond à aucun statut de son droit interne. Dans de telles hypothèses, les autorités françaises devraient-elles procéder elles-mêmes à l'élargissement des catégories de l'État A pour appliquer ses dispositions matérielles contre sa volonté ? Ou au contraire, doivent-elles écarter l'application de la loi A pour retomber sur celle de la loi française ?

907. Une autre difficulté pourrait se constater dans les situations où la *lex causae* connaît le statut en cause, mais lui attache des effets profondément différents de ceux qu'il produit dans son ordre juridique d'origine. Prenons l'exemple de la liquidation de la succession d'un homme résidant, au moment de son décès, en Italie et ayant enregistré un partenariat en Suisse. Le droit suisse accorde des droits au partenaire survivant dans la succession du partenaire décédé. Toutefois, la loi applicable à la succession est la loi italienne et l'autorité compétente devra qualifier le partenariat enregistré suisse selon les conceptions de la loi italienne, avant de vérifier si cette loi lui accorde des effets en matière de succession. Or dans la mesure où le droit italien n'octroie aucun effet au partenariat en matière de succession, le partenaire survivant ne se verra reconnaître aucun droit *ex lege* dans la succession du défunt.

908. Il apparaît alors que si la méthode de la reconnaissance évince certaines des difficultés liées à la qualification au stade du contrôle de la validité et des effets épuisés des statuts étrangers, elle ne règle pas celles liées aux qualifications internationales et de droit interne mises en œuvre pour la détermination des effets à venir qui leur sont attachés. Sur ce point, la volonté de garantir une circulation efficace des relations de couple peut justifier de s'intéresser à l'opportunité de requalifier certains statuts étrangers après qu'ils aient été reçus dans leur ordre juridique de reconnaissance.

§ II - La requalification des partenariats-institutions

909. Poser la question de l'éventuelle requalification de certains partenariats enregistrés peut *a priori* sembler inopportun à ce stade du raisonnement. En effet, l'objectif d'assurer la permanence du statut semble exclure la possibilité de requalifier les statuts de couple à la suite du franchissement d'une frontière. Toutefois admettre que la qualification du rapport de droit doit être faite en vertu de lois différentes selon l'objectif qu'elle poursuit, renouvelle la question de la requalification. De fait, s'il est admis que la qualification préalable à la qualification doit être faite *lege originis* alors que la qualification internationale est opérée *lege fori*, le for de reconnaissance devrait pouvoir s'abstraire de la qualification étrangère pour intégrer le partenariat étranger à celle de ses catégories dont il est effectivement le plus proche, qu'il s'agisse de sa catégorie partenariat étranger ou de sa catégorie mariage. Une telle proposition suppose alors de rechercher le critère en vertu duquel la requalification pourrait être envisagée (A).

910. Après avoir déterminé que cette requalification devrait être fondée sur les effets du partenariat étranger, il convient de souligner qu'une telle requalification présente l'avantage d'assurer une réelle permanence du statut en ce qui concerne les effets du partenariat enregistré qui ne sont pas soumis à l'article 515-7-1 du Code civil (B).

A. Le critère de la requalification

911. Un certain nombre d'ordres juridiques prévoit la requalification de partenariats enregistrés étrangers qu'ils considèrent comme étant trop éloignés de leur propre statut de droit interne. Une distinction peut être faite entre ceux-ci : les premiers requalifient en raison de l'orientation sexuelle du couple des partenaires alors que les seconds le font au regard des effets produits par le statut étranger.

La France autorisant l'accès au mariage et au PACS à tous, sans aucune considération pour l'orientation du couple, cet élément ne saurait être pris en considération au moment de la requalification (1). En revanche, il serait pertinent de reconnaître certains partenariats étrangers comme des mariages en raison des effets qui leur sont attachés dans leur ordre juridique d'origine (2).

1. L'exclusion de la requalification du statut de couple fondée sur l'orientation sexuelle du couple

912. Parmi les États qui prévoient une requalification de statuts de couple étrangers, la Suisse, l'Allemagne ou l'Angleterre fondent ou ont fondé cette requalification sur l'orientation sexuelle des membres du couple. Ainsi, l'article 45 al 3 de la LDIP suisse indique qu'un mariage célébré entre deux personnes de même sexe ne pourra être reconnu en Suisse que sous la forme d'un partenariat enregistré. Dans cette optique, la notion de partenariat est entendue « largement »¹⁴³⁴ afin d'englober les différents statuts de couple ouverts à travers le monde aux personnes homosexuelles¹⁴³⁵.

Les droits allemands et anglais ont longtemps suivi une logique similaire. En effet, un mouvement important de la doctrine et de la jurisprudence allemande penchait, avant l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe dans cet État, pour une requalification des mariages homosexuels étrangers en partenariats enregistrés au moment de leur

¹⁴³⁴A. Bucher, « Le regard du législateur suisse sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré », *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Actes de la XVI^e Journée de droit international privé du 5 mars 2004, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 49, Schulthess, 2004, p.137, sp. 140.

¹⁴³⁵Reste alors la question de savoir si un partenariat enregistré entre deux personnes de sexe différent peut être qualifié comme un partenariat enregistré au sens du droit suisse. Selon le Professeur Bucher, la réponse à cette question devrait être positive dans la mesure

reconnaissance¹⁴³⁶. En corollaire, certains auteurs avançaient l'idée que les partenariats enregistrés entre deux personnes de sexes différents devaient, quant à eux, être reconnus comme des mariages et non comme des *eingetragene Lebenspartnerschaft*¹⁴³⁷. De la même façon, l'article 212 du *Civil partnership Act 2004* pose une définition de la catégorie anglaise relative aux partenariats enregistrés. Ces *overseas relationship* doivent être entendues comme les relations de couple enregistrées entre deux personnes de même sexe dont aucune n'est déjà liée par un mariage ou un autre partenariat¹⁴³⁸. En parallèle, l'annexe 20 de l'*Act* donne une liste des partenariats étrangers visés, liste qui comporte, entre autres, le PACS et la *cohabitation légale* belge. De la combinaison de ces deux textes, il résulte qu'un PACS enregistré entre deux hommes en France pourra bénéficier de la règle de reconnaissance prévue par l'article 212 alors qu'un PACS enregistré entre un homme et une femme ne le pourra pas. Il apparaît alors que la catégorie des *overseas relationship* peut englober des statuts dont les effets sont profondément différents de ceux octroyés au *civil partnership* et que la distinction posée par la règle anglaise entre les institutions pouvant être qualifiées comme des partenariats au sens de leur droit international et les autres est uniquement fondée sur l'orientation sexuelle du couple.

913. Une remarque doit alors être faite. Si la requalification se fonde, dans ces trois États, sur le sexe des membres du couple, c'est en raison de l'importance que cet élément prend en droit interne. En effet, tant en Suisse qu'en Allemagne et en Angleterre, du moins à la date de l'élaboration de ces règles¹⁴³⁹, la différence fondamentale qui existait entre le mariage et le partenariat enregistré était le caractère homosexuel ou hétérosexuel de la relation créée. Ainsi, le Professeur Bucher a pu souligner, concernant le droit suisse, que ces deux statuts pouvaient être considérés comme des « institutions fondamentalement

où l'orientation sexuelle du couple n'est pas évoquée dans les règles de droit international privé suisse (*Ibid*, sp. 140).

¹⁴³⁶*Ibid*, sp. 564, § 627.

¹⁴³⁷S. Pfeiff, « *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen* », *préc.*, sp. 531, § 590, v. aussi l'opinion du Professeur von Sachen Gessaphe pour qui un PACS ou une *cohabitation légale* belge devrait pouvoir être reconnu comme un partenariat enregistré de droit allemand à la condition qu'il ait été enregistré entre deux personnes de même sexe. Une telle position implique, *a contrario*, qu'un tel statut enregistré entre deux personnes de sexes différents ne devrait pas être qualifié comme un partenariat en Allemagne (« Le partenariat enregistré en droit international privé allemand », *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Actes de la XVIe Journée de droit international privé du 5 mars 2004, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 49, Schulthess, 2004, p. 9, sp.18).

¹⁴³⁸Ainsi, l'article 212 indique : « Meaning of "overseas relationship" »

(1) For the purposes of this Act an *overseas relationship* is a relationship which—
 (a) is either a specified relationship or a relationship which meets the general conditions, and
 (b) is registered (whether before or after the passing of this Act) with a responsible authority in a country or territory outside the United Kingdom, by two people—
 (i) who under the relevant law are of the same sex at the time when they do so, and
 (ii) neither of whom is already a civil partner or lawfully married. »

¹⁴³⁹La situation est aujourd'hui quelque peu différente en Allemagne et en Angleterre qui ont depuis ouvert le mariage aux personnes de même sexe.

différentes » si l'on se plaçait sur le terrain « moral et téléologique », mais que tel n'était plus le cas lorsqu'on les examinait d'un point de vue « juridique »¹⁴⁴⁰. Selon cet auteur, « les analogies entre les institutions sont si patentes », notamment sur le plan de leurs effets, que les « divergences qui subsistent apparaissent réduites, dans leur fondement, aux différences d'ordre moral et de politique législative »¹⁴⁴¹. C'est, en Suisse, la « conviction que le mariage est réservé aux couples formés d'un homme et d'une femme [...] bien ancrée dans les mœurs et dans l'opinion publique »¹⁴⁴² qui justifie la coexistence des deux statuts. Le même constat a été fait à l'égard du *eingetragene Lebenspartnerschaft*. Le Professeur von Sachsen Gessaphe écrivait, avant l'ouverture de l'union matrimoniale aux couples de personnes de même sexe, que « si la loi allemande [n'accordait] pas d'accès au mariage aux couples homosexuels [elle assimilait] considérablement leur situation juridique à celle des conjoints »¹⁴⁴³. Dans le droit interne de ces trois États, la seule réelle différence entre le mariage et le partenariat enregistré était celle de l'orientation sexuelle du couple, pour le reste ces deux institutions étaient sinon identiques au moins similaires. Il en ressort alors que les partenariats prévus dans ces États sont ou étaient des partenariats-institutions et que c'était précisément la proximité qu'ils entretenaient avec le mariage qui justifiait que leur ordre juridique requalifie les statuts étrangers en fonction du sexe des membres du couple. Il apparaît alors qu'un tel critère de requalification ne saurait être mis en œuvre en France. Tout d'abord, il serait inutile dans la mesure où tant le PACS que le mariage sont ouverts à tous sans considération d'orientation sexuelle. Mais surtout, ces deux statuts sont conçus comme des institutions trop différentes pour être assimilées l'une à l'autre. Dès lors, si l'ordre juridique français devait requalifier les statuts étrangers après leur reconnaissance, il devrait le faire au regard des effets attachés à ces statuts.

2. L'admission de la requalification des partenariats-institutions fondée sur les effets du partenariat

914. Un certain nombre d'États opte pour une requalification fondée sur les effets du statut étranger. C'est, par exemple, le cas de la Suède, de la Norvège et de la Finlande,

¹⁴⁴⁰A. Bucher, « Le regard du législateur suisse sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré », *préc.*, sp. 137.

¹⁴⁴¹*Ibid.*

¹⁴⁴²*Ibid.*

¹⁴⁴³K. A. von Sachsen Gessaphe, « Le partenariat enregistré en droit international privé allemand », *préc.*, sp. 14.

États dont les législations prévoient des partenariats-institutions. Les partenariats-cadres étrangers y sont exclus de la catégorie partenariat pour être relégués au rang de simples contrats de concubinage¹⁴⁴⁴. La Belgique, qui elle aussi requalifie en fonction des effets du statut, suit la logique inverse et intègre les partenariats-cadres étrangers à sa catégorie « relation de vie commune » tout en requalifiant les partenariats-institutions en mariage¹⁴⁴⁵.

915. La même idée d'une requalification de certains partenariats étrangers a déjà été avancée en droit français. En effet, dès avant la rédaction de l'article 515-7-1 du Code civil, une distinction avait été proposée concernant la désignation de la loi applicable aux effets des partenariats¹⁴⁴⁶. Au début des années 2000, le Professeur Khairallah avançait l'idée que les effets des partenariats proches du PACS devaient être soumis à la loi présidant à la formation du statut, alors que ceux équivalant au mariage devaient relever des règles de conflit applicables à l'union matrimoniale. Ainsi, une distinction devait, selon l'auteur, être opérée entre les différents types de partenariats, et les partenariats-institutions devaient être qualifiés, au moins en ce qui concerne l'application des règles relatives à leurs effets, comme des mariages. De façon similaire, le Professeur Mignot considérait que les partenariats-institutions devaient être intégrés à la catégorie mariage¹⁴⁴⁷. C'était alors au regard des effets de ces partenariats-institutions et de leur proximité avec le mariage que ceux-ci devaient être écartés de la qualification d'origine pour être assimilés à une union matrimoniale.

916. Cette proximité essentielle existant entre les partenariats-institutions accessibles aux seuls couples homosexuels et le mariage est, au surplus, parfaitement illustrée par les évolutions qu'ont connues les droits anglais et allemand. Chacun de ces deux États ont, ces dernières années, autorisé les personnes de même sexe à se marier alors que leurs droits internes leur offraient déjà, et ce depuis plusieurs années, la possibilité d'enregistrer des partenariats-institutions – pour l'un le *eingetragene Lebenspartnerschaft* et pour l'autre le *civil partnership*. Le droit allemand et le droit anglais offrent alors l'exemple particulier de la coexistence, au sein d'un seul et même ordre juridique, de deux statuts qui, bien que différents, visent la même population et produisent des effets quasi identiques. Les réactions des ordres juridiques allemand et anglais face à cette coexistence permettent alors

¹⁴⁴⁴M. Bogdan, « Amendment of Swedish Private International Law regarding Registered Partnerships », *IPRax*, 2001, p. 353.

¹⁴⁴⁵G. Kessler, « Partenariat enregistré », *préc.*, § 10.

¹⁴⁴⁶G. Khairallah, « Les "partenariats organisés" en droit international privé », *préc.*, § 18 s.

¹⁴⁴⁷M. Mignot, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *préc.*, sp. 604.

de démontrer que les partenariats-institutions recouvrent, dans leur État d'origine, la même réalité juridique que le mariage homosexuel dans les États qui l'autorisent.

917. Le premier élément qui permet de s'en convaincre est la possibilité offerte aux partenaires de transformer le partenariat déjà enregistré en mariage. Ainsi la section 9 de la Part I du *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* prévoit, dans son premier alinéa, que les personnes engagées dans les liens d'un *civil partnership* de droit anglais peuvent choisir de convertir leurs partenariats en mariage sur simple déclaration. De la même façon, le § 20a de la *Lebenspartnerschaftsgesetz* indique qu'un *Lebenspartnerschaft* sera transformé en mariage sur simple déclaration des partenaires devant l'autorité compétente. Il convient de souligner qu'il ne s'agit pas alors de mettre fin au partenariat par la célébration d'un mariage entre les deux mêmes personnes. Ce qui est prévu, par exemple, en droit français. En effet, dans les exemples anglais et allemand, la conversion en mariage ne nécessite aucune des formalités requises dans ces États pour la célébration d'une union matrimoniale. Aucun témoin n'est nécessaire, aucun contrôle des conditions de fond de formation du mariage n'est opéré et l'autorité compétente pour enregistrer la conversion n'est pas nécessairement celle qui l'aurait été pour procéder à la formation du mariage. Au surplus, et c'est là l'essentiel, les effets de la conversion sont rétroactifs dans la mesure où les droits et obligations résultant du mariage prennent naissance à la date de l'enregistrement du partenariat¹⁴⁴⁸. L'interchangeabilité entre le partenariat et le mariage dans ces États est alors flagrante et la conversion, telle qu'elle est prévue au niveau interne en droit allemand et en droit anglais, ne saurait être sans rappeler la requalification du statut au niveau international.

918. Il apparaît de plus que le mariage homosexuel a, en Allemagne, purement et simplement remplacé le partenariat. Il n'est, en effet, plus possible, depuis le premier octobre 2017, d'enregistrer de *eingetragene Lebenspartnerschaft*¹⁴⁴⁹. Ainsi, si avant cette date, les couples homosexuels n'avaient accès qu'au partenariat enregistré, leur choix n'est pas plus étendu aujourd'hui. Seul le mariage leur permet aujourd'hui de formaliser leur relation. Ce constat renforce l'idée de l'interchangeabilité de ces deux statuts.

¹⁴⁴⁸Cette solution est posée par les alinéa 6 de la Section 9 de la Part I du *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* et les alinéa 2, 3, 4, 5, 6 du §20a de la *LPartG*.

¹⁴⁴⁹Article 3 alinéa 3 de la *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*.

919. Une nuance pourrait cependant être apportée à ce propos au regard de la solution choisie par le législateur anglais. En effet, celui-ci n'a pas décidé de supprimer l'institution du *civil partnership* à la suite de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Au contraire, le *civil partnership*, loin de disparaître, pourrait voir s'étendre son domaine. En effet, alors que selon les textes, celui-ci ne devait être autorisé qu'aux couples de personnes de même sexe, la Cour suprême du Royaume-Uni a récemment énoncé que la condition de similarité de sexe dans l'accès au partenariat devait être considérée comme une discrimination contraire à l'article 8 de la Conv. EDH¹⁴⁵⁰. Le *civil partnership* pourrait alors connaître une nouvelle vigueur et certains couples hétérosexuels pourraient choisir d'enregistrer un tel statut plutôt que se marier. Il apparaît ainsi que les couples qui enregistrent aujourd'hui un tel statut, ou qui n'ont pas effectué la déclaration nécessaire à sa conversion, ne désirent pas s'engager dans les liens du mariage, mais bien dans ceux du partenariat et qu'il pourrait sembler inopportun de requalifier leur statut lors du franchissement d'une frontière.

920. Il convient toutefois de rappeler que, malgré la coexistence des statuts dans l'ordre juridique britannique, les effets qui sont attachés au *civil partnership* sont plus proches de ceux d'un mariage que de ceux d'un PACS et que seule une requalification des partenariats-institutions semble à même d'assurer concrètement la permanence du statut qui circule entre différents ordres juridiques.

B. La requalification et la permanence du statut

921. Plusieurs remarques doivent être faites afin d'apprécier la pertinence d'une telle requalification au regard de l'objectif de permanence des effets du statut.

En premier lieu, la requalification proposée n'interviendra qu'au stade de la mise en œuvre des règles de conflit du for, elle ne saurait influencer sur l'évaluation de la validité ou des effets épuisés des partenariats, domaine de la méthode de la reconnaissance. En réalité, elle n'aura d'impact qu'en ce qui concerne les effets à venir des statuts.

¹⁴⁵⁰UK Supreme Court (uksc), 27 juin 2018, R (on the application of Steinfeld and Keidan) v Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary), disponible à l'adresse <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0060-judgment.pdf>.

En second lieu, il apparaît qu'elle aura des effets différents selon que l'on examine ceux-ci au stade de la qualification de droit international ou au stade de la qualification de droit interne. En effet, appréciée sous l'angle de la qualification internationale, la requalification n'emportera pas nécessairement de conséquences importantes et pour s'en convaincre, il suffit d'étudier les règles de conflit françaises visant la notion de partenariat enregistré. Leur nombre est relativement réduit dans la mesure où il n'en existe que trois. Deux d'entre elles se réfèrent expressément au partenariat – « formation, effets et dissolution du partenariat » pour l'article 515-7-1 du Code civil et « effets patrimoniaux du partenariat » pour le règlement 2016/1104¹⁴⁵¹. La dernière, issue du Protocole de La Haye de 2007, est relative aux obligations alimentaires découlant du mariage. Or, si cette règle posée à l'article 5 du Protocole ne vise que la situation des époux ou ex-époux, le rapport explicatif attaché au texte indique que la Commission II de la Session diplomatique autorise les États à soumettre les partenariats à cette règle de conflit¹⁴⁵², ce que la France a fait¹⁴⁵³. Ainsi, les obligations alimentaires résultant d'un partenariat enregistré relèvent en France de l'article 5 du Protocole.

922. Une distinction doit alors être faite entre les différentes règles de conflit évoquées. En effet, le règlement européen applicable aux effets des partenariats enregistrés pose sa propre définition des partenariats¹⁴⁵⁴. Ici, le principe de la qualification *lege fori* est exclu au profit d'une qualification autonome fondée sur le texte et aucune requalification n'est possible.

Pour les autres, la requalification n'aura vraisemblablement que très peu d'effets. Tout d'abord, dans la mesure où la règle de conflit applicable aux obligations alimentaires découlant d'un mariage est étendue, en France, aux obligations résultant d'un partenariat, la requalification d'un statut n'emporte ni modification de la règle de conflit applicable, ni modification de la loi matériellement applicable. Ensuite, il est incontestable que le domaine de l'article 515-7-1 du Code civil est extrêmement réduit quand il est appliqué à un statut formé à l'étranger. En effet, la question de la validité du statut et de ses effets

¹⁴⁵¹Règlement (UE) 2016/1104 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

¹⁴⁵²A. Bonomi, Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 nov. 2007, sur la loi applicable aux obligations alimentaires, sp. n. 31 [disponible à l'adresse : www.hcch.net/index_fr.php?act=publications.details&pid=4898].

¹⁴⁵³Rapp. AN no 1578, p. 18.

¹⁴⁵⁴L'article 3.1 a) du texte prévoit que le « partenariat enregistré » doit être entendu comme « le régime régissant la vie commune de deux personnes prévu par la loi, dont l'enregistrement est obligatoire en vertu de ladite loi et qui répond aux exigences juridiques prévues par ladite loi pour sa création »

épuisés en est amputée. Seule reste la question de ses effets à venir et de sa dissolution. Or, concrètement, au regard de la multitude de règles de conflit applicables aux effets du partenariat, seul un nombre résiduel d'effets lui reste soumis¹⁴⁵⁵, ceux-ci étant pour l'essentiel l'interdiction de bigamie ou l'obligation d'assistance, effets qui seront considérés comme épuisés par l'enregistrement du statut. Au final, la requalification des partenariats enregistrés institutions n'aura de conséquence qu'en ce qui concerne la dissolution du partenariat qui sort du domaine de l'article 505-7-1 pour entrer dans celui du règlement Rome III, applicable aux divorces.

923. En réalité, l'intérêt de la requalification se constate au niveau de la qualification de droit interne, c'est-à-dire de celle qui permet non la désignation, mais l'application de la loi compétente pour trancher le litige. Rappelons ici que cette qualification s'opère *lege causae*, selon les conceptions portées par la loi applicable au rapport de droit. Dans ces situations, la requalification du partenariat permettra, lorsque la loi française est applicable, d'assurer une certaine continuité, en France, des effets attachés, à l'étranger, au partenariat-institution.

Prenons l'exemple d'un litige portant sur la succession d'un *de cuius* décédé alors que sa dernière résidence était en France. Ce défunt avait, quelques années au préalable, enregistré un partenariat en Suisse, partenariat-institution en vertu duquel le partenaire d'un défunt peut être considéré comme un « héritier légal »¹⁴⁵⁶ et entrer dans la succession. Toutefois, si la question des droits que le partenaire survivant pourra avoir dans la succession du défunt peut factuellement être considérée comme un effet du partenariat, juridiquement, elle relève de la catégorie succession. Elle est alors soumise, en vertu du règlement européen applicable aux successions internationales¹⁴⁵⁷, à la loi française. Dès lors pour savoir si le partenaire survivant peut hériter en l'absence de testament, il convient de rechercher si le droit français lui en accorde le droit. Pour répondre à cette question, les autorités compétentes doivent commencer par qualifier la relation de couple qui unissait les deux partenaires, ceci afin de déterminer si l'existence de cette relation peut ouvrir des droits au survivant dans la succession du défunt. Deux options s'offrent alors à elles. En premier lieu, elles peuvent choisir de qualifier le statut suisse comme un partenariat

¹⁴⁵⁵En effet, un grand nombre des effets que peut avoir un partenariat enregistré fait l'objet d'une règle de conflit particulière comme celle relative aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, celle relative au nom, celle relative à la succession des partenaires.....Il apparaît ainsi que le régime des effets des partenariats enregistrés est aujourd'hui aussi éclaté que celui des effets du mariage.

¹⁴⁵⁶Article 462 B du Code civil Suisse.

¹⁴⁵⁷Article 21 du Règlement (UE) n° 650/2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

enregistré et refuser, en vertu du droit français, tout droit au partenaire dans la succession du défunt qui n'a pas rédigé de testament. Le partenaire bénéficie alors, quelle que soit « la nationalité » du statut qu'il a enregistré, du même régime qu'une personne PACSée. En second lieu, les autorités peuvent, après avoir constaté que le partenariat suisse est un partenariat-institution dont les effets sont très proches de ceux du mariage, décider de le qualifier comme un mariage au sens du droit français. Dans cette hypothèse, le partenaire survivant bénéficierait des droits que l'ordre juridique français octroie aux conjoints survivants. Il pourrait alors entrer dans la succession du *de cuius* même en l'absence de testament.

924. Au regard de cet exemple, un constat s'impose. Si la volonté du législateur était de préserver la nature du statut étranger et la continuité de ses effets par le choix d'un rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement, cet objectif n'est visiblement pas atteint dès lors que l'effet recherché fait l'objet d'une règle de conflit autre que l'article 515-7-1 du Code civil. En effet, ces autres règles de conflit peuvent donner compétence à une loi n'ayant aucun lien avec l'ordre juridique d'origine du statut et, de ce fait, entraîner une transformation importante des effets du partenariat. À chaque fois que l'une de ces règles désigne la loi française, le statut étranger se verra appliquer les dispositions matérielles françaises applicables au PACS. Quelle que soit son origine, il sera soumis au régime du partenariat français, il y sera assimilé. Or, il est incontestable qu'un nombre important des effets des partenariats fait l'objet de règles de conflit autonomes de l'article 515-7-1 et que certains de ces effets peuvent être considérés comme essentiels dans le choix d'enregistrer tel ou tel statut. Ce sont indéniablement les effets qu'une forme de couple peut avoir, par exemple, en matière de succession, d'obligations alimentaires, de nom ou même d'adoption qui en façonnent la nature. Il apparaît alors que qualifier comme des partenariats enregistrés, au sens du droit français, les partenariats-institutions étrangers revient à les réduire à de simples partenariats-cadres et porte atteinte à la permanence du statut.

925. Ce constat posé, il est possible d'affirmer que si la méthode de la reconnaissance participe, sans conteste, à la réalisation d'une permanence concrète du statut, elle ne saurait y suffire. Une fois son œuvre accomplie, il convient de recourir aux mécanismes classiques de la méthode conflictuelle pour assurer la permanence des statuts étrangers. Parmi ces mécanismes, celui de la requalification permet de répondre à la difficile question de la

préservation des effets d'origine des partenariats-institutions. En effet, requalifier ces statuts comme des mariages offre l'avantage de les soumettre aux dispositions matérielles relatives à l'union matrimoniale et donc à des dispositions proches de celles qui leur sont applicables dans leur État de création. Il faut alors admettre qu'ils ne se verront pas reconnaître en France des effets strictement identiques à ceux qui leur sont attachés dans leur ordre juridique d'origine. Les droits du conjoint survivant en droit français ne sont pas nécessairement le strict miroir des droits du partenaire survivant en droit suisse. Toutefois, si la question de savoir si le partenaire survivant peut hériter ou non affecte directement la nature du partenariat, il ne saurait en être de même lorsque la question porte uniquement sur le montant de ses droits et une telle « variation » des effets du statut devrait être tolérée de la même façon qu'elle l'est en matière de mariage. Et seule une requalification des partenariats-institutions étrangers permet, lorsque les dispositions matérielles françaises sont applicables, d'assurer de façon effective la permanence des effets du statut.

926. Il apparaît toutefois que cette requalification du partenariat-institution ne sera pas toujours utile, ni possible. Elle ne sera pas utile lorsque la *lex causae* prévoit, elle-même, un partenariat enregistré de telle nature. Dans une telle hypothèse, il suffira au juge français d'appliquer les dispositions qu'elle prévoit pour les partenariats sans requalifier le statut étranger. A l'inverse, elle ne sera pas possible lorsque la *lex causae* n'autorise pas le mariage aux couples de personnes de même sexe et refuse d'élargir sa catégorie relative à l'union matrimoniale. Dans cette situation, il est difficilement imaginable qu'un juge français puisse appliquer une loi étrangère qui ne se veut pas applicable. En cela, il est incontestable que la méthode de la reconnaissance ne résout pas toutes les difficultés résultant de la diversité des statuts connus en droit comparé. Il convient alors de souligner qu'elle ne résout pas non plus celles résultant des situations de concurrence de statuts.

Section II - Les difficultés liées à la concurrence des statuts

927. La seconde difficulté qui n'est pas résolue par la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance est celle résultant de l'existence de statuts concurrents. La situation de concurrence de statuts se rapproche de celle de l'inconciliabilité des statuts évoquée dans

le cadre des conditions entourant la reconnaissance, mais s'en distingue sur un point précis. L'inconciliabilité des statuts a été, dans le cadre des conditions, limitée aux situations dans lesquelles le statut étranger est incompatible avec un statut préexistant dans l'ordre juridique français. Le *conflit international de statuts*¹⁴⁵⁸ se réalisait, alors, entre le for de reconnaissance et un second État. En revanche, la notion de concurrence de statuts vise les cas dans lesquels les deux statuts incompatibles ont été créés dans deux États différents, autres que celui dans lequel est demandée la reconnaissance. Le for de reconnaissance ne prend pas part au *conflit international de statuts*.

Des points communs existent tout de même dans les deux hypothèses. En effet, l'incompatibilité s'apprécie toujours au regard des effets attachés aux différents statuts, ils sont alors considérés comme incompatibles lorsque leurs effets sont mutuellement exclusifs. De plus, l'incompatibilité doit être appréciée au regard des conceptions d'un État de référence, ici, l'État de reconnaissance.

928. Pour que cette coexistence, dans deux ordres juridiques différents, de statuts incompatibles devienne une situation de concurrence de statuts, nous admettons que les deux statuts, chacun de leur côté, remplissent les conditions posées à leur reconnaissance dans l'État d'accueil. Ainsi, la concurrence de statuts s'entend, dans le cadre de cette étude, comme les hypothèses dans lesquelles deux statuts, dont les effets s'excluent, coexistent dans deux États différents et se font *concurrence* quant à leur reconnaissance dans un troisième État. Cet État est, alors, partagé entre deux options concurrentes : choisir de reconnaître le premier statut ou choisir de reconnaître le second. L'exemple d'une telle concurrence pourra être celui d'un couple, qui marié aux États-Unis, enregistre un partenariat en Allemagne avant de s'installer en France. La question se pose de savoir quel statut de couple doit être reconnu en France : le mariage américain ou le partenariat allemand ?

929. Une telle situation de concurrence n'est pas particulièrement liée à la méthode de la reconnaissance, en effet les mêmes difficultés se rencontrent lorsque la circulation des statuts est réglementée par les règles de conflit, mais elle illustre les limites de l'efficacité de la méthode de la reconnaissance (§I). Répondre aux problématiques qu'elle soulève suppose alors d'adapter la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance (§II).

¹⁴⁵⁸G. P. Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », *préc.*

§ I - L'existence de statuts concurrents dans deux ordres juridiques étrangers : limite à l'efficacité de la méthode de la reconnaissance

930. Une fois définies les situations de concurrence comme celles résultant de la coexistence, dans deux États différents, de statuts incompatibles répondant tous deux aux conditions posées à la reconnaissance, l'appréciation de l'importance du phénomène suppose de déterminer quelles peuvent être les sources de cette concurrence (A).

Il apparaît alors que, quelles que soient ces sources, la concurrence soulève toujours les mêmes difficultés au regard de la méthode de la reconnaissance (B).

A. Les sources de la concurrence de statuts

931. Si les situations de concurrence de statuts ne sont pas nouvelles, il faut bien admettre que l'émergence des nouvelles formes de conjugalité et les difficultés de circulation qu'elles rencontrent multiplient les risques de concurrence. Cette concurrence peut, aujourd'hui, résulter de la création dans un État d'un statut incompatible avec un statut préexistant dans un autre État (1), mais aussi de la requalification du statut au moment où il franchit la frontière (2) ou du refus de reconnaissance de celui-ci dans son État d'accueil (3).

1. La création d'un second statut entrant en concurrence avec un statut préexistant

932. La source la plus fréquente de concurrence de statuts est la création, dans un État B, d'un statut inconciliable avec un statut préexistant dans un État A. Ces situations ne sont pas nouvelles en droit international privé et de tels exemples de concurrence se rencontrent fréquemment. C'est, par exemple le cas, lorsqu'un couple marié dans un État A divorce dans un État B ou quand un homme déjà marié dans un premier État se remarie dans un second État. Ces deux exemples illustrent les deux formes de concurrence qu'il est possible

de nommer, en suivant la terminologie du Professeur Romano¹⁴⁵⁹, la *concurrency unilatérale* et la *concurrency bilatérale*.

933. La *concurrency unilatérale* se constate lorsque les deux statuts en concurrence lient une même personne à deux personnes différentes. Ce pourra être le cas lorsqu'un conjoint déjà marié dans l'État A se marie ou enregistre un partenariat avec une tierce personne dans un État B, mais aussi lorsqu'un partenaire se marie ou enregistre un second partenariat l'unissant à une autre personne dans un nouvel État. La *concurrency unilatérale* de statuts de couple recouvre alors les situations pouvant être assimilées à de la bigamie.

934. La *concurrency bilatérale* suppose, quant à elle, que les deux mêmes personnes soient liées par les deux statuts concurrents. Différents types de situations peuvent alors être envisagés. La première hypothèse est celle où un couple lié par un statut dans un État A obtient la dissolution ou l'annulation du statut dans un État B. Ainsi que le démontre le Professeur Romano¹⁴⁶⁰, « la suppression d'un statut [peut] être constitutive d'un autre statut ». En effet, le prononcé d'un divorce, et donc la dissolution d'un mariage, aura pour effet la suppression de tout ou partie des effets du mariage. Le statut qu'est le divorce peut alors être considéré comme le pendant *négatif*, le « dé-statut » de l'union matrimoniale. Or dans les cas où un couple divorce dans un autre État que celui où a été célébrée l'union, les particuliers restent mariés dans le premier État et sont « dé-mariés » dans le second, au moins tant que le divorce n'a pas été reconnu dans ce premier État. Ils sont donc soumis dans les deux États à des statuts inconciliables, mariage et divorce, qui, s'ils remplissent les conditions posées à la reconnaissance dans un État tiers, se font concurrence dès que la question de leur reconnaissance se pose dans cet État. Il en sera, d'ailleurs, de même lorsqu'un mariage est annulé ou qu'un partenariat est dissous ou annulé dans un État autre que celui de sa formation.

Une autre hypothèse de *concurrency bilatérale* se rencontre lorsque le couple procède à la formation de plusieurs statuts de couple *positifs* dans différents États, situation qui risque de se produire de plus en plus fréquemment au regard de la difficile circulation des nouvelles formes de conjugalité. S'il est, depuis toujours, possible qu'un État ne reconnaisse pas la validité d'un mariage célébré dans un État entre deux personnes de sexe

¹⁴⁵⁹G. P. Romano, « La reconnaissance des situations en droit international privé », *préc.*, sp. 193, § 9 s., l'auteur évoque, quant à lui, les notions d'*inconciliabilités unilatérales* et *bilatérales*.

¹⁴⁶⁰G. P. Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », *préc.*, sp. 187, § 4.

différent et impose au couple de procéder à une nouvelle célébration sur son territoire¹⁴⁶¹, les divergences qui existent aujourd'hui entre les pays en ce qui concerne les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels multiplient les risques de refus de reconnaissance. Ainsi, un couple de personnes de même sexe marié dans un État pourra être obligé d'enregistrer un partenariat dans son pays d'accueil si celui-ci n'autorise que les partenariats aux couples homosexuels. De la même façon, les couples engagés dans les liens d'un partenariat dans leur État d'origine peuvent se voir imposer l'obligation de procéder à l'enregistrement d'un nouveau partenariat conforme aux prescriptions du droit interne de leur État d'accueil. En marge de ces situations dans lesquelles la formation d'un nouveau statut serait imposée par l'ordre juridique d'arrivée du couple, il est tout à fait imaginable que les particuliers choisissent de tirer profit des divergences étatiques en matière de nouvelles formes de conjugalité. Il est, en effet, possible que les couples choisissent, de leur propre chef, de créer un nouveau statut de couple dans leur pays d'accueil pour la simple raison que ce nouveau statut leur conviendrait mieux.

2. La requalification d'un statut en cas de franchissement d'une frontière

935. La seconde source de concurrence de statuts concerne exclusivement les nouvelles formes de conjugalité. Nous l'avons vu, le droit international privé rencontre deux types de difficultés en la matière. Tout d'abord, ces nouvelles institutions de couple sont peu représentées en droit comparé et seule une minorité d'États, à l'échelle de la planète, autorise les statuts conjugaux alternatifs au mariage hétérosexuel. Ensuite, il apparaît que les divergences persistent au sein même du groupe des États permissifs. De fait, si certains autorisent le mariage ou le partenariat à tous, sans considération d'orientation sexuelle, d'autres en limitent l'accès en fonction du sexe des membres du couple. Ainsi, il existe, parmi les États permissifs, des ordres juridiques qui ne connaissent pas le mariage homosexuel ou le partenariat enregistré hétérosexuel. Or, il est constant en droit international privé qu'une des réactions possibles lorsqu'un État est confronté à un statut étranger inconnu de son droit interne est qu'il accepte de le reconnaître sous une forme

¹⁴⁶¹Ce pourrait être le cas par exemple lorsque le couple ne répond pas, à la date de la première célébration, aux conditions posées par l'ordre juridique d'accueil.

conforme aux dispositions locales. La circulation du statut étranger se fait alors au prix de sa transformation, de sa requalification.

936. L'article 45 de la Loi suisse de droit international privé offre l'exemple d'une telle requalification. Selon ce texte, un mariage homosexuel étranger sera reconnu en Suisse comme un partenariat enregistré. À l'inverse, un État qui n'ouvre le partenariat qu'aux couples de personnes de même sexe pourrait choisir de reconnaître un partenariat étranger conclu entre personnes de sexe différent comme un mariage. Dans de telles situations, la reconnaissance du statut entraîne une telle transformation du statut qu'il est possible d'en déduire la coexistence de deux statuts différents de part et d'autre de la frontière. Dès lors, la transformation du statut au moment du franchissement de la frontière peut être assimilée aux situations de création d'un nouveau statut. Dans le premier État, les particuliers sont considérés comme des époux et se voient octroyer les effets liés à l'union matrimoniale alors que dans l'État de reconnaissance, ils sont perçus comme des partenaires soumis aux effets des partenariats. Dans de telles hypothèses, il est possible que le couple s'installe dans un troisième État et y réclame la reconnaissance de leur statut de couple. Or si les deux statuts, le partenariat et le mariage remplissent tous les deux les conditions que cet État impose lors de la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance, la question de la concurrence des statuts réapparaît.

3. La non-reconnaissance dans un État du statut précédemment créé dans un autre État

937. La dernière source de concurrence de statuts est la non-reconnaissance dans un État du statut préalablement créé dans un autre État. Ainsi que le souligne le professeur Romano, dans de telles hypothèses « les particuliers qui, pour l'État A, sont co-titulaires du statut que celui-ci leur a attribué, ne le sont pas pour l'État B, pour lequel ils continuent en général d'être titulaires du statut qu'ils détenaient avant l'attribution dans A du statut non reconnu dans B »¹⁴⁶². L'exemple d'une telle situation peut être celle d'un couple marié dans l'État A qui réclame dans l'État B la reconnaissance de son mariage. Si cet État B refuse de reconnaître le mariage, le couple sera considéré comme marié dans l'État A et

¹⁴⁶²G. P. Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », *préc.*, sp. 205, § 25.

comme « non-marié » dans l'État B. Le refus de reconnaissance engendre ainsi un *conflit international de statuts* entre ces deux États. Or chacun de ces deux statuts, l'un cristallisé par la célébration du mariage et l'autre par l'acte public éventuellement juridictionnel refusant la reconnaissance, pourrait remplir les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans un État C. Si tel devait être le cas, cet État pourrait être partagé entre l'obligation de reconnaître chacun des deux statuts ce qui permet d'affirmer qu'il serait confronté à une situation de concurrence de statuts.

B. La dynamique entre la concurrence de statuts et la méthode de la reconnaissance

938. De telles situations permettent de démontrer que si la méthode de la reconnaissance peut incontestablement être présentée comme une « *méthode de solution* et plus exactement de *prévention* du *conflit international de statuts* »¹⁴⁶³, elle ne saurait prévenir l'existence d'un tel conflit de statuts en toute circonstance. Les *conflits internationaux* issus de la concurrence de statuts créés dans deux États ne peuvent être résolus par la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance par un État tiers. C'est, là, la limite la plus flagrante à l'efficacité de la méthode : celle-ci devient totalement impuissante à restaurer la permanence du statut personnel dès lors que le conflit de statuts se réalise entre deux États tiers. En effet, lorsque deux statuts inconciliables existent l'un dans un État A et l'autre dans l'État B, aucune des actions de l'État C ne saurait mettre fin à la coexistence, dans l'ordre international, de deux statuts contradictoires. Quoi qu'il fasse, les particuliers resteront soumis au statut A dans l'État A et au statut B dans l'État B.

939. Face à de telles situations, il ne reste à l'État C que le soin de déterminer quel sera leur statut dans son ordre juridique. C'est à cette seule question que le jeu, dans cet État, de la méthode de la reconnaissance pourra répondre. Plusieurs options lui sont alors ouvertes.

940. En premier lieu, il pourrait choisir, en raison de la coexistence des différents statuts, de refuser de les reconnaître l'un et l'autre. Refusant de prendre parti pour l'un des statuts préexistants ou de les combiner, il peut décider d'émettre son propre point de vue en créant lui-même un nouveau statut ayant vocation, lui, à exister dans son ordre juridique. En effet,

¹⁴⁶³*Ibid.*, sp. 206, § 29.

l'application de la méthode de la reconnaissance ne permettant pas, dans ces hypothèses, de répondre à son objectif premier — assurer la permanence du statut personnel des particuliers concernés — elle pourrait être écartée. Ainsi un État confronté à la question de la circulation d'un couple marié dans l'État A et partenaire dans l'État B pourrait décider de lui faire enregistrer un nouveau partenariat sur son territoire. Dans un tel cas, la dynamique *entre le conflit international de statuts* et le refus de reconnaissance est renversée. S'il est classiquement avancé que le refus de reconnaissance risque d'engendrer le conflit de statuts, ici, c'est le conflit de statuts qui justifie le refus de reconnaissance.

941. Un tel choix ne saurait, toutefois, pas être retenu. En effet, si les deux statuts étrangers remplissent les conditions nécessaires à leur reconnaissance, il ne semble pas que leur seule coexistence suffise à l'interdire. Au surplus, loin de favoriser la circulation du couple, une telle solution aurait pour conséquence de fragmenter encore plus le statut personnel de chacun des membres du couple qui serait soumis à trois statuts différents selon l'ordre juridique pris comme référence. Or si la méthode ne permet pas, ici, d'assurer la permanence du statut, elle permet, au moins, d'éviter de lui porter une atteinte plus importante. Le recours à cette méthode se justifie alors pleinement.

942. Deux options restent alors ouvertes au for de reconnaissance : il peut choisir de reconnaître l'un des deux statuts ou de les reconnaître tous les deux. Le choix n'est ici pas anodin et entraîne des conséquences dont l'importance varie selon la source de la concurrence de statuts. Toute d'abord, l'impact de ce choix est particulièrement flagrant lorsque l'un des statuts est un statut *positif*, qui engendre l'existence d'un réseau de droits et obligations liant les deux membres du couple, et l'autre un statut *négatif*, ou « dé-statut », dont l'effet est précisément la suppression des effets du statut *positif* préexistant. En effet, si le choix de reconnaître les deux statuts est frappé du sceau de l'impossibilité logique, choisir de reconnaître l'un ou l'autre des statuts commande des résultats profondément différents selon le statut retenu. Reconnaître le statut *positif* revient à considérer les parties comme étant liées, dans l'État C, par le réseau de droits et obligations qui en découle alors que le choix inverse, celui de reconnaître le « dé-statut », implique que les parties en soient déliées dans cet État. Ensuite, lorsque les deux statuts sont des statuts *positifs* liant une seule personne à deux personnes différentes, comme par exemple en cas de mariages polygamiques, les conséquences du choix sont, de façon analogue, immédiatement perceptibles. Soit les deux mariages sont reconnus, et dans ce cas leurs

effets sont combinés dans l'ordre juridique d'accueil, soit seul l'un des deux l'est. Dans de telles hypothèses, seule l'une des épouses pourra bénéficier du statut de conjointe.

943. L'impact du choix sera, en revanche, plus subtil lorsque les deux statuts correspondent à des statuts *positifs* liant les deux mêmes personnes. En effet, si un couple a choisi d'enregistrer un premier partenariat dans un État A puis un second dans un État B, la sélection du partenariat à reconnaître peut sembler sans importance. L'essentiel n'est-il pas, après tout, que les particuliers soient considérés comme étant partenaires dans leur État d'accueil ? Il en est de même lorsqu'un couple a fait célébrer deux mariages consécutifs dans deux États différents. Il importe *a priori* peu que ce soit le premier ou le second mariage qui soit reconnu (ou même les deux) si dans tous les cas les parties sont conjoints aux yeux de l'ordre juridique de reconnaissance. Il s'avère toutefois que le choix du ou des statuts reconnus revêt une importance certaine au regard de la portée attribuée à la méthode de la reconnaissance. En effet, si la méthode vise à garantir la circulation de la validité du statut étranger, elle a aussi pour effet d'assurer la circulation de ses effets épuisés à la date de la reconnaissance. Ainsi, lorsque le choix se porte sur le statut A, les particuliers se voient octroyer, dans l'ordre juridique d'accueil, les effets épuisés liés au statut A. Si le choix penche, à l'inverse, vers le statut B, ce sont les effets épuisés du statut B qui y seront reconnus. Il est dès lors impératif que l'ordre juridique d'accueil se prononce explicitement sur l'identité du ou des statuts qu'il reconnaît, et ce afin de déterminer la nature des effets à reconnaître. Le choix pourra aussi avoir un réel impact au stade la détermination des effets encore à venir au moment de la reconnaissance. Par exemple, la règle de conflit française relative aux partenariats enregistrés donne compétence à la loi de l'autorité d'enregistrement. Et si l'essentiel des effets visés par cette règle de conflit pourraient être considérés comme des *effets épuisés* par l'enregistrement du statut¹⁴⁶⁴, il n'est pas impossible que certains d'entre eux restent encore à déterminer après la reconnaissance. Le choix de reconnaître l'un ou l'autre des partenariats influe alors directement sur l'établissement de l'élément de rattachement mis en œuvre et, par là, la désignation de la loi applicable, en France, à ces effets. Il influera de la même manière sur la détermination de la loi régissant les effets patrimoniaux des partenariats dans les situations où les partenaires n'ont pas eux-mêmes choisi la loi applicable à la question. De fait, l'article 26 du règlement européen compétent en la matière¹⁴⁶⁵ prévoit que ces effets sont soumis à la

¹⁴⁶⁴V. supra § 863 s.

¹⁴⁶⁵Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats

loi de l'État selon la loi duquel le partenariat a été enregistré. En matière de mariage, le choix de l'union reconnue influencera tout autant, bien que de façon différente, la désignation de la loi applicable au régime matrimonial. En l'absence de choix de loi, l'article 26 du règlement européen applicable au régime matrimonial¹⁴⁶⁶ énonce que la loi compétente sera celle du premier domicile commun après la célébration, à défaut, celle de la nationalité commune des époux à la date de la célébration ou, encore à défaut, celle qui, à cette même date, présente les liens les plus étroits avec les époux. Si, ici, ni le lieu ni l'autorité de célébration ne sont retenus comme élément de rattachement, la célébration du mariage permet de fixer la date à laquelle l'élément de rattachement doit être apprécié. Le choix de reconnaître le premier ou le second des mariages n'a pas alors pour effet de modifier le lieu de concrétisation du rattachement, mais celui de modifier le moment auquel il est pris en compte. Ainsi, si la résidence habituelle du couple ou la nationalité de l'un des époux devait changer entre la célébration du premier mariage et celle du second, la loi applicable à leur régime matrimonial changerait elle aussi.

944. De façon plus marquée, lorsque le couple est engagé à la fois par les liens du mariage et par ceux du partenariat enregistré dans deux États différents, le choix du statut à reconnaître influera autant sur les effets épuisés reconnus dans l'ordre juridique d'accueil que sur la nature des règles de conflit compétente pour en déterminer les effets à venir. Il est indéniable alors que la méthode de la reconnaissance ne saurait être mise en œuvre sans que la question de la concurrence des statuts ne soit résolue.

§ II - Le traitement de situations de concurrence de statuts : l'adaptation de la méthode de la reconnaissance

945. Les situations de concurrence de statuts peuvent être résolues de deux manières différentes. La première option ouverte au for d'accueil consiste à reconnaître les deux statuts étrangers, ce qui suppose nécessairement qu'il en concilie les effets sur son territoire (A). La seconde option est, au contraire, de ne reconnaître qu'un seul des statuts créés à l'étranger (B).

enregistrés.

¹⁴⁶⁶Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

A. La reconnaissance des deux statuts : la conciliation de leurs effets

946. La question de la concurrence de statuts étrangers remplissant tous deux les conditions entourant leur circulation n'est pas nouvelle. Les difficultés qui en résultent ne sont, d'ailleurs, pas particulièrement liées à la méthode de la reconnaissance. Quelle que soit la méthode mise en œuvre pour assurer la circulation des situations, la concurrence soulève les mêmes problématiques. Un premier exemple de conciliation des effets de statuts concurrents peut alors se trouver dans la jurisprudence française. Un second exemple se rencontre dans la Convention de Munich sur la reconnaissance des partenariats enregistrés. Or, ces deux exemples (1) permettent de démontrer que le principe de conciliation présente certaines limites (2). Il apparaît alors que la conciliation ne pourra pas être mise en œuvre en toute circonstance.

1. Exemples de conciliation des effets des statuts

947. Les liens unissant la France à certains pays autorisant la polygamie ont régulièrement amené les autorités françaises à se prononcer sur la validité et les effets, en France, d'unions polygamiques célébrées à l'étranger. L'une des affaires les plus connues en la matière a donné lieu aux arrêts Chemouni¹⁴⁶⁷. Dans cette affaire, un homme tunisien avait épousé, en Tunisie, une première puis une seconde épouse avant de s'installer en France avec femmes et enfants. Après quelques années, la seconde épouse, abandonnée au profit de la première, avait saisi les autorités françaises d'une demande de contribution aux charges du mariage. Les autorités devaient alors vérifier si son mariage, le second donc, pouvait être considéré comme valable et se voir octroyer des effets en France. À la question de la validité de l'union, l'effet atténué de l'ordre public avait permis de répondre par l'affirmative. Le second mariage ayant été valablement célébré à l'étranger, l'ordre public ne pouvait s'opposer à la reconnaissance de sa validité en France. À la seconde question, les autorités françaises avaient aussi répondu par l'affirmative en condamnant Monsieur Chemouni à contribuer aux charges de son second mariage.

¹⁴⁶⁷Civ. 1^{re}, 28 janvier 1958 et 19 février 1963, *Chemouni*, *Bull.*, 1963, I, n° 108 ; *RCDIP*, 1963, p. 559, note G. H. ; *JDI*, 1963, p. 986, note Ponsard ; *Rec. Gen. Lois*, 1963, p. 315, note Droz ; *Bull.*, 1958, I, n° 60, *JCP*, 1958 éd. G, II, 10488, note P. Louis-Lucas ; *RCDIP*, 1958, p. 110, note Jambu-Merlin ; *JDI*, 1958, p. 776, note Ponsard ; *D.*, 1958, p. 265, note Lenoan ; *GAJDIP*, n° 30 et 31.

948. Dans cette affaire, les deux mariages étrangers avaient été célébrés dans un seul et même État, celui-ci autorisant la polygamie. Il n'existait dès lors aucun *conflit international de statuts* en l'espèce, pas plus qu'il n'existait de *conflit interne* de statuts aux yeux de l'ordre juridique tunisien. L'affaire permet toutefois de démontrer que l'ordre juridique français a déjà accepté, et ce à plusieurs reprises, de reconnaître la validité de deux statuts concurrents et, *a priori*, inconciliables au sens de son droit interne. Et une fois admise la validité de deux statuts en France, les autorités françaises devaient logiquement se prononcer sur les effets qu'elles acceptaient d'accorder à chacun d'entre eux, ce qui suppose d'en concilier les effets. La jurisprudence française en matière de polygamie permet plusieurs remarques relativement à cette conciliation. La première touche aux limites de la conciliation qui ne saurait être automatique. En effet, il est désormais acquis qu'un second mariage ne se voit reconnaître aucun effet sur le territoire français lorsque la première épouse est française¹⁴⁶⁸. Ainsi, la Cour de cassation a pu énoncer en 2011 que « la conception française de l'ordre public international s'opposait à ce que le mariage polygamique contracté en Algérie par celui qui savait être encore l'époux d'une Française produise des effets en France ». La solution est, aujourd'hui, plus stricte que celle précédemment posée dans l'arrêt *Baaziz*¹⁴⁶⁹ selon laquelle l'ordre public interdisait qu'un mariage polygamique puisse produire, en France, des *effets allant à l'encontre de la première épouse française*. Ainsi, si, en 1988, un second mariage pouvait se voir octroyer certains effets en France, tant que ceux-ci ne portaient pas atteinte aux intérêts de l'épouse française, il ne pourra plus, aujourd'hui, en produire aucun dès lors que la première épouse est française. Apparaît, ici, la principale limite posée, en France, à la conciliation des effets de deux mariages concurrents : elle ne peut être envisagée que dans les situations où aucun Français n'est concerné par la situation de polygamie. En effet, dès lors que l'une des personnes mises en cause est de nationalité française, soit le mariage est considéré comme nul sur le territoire français, soit il est valable, mais ne peut produire aucun effet en France¹⁴⁷⁰. Et la question peut, dans ces hypothèses, se poser de savoir quel peut être l'intérêt de reconnaître la validité d'un mariage auquel on n'accorde aucun effet.

¹⁴⁶⁸ Civ. 2, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27.864, *RCDIP*, 2012, p. 339, P. Lagarde, « Refus d'une pension de réversion opposé à la seconde épouse d'un étranger polygame ».

¹⁴⁶⁹ Civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, *RCDIP*, 1989, p. 71, note Y. Lequette.

¹⁴⁷⁰ En effet, les seules situations dans lesquelles le second mariage pourra se voir reconnaître des effets sur le territoire français sont celles où tant l'époux que les deux épouses sont étrangers. Si l'époux ou la seconde épouse était de nationalité française, le second mariage serait nul au regard des dispositions françaises applicables à ses conditions de fond, il ne pourrait donc produire aucun effet en France. Si la première épouse est française alors que l'époux et la seconde épouse sont étrangers et de statut polygamique, le mariage pourra être considéré comme valable, mais ne pourra produire aucun effet en France.

949. La seconde remarque porte sur la façon dont la conciliation est opérée. Il apparaît, tout d'abord, que la combinaison des effets des deux mariages se fait au cas par cas par la jurisprudence, chaque affaire donnant l'opportunité aux juridictions françaises de se prononcer sur un effet en particulier. Il faut souligner que la « jurisprudence raisonne [...] comme s'il existait deux unions indépendantes l'une de l'autre »¹⁴⁷¹, chacune pouvant se voir octroyer les effets qui lui sont attachés par la loi compétente. La recherche de la loi applicable aux effets des mariages se fait, alors, uniquement au regard des « rapports des conjoints pris deux à deux, mais non en ce qui concerne la situation polygamique en son ensemble »¹⁴⁷². Ainsi, l'effort de conciliation ne se constate pas au stade du choix de loi, mais au moment de l'application de la loi appelée à régir chacun des effets de l'une ou l'autre des unions. Pour parvenir à faire cohabiter au sein d'un même ordre juridique deux statuts *a priori* inconciliables, les juridictions françaises procèdent de différentes manières selon les effets concernés. Les effets qui ne placent pas les différentes épouses en situation de concurrence ne posent aucune réelle difficulté et peuvent être reconnus à chacun des mariages. Prenons l'exemple de la présomption de paternité dans le cadre du mariage. Lorsqu'un enfant naît du premier mariage et que la loi nationale de sa mère prévoit que l'époux de la mère est présumé être le père de l'enfant, alors la filiation sera établie entre l'enfant et ledit époux malgré l'existence d'un second mariage. De la même façon, lorsqu'un enfant naît de la seconde épouse et que la loi nationale de celle-ci pose une présomption équivalente, alors la filiation de l'enfant pourra être établie à l'égard de son père polygame. Chaque union est traitée de façon autonome et les effets réclamés n'étant pas exclusifs et n'entrant pas en concurrence, ils peuvent jouer concomitamment dans l'ordre juridique français. D'autres effets seront, quant à eux, exclusifs les uns des autres en ce sens que leur réalisation exclut l'existence ou les effets de l'autre union matrimoniale. Il en est ainsi de l'obligation de fidélité ou de l'interdiction de la bigamie. Lorsque la célébration d'un mariage entraîne de tels effets, ceux-ci interdisent la formation, ou la consommation, d'un autre mariage. Dans ces hypothèses, les effets concernés ne jouent pas en France. Ainsi, l'interdiction de la polygamie posée par la loi applicable au premier mariage n'interdira pas la reconnaissance du second. La dernière catégorie d'effets recouvre ceux qui placent les deux épouses dans une situation de concurrence l'une envers l'autre. Il s'agit essentiellement des effets patrimoniaux liés au statut de conjoints. Certains d'entre eux sont partagés entre les deux épouses — et donc reconnus aux deux unions —,

¹⁴⁷¹B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP, préc.*, p. 280, §10.

¹⁴⁷²*Ibid*

alors que d'autres ne sont octroyés qu'à l'une d'entre elles — et donc à l'une seule des unions. Ainsi, en matière d'assurance maladie, une seule des épouses peut être prise en compte pour un même assuré social, qu'il s'agisse de la première épouse qui en fait la demande¹⁴⁷³ ou de celle qui vit en France alors que l'autre réside encore à l'étranger¹⁴⁷⁴. À l'inverse, le droit aux obligations alimentaires découlant du mariage¹⁴⁷⁵, le droit au statut de conjoint survivant dans la succession de l'époux prédécédé¹⁴⁷⁶, le droit à sa part dans la communauté¹⁴⁷⁷ ou le droit à la pension de réversion¹⁴⁷⁸ sont partagés entre chacune des épouses.

950. La Convention de Munich sur la reconnaissance des partenariats enregistrés¹⁴⁷⁹ offre un second exemple de conciliation des effets des statuts concurrents. Dans ce texte, la question de la conciliation des statuts passe, comme dans la jurisprudence française, par le biais de la conciliation de leurs effets. Les situations de concurrence visées par le texte prennent toutefois une forme très différente de celles évoquées précédemment. En effet, la Convention offre une solution aux situations de concurrence bilatérale, c'est-à-dire lorsque les deux personnes sont liées par les deux statuts concurrents, ici des partenariats enregistrés.

951. Les articles 4 et 5 du texte énumèrent les effets d'état civil qui pourront être reconnus en même temps que le partenariat, c'est-à-dire l'interdiction de se marier ou d'enregistrer un partenariat avec une tierce personne et les effets relatifs au nom. L'article 6 vise, quant à lui, les situations dans lesquelles les partenaires ont fait enregistrer plusieurs partenariats dans différents États et répond à la question de savoir « duquel des deux partenariats successifs il convient de reconnaître les effets »¹⁴⁸⁰. Sur ce point, la Convention prévoit que les effets mentionnés aux articles 4 et 5 doivent être reconnus dans l'État d'accueil même s'ils ne sont pas prévus dans la loi de tous les États d'enregistrement. Ainsi, il suffit que la loi d'un seul des partenariats attache de tels effets

¹⁴⁷³Soc., 1 mars 1973, *RCDIP*, 1975, p. 54, note Graulich ; *JDI*, 1974, p. 834, note de La Pradelle.

¹⁴⁷⁴Soc., 8 mars 1990, *RCDIP*, 1991, p. 694, note J. Déprez.

¹⁴⁷⁵Civ. 1^{re}, 28 janvier 1958, *Bull.* 1958, I, n° 60, *JCP G*, 1958, II, 10488, note P. Louis-Lucas ; Civ. 1^{re}, 19 février 1963, *Bull.* 1963, I, n° 108.

¹⁴⁷⁶Civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, *Beneddouche*, *RCDIP*, 1980, p. 331, note Batiffol ; *JDI*, 1980, p. 327, note Simon-Depitre, *GAJDIP*, *préc.*, n° 61.

¹⁴⁷⁷Toulouse, 22 mars 1982, *JCP*, 1984, II, 20185, note Boulanger ; *RTD civ.*, 1983, p. 330, ob. Nerson et Rubellin-Devichi.

¹⁴⁷⁸Civ. 2^e, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21.816 ; Civ. 2^e, 2 mai 2007, pourvoi n° 06-11.418.

¹⁴⁷⁹Convention du CIEC sur la reconnaissance de partenariats signée le 5 septembre 2007 à Munich, *préc.*

¹⁴⁸⁰Rapport explicatif de la Convention sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, p. 20 (disponible sous le texte de la Convention n° 32 à l'adresse http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/3BoAAOTIYA14cG1sRHdXUUR3BgA).

au statut pour qu'ils puissent être reconnus dans le for de reconnaissance. Le rapport explicatif indique qu'il n'existerait pas de risque de contradictions alors même que les partenariats successifs produiraient des effets contradictoires ou inconciliables¹⁴⁸¹. Il apparaît toutefois que la Convention ne règle pas toutes les difficultés qui pourraient découler de l'inconciliabilité des effets attachés aux différents partenariats. Ainsi, en vertu de ce texte, lorsque la loi de l'un des partenariats interdit la bigamie, cet effet devra être reconnu. Il semble alors que lorsque la loi du premier partenariat interdit la formation d'un second statut de couple, cet effet devra être reconnu et la reconnaissance du second partenariat devra être refusée¹⁴⁸². En revanche, la question reste en suspens lorsque la loi du second partenariat connaît une telle prohibition. Faut-il, dans de telles hypothèses, reconnaître la validité des deux statuts étrangers et considérer que l'interdiction de bigamie, liée au second des statuts, prohibe l'enregistrement d'un troisième partenariat dans l'ordre juridique de reconnaissance ? De la même manière, le rapport indique qu'en matière de nom, la déclaration faite par l'un des partenaires conformément à l'une des lois en présence suffit et que le nom sera reconnu, quand bien même l'autre loi ne l'autoriserait pas¹⁴⁸³. Si la solution est claire lorsque les partenaires n'ont fait qu'une seule déclaration, elle est plus incertaine en cas de déclarations contradictoires faites par chacun des partenaires¹⁴⁸⁴ ou dans différents États.

2. Les limites de la conciliation des effets des statuts concurrents

952. En définitive, ces deux exemples autorisent un certain nombre de remarques quant à la pertinence de la conciliation des effets des statuts concurrents.

En premier lieu, il est incontestable qu'une telle conciliation peut s'avérer efficace en cas de concurrence unilatérale. Lorsqu'une seule personne cumule les deux statuts, il est possible de reconnaître la validité et les effets épuisés de chacun d'entre eux et de soumettre leurs effets à venir aux différentes règles de conflit compétentes. Les difficultés résultant de l'inconciliabilité des effets attachés aux statuts n'apparaissent que lorsque ces

¹⁴⁸¹*Ibid.*

¹⁴⁸²G. Goldstein et H. Muir-Watt, « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *préc.*, sp. 1095, § 22.

¹⁴⁸³Rapport explicatif, *préc.*, p. 20.

¹⁴⁸⁴G. Goldstein et H. Muir-Watt, « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *préc.*, sp. 1095, § 22.

effets s'excluent mutuellement (par exemple lorsque la création du statut de couple implique une obligation de fidélité) ou placent les particuliers en situation de concurrence (par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer les droits de chaque épouse en matière de succession, de pension de réversion, d'assurance maladie...). Il appartient alors à l'État de reconnaissance de se prononcer, au cas par cas, sur les différents effets en cause pour définir les modalités selon lesquelles ils devront être conciliés. Si la solution n'est pas parfaite, l'exemple de la jurisprudence en matière de mariage polygamique permet de constater qu'elle s'avère relativement efficace en cas de concurrence unilatérale, notamment en ce qu'elle permet de protéger au mieux les intérêts des différents particuliers en cause. De fait, autoriser les deux statuts à produire des effets dans l'ordre juridique français revient à offrir la protection découlant de la qualité de conjoint aux deux épouses, ce qui ne serait pas le cas si la France ne reconnaissait que l'un des mariages célébrés à l'étranger. À la lumière de ces considérations, il apparaît que le mécanisme de conciliation des effets des statuts devrait être mis en œuvre dans toutes les situations de concurrence unilatérale de statuts, qu'il s'agisse d'une concurrence entre deux mariages, entre deux partenariats ou entre un mariage et un partenariat. Ainsi, dans les hypothèses où un particulier X a enregistré plusieurs partenariats successifs avec les différentes personnes A et B, l'ordre juridique de reconnaissance devrait reconnaître la validité des différents partenariats (dans la mesure où ils sont effectivement valables dans leur ordre juridique d'origine et remplissent les conditions posées à la reconnaissance) et leur accorder les effets prévus par les différentes lois compétentes. Ceci permettra d'assurer, au moins dans une certaine mesure, la protection des intérêts de A et B. Bien sur, la reconnaissance de la validité de deux statuts incompatibles au sens du droit français soulève la question de l'intervention de l'ordre public. Toutefois, de la même façon qu'en matière de mariage polygamique, l'effet atténué de l'ordre public devrait être mis en œuvre afin d'autoriser la reconnaissance de statuts qui ont été valablement constitués à l'étranger. Restera alors aux autorités françaises le soin de concilier au cas par cas les effets des différents statuts qui pourraient entrer en concurrence.

953. En revanche, une telle conciliation ne saurait être viable lorsque la concurrence prend une forme bilatérale. Dans certains cas, cette conciliation fait face à une impossibilité logique. Il est, en effet, impossible de considérer, au sein d'un même ordre juridique, qu'un couple est à la fois marié et « non-marié » ou que ses membres sont en même temps partenaires et « non-partenaires ». Ainsi quand la concurrence se constate

entre un statut *positif* et son opposé *néгатif*, il est impossible de reconnaître la validité et les effets des deux différents statuts. L'État de reconnaissance est alors dans l'obligation de faire un choix entre les deux à reconnaître.

D'autres difficultés existent lorsque les deux statuts sont des statuts positifs. Dans de telles hypothèses, si les deux sont reconnus (qu'il s'agisse de mariages ou de partenariats enregistrés), leurs effets entrent nécessairement en concurrence et ne peuvent que rarement être conciliés. Prenons l'exemple d'un couple marié dans un État A et partenaire dans un État B. Si le mariage et le partenariat sont considérés comme valables en France alors ils doivent, normalement, produire des effets dans cet État. Plus précisément, si l'un des membres du couple décède, se posera la question des droits que détient le survivant dans la succession du défunt. Il est alors possible que, selon le statut A, ce survivant ait des droits en tant que conjoint survivant, mais qu'il n'en détienne aucun au regard de sa qualité de partenaire au sens du statut B. Sur ce point, l'effet A et l'effet B sont concurrents (ils ont tous les deux vocation à se produire en France) *et* exclusifs (la production de l'effet A exclut celui de l'effet B et vice versa). Et il est impossible de les concilier en ce sens qu'il est impossible pour une personne de se voir en même temps reconnaître et refuser un même droit. L'impossibilité de concilier les deux effets se constaterait aussi si les deux statuts octroyaient des droits de nature ou d'un montant différents au survivant. Si, sur la base du statut A, un quart de la succession est octroyé en pleine propriété au survivant alors que le statut B lui en accorde la moitié en nue propriété, alors les effets sont de la même façon concurrents et exclusifs dans la mesure où ils ne peuvent être réalisés concomitamment.

954. En réalité, pour que les effets puissent être conciliés, il faudrait qu'ils soient identiques. Or de telles situations seront relativement rares et ceci que les statuts soient de la même nature ou de nature différente. Prenons l'exemple d'un couple ayant enregistré deux partenariats dans deux États différents. Lors de la reconnaissance de ces deux statuts, leur ordre juridique d'accueil reconnaît les effets épuisés qui leur sont attachés dans leurs ordres juridiques créateurs respectifs. Chacun de ces ordres juridiques désignant les lois compétentes à la question en vertu de ses propres règles de conflit, le risque est grand que les lois applicables aux deux statuts soient d'origine différente et divergent profondément sur les effets qu'elles accordent aux partenariats. Le risque est le même pour les effets à venir de ces statuts dans la mesure où un certain nombre des règles de conflit qui leur sont

applicables retiennent l'autorité d'enregistrement comme élément de rattachement et donc désignent deux lois applicables différentes pour les deux partenariats.

955. La situation est similaire lorsque les deux statuts sont des mariages. Les deux unions ayant été successivement célébrées dans deux États, les effets épuisés de chacune d'entre elles sont soumis aux règles de conflit de ces États et peuvent, de ce fait, diverger. Le risque de divergence est encore plus marqué lorsque les deux statuts concurrents sont un mariage et un partenariat enregistré. Les effets de ces deux formes de couple sont soumis, non seulement à des règles de conflits, mais aussi à des dispositions matérielles différentes. En effet, ces deux institutions se distinguent, dans un certain nombre d'États, par les effets qu'elles produisent. Or, nous l'avons vu, dès que les deux statuts entraînent des effets concurrents et différents, leur conciliation est impossible. Il est, en effet, impossible que les deux effets se produisent en même temps, il faut nécessairement que l'un d'entre eux prime l'autre. Il apparaît alors que la solution proposée par la Convention de Munich ne revient pas à concilier les effets des statuts, dans la mesure où l'un prévaut sur l'autre en cas de divergence, mais à concilier les statuts dans leur globalité, ceci en admettant que chacun d'entre eux puisse produire certains de ses effets.

956. Il en découle que la position de la Convention consiste, en réalité, à puiser, dans chacun des statuts en cause, les effets qui répondent à une certaine conception des partenariats enregistrés. En effet, en admettant qu'un effet soit reconnu à la condition qu'il soit prévu par la loi attachée à un seul des partenariats, elle se montre favorable à la réalisation de cet effet. Il suffit, pour que le couple voit son nom reconnu, que la déclaration faite par les partenaires soit conforme à la loi applicable à l'un des statuts, peu importe l'opposition de l'autre loi. L'interdiction de la bigamie jouera, elle aussi, dès qu'elle est prévue par une seule des lois en présence. Cela revient, finalement, à protéger une certaine vision du partenariat comme étant une relation de couple monogame autorisant une modification du nom des partenaires. De plus, derrière cet effort de conciliation apparaît un danger nouveau : celui de transformer les statuts reconnus en leur attachant des effets recherchés dans différentes lois. Le danger est, certes, limité dans le cadre de la Convention qui ne traite que de deux effets des partenariats. Les autres, exclus de son domaine, restent soumis au droit international privé et aux règles de conflits de chaque État. Ici apparaît alors la principale limite de l'utilité de la Convention : celle-ci supposant que les deux statuts soient reconnus et une grande partie des règles de conflit

retenant l'autorité ou l'État d'enregistrement comme élément de rattachement, les États seront bien en peine de trouver une seule loi applicable à la détermination des effets des deux statuts reconnus. La Convention ne résout pas les difficultés inhérentes à la concurrence de statuts, mais les déplace.

En effet, l'ordre juridique d'accueil des statuts devra être en mesure de décider quels effets ceux-ci sont appelés à produire sur son territoire. L'une des possibilités qui lui sont ouvertes est alors de suivre la logique de la Convention. Dans la volonté de concilier les deux statuts, il pourrait rechercher leurs effets dans les lois applicables à chacun d'entre eux. En cas d'inconciliabilité, il pourrait, à l'instar de la Convention, choisir d'en faire primer l'un sur l'autre au regard du résultat concret auquel il conduit. Par exemple, il pourrait décider que les partenariats ouvrent des droits en matière de succession, ou d'adoption, ou d'obligation alimentaire si la loi applicable à l'un d'entre eux l'autorise.

957. Si une telle solution était mise en œuvre, le risque serait grand de mener à la reconnaissance d'un statut qui n'existe finalement nulle part. Puisant de ça, de là, des effets dans deux statuts différents, le for de reconnaissance reconstruirait un statut « patchwork » qui ne correspond à aucun des statuts enregistrés à l'étranger. Or une telle solution porterait indéniablement atteinte à la permanence du statut et aux prévisions légitimes des parties.

958. Il apparaît alors que les objectifs de la méthode de la reconnaissance imposent que le for de reconnaissance choisisse le statut qu'il accepte d'accueillir dans son ordre juridique lorsqu'il est confronté à une situation de concurrence bilatérale.

B. La reconnaissance d'un seul des statuts : le choix du statut prévalent

959. S'il est admis que le for de reconnaissance doit choisir le statut qui sera reconnu, il faut définir les critères en vertu desquels ce choix doit être fait.

Il est des situations dans lesquelles le choix ne pose pas de réelles difficultés. La plus flagrante d'entre elles est celle où le conflit de statuts résulte du défaut de reconnaissance dans un État B d'un statut préalablement créé dans un État A. Dans de telles hypothèses, il convient d'admettre que le refus de reconnaissance, prononcé par

l'État B pour des raisons qui lui sont propres et n'ayant normalement qu'une vocation territoriale, ne devrait pas avoir pour conséquence d'interdire la reconnaissance en France d'un statut qui répond à toutes les conditions prescrites par les règles de droit international privé françaises. Ici, le premier statut devrait prévaloir sur le second.

À l'inverse, lorsque le conflit se constate entre un premier statut positif et un second statut négatif, c'est le second qui devrait être reconnu. Ainsi en est-il lorsque le second statut est un divorce ou l'annulation d'un mariage, mais aussi lorsqu'il consiste en la dissolution ou l'annulation d'un partenariat. Le Professeur Lagarde recommande, lorsque le statut négatif a été cristallisé par une décision rendue dans un État membre, de faire primer ce second statut en raison de l'obligation de reconnaissance posée par le règlement Bruxelles II bis. De façon plus générale, la suppression du statut devrait primer sa formation dans la mesure où elle intervient, le plus fréquemment, à la demande d'au moins un des membres du couple. Elle peut alors être considérée comme l'expression la plus récente de la volonté du couple. Au surplus, reconnaître systématiquement le statut positif au détriment du statut négatif aurait pour effet concret d'imposer aux couples mariés ou partenaires dans un État et ayant dissous ou fait annuler leur relation dans un autre État de recommencer une procédure de dissolution ou d'annulation en France.

960. Restent alors les situations dans lesquelles les deux statuts concurrents sont des statuts positifs. Dans de telles situations, certains États ont pu choisir de faire primer l'un des statuts en fonction d'un critère chronologique (1). Il semble toutefois que la volonté des parties pourrait être un critère de sélection particulièrement utile dans le cadre de la méthode de la reconnaissance (2) et qu'à défaut de volonté commune de leur part, l'ordre juridique de reconnaissance pourrait se fonder sur l'effectivité des statuts en cause (3).

1. Le choix fondé sur un critère chronologique

961. Tant le droit allemand que le droit belge choisissent de régler certaines situations de statuts concurrents par un choix fondé sur un facteur chronologique. Ainsi, l'article 17 b. §3 EBGBG prévoit que lorsqu'il existe plusieurs partenariats liant, dans différents États, les mêmes personnes, le partenariat créé en dernier est déterminant pour les effets et

conséquences mentionnés au premier paragraphe de l'article. C'est ainsi, le dernier des statuts qui prime les autres. À l'inverse, l'article 60 du Code de droit international belge indique que la relation de vie commune est soumise au droit de l'État sur le territoire duquel s'est réalisé le premier enregistrement. Ce qui revient finalement à reconnaître les effets du premier statut. En France, la question n'a pas été tranchée par le législateur, mais un certain nombre d'auteurs plaident en faveur du dernier partenariat enregistré¹⁴⁸⁵, notamment lorsque les statuts sont de même nature¹⁴⁸⁶.

962. Une première remarque s'impose au regard des dispositions belges et allemandes. En effet, les situations de concurrence de statuts visées par ces règles sont limitées à celle de l'enregistrement successif de partenariats enregistrés. Les autres situations de concurrence ne sont pas réglées par ces articles. Il apparaît, en outre, que les choix du premier ou du second statut sont, dans ces deux États, fondés sur la volonté de respecter les attentes légitimes et la volonté des parties. Ainsi, le choix du dernier statut s'explique, en Allemagne, par le fait que ce statut serait le plus à même d'exprimer la volonté actuelle du couple¹⁴⁸⁷ alors que la solution belge prend appui sur l'idée que si les partenaires avaient eu la volonté de ne pas rester soumis aux effets du premier partenariat, ils l'auraient tout simplement dissous avant d'enregistrer le second¹⁴⁸⁸.

963. En réalité, il semble difficile de puiser, dans l'enregistrement d'un nouveau statut au moment du franchissement de la frontière, des renseignements sûrs quant à la volonté des parties. Ceux-ci peuvent, en effet, procéder à un tel enregistrement pour la seule raison que leur premier statut n'est pas reconnu dans leur État d'accueil alors qu'ils souhaitent que leur relation de couple bénéficie d'une protection juridique. Ils peuvent, de la même façon, se soumettre au statut local parce que celui-ci répond mieux à leurs attentes. La seule certitude existant en cas d'enregistrements successifs est que les particuliers voulaient être liés par une institution juridique de part et d'autre de la frontière. Preuve est d'ailleurs faite de la difficile interprétation de la volonté des parties qu'elle peut, en

¹⁴⁸⁵V. par exemple, M. Revillard, « Les unions hors mariage : regard sur la pratique du droit international privé », in *Des concubinages : droit interne, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, préc., sp. 590 ; G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, préc., sp. 316, § 547 ; V. op. cont., J. Massip, « L'état civil et les statuts légaux du concubinage », in *Des concubinages : droit interne, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 555, sp. 564.

¹⁴⁸⁶G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, préc., sp. 316, § 547.

¹⁴⁸⁷En ce sens, P. Hammje, « Réflexions sur l'article 515-7-1 », préc.

¹⁴⁸⁸A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de reconnaissance mutuelle*, préc., sp. 536, § 1400.

Allemagne, conduire à reconnaître les effets du dernier statut alors qu'elle mène, en Belgique, au choix du premier statut.

964. Il convient alors de souligner que le respect de la permanence du statut s'accommode mal du caractère systématique d'un choix uniquement fondé sur un critère chronologique. Prenons l'exemple d'un couple qui, vivant dans un État A, procède à l'enregistrement d'un statut A. Quelques mois plus tard, il s'installe dans l'État B et y réclame l'enregistrement d'un statut B. Le couple vit alors pendant près de 10 ans sous ce statut, fonde une famille, organise son patrimoine en contemplation des dispositions régissant le statut B. Si, une fois le couple arrivé dans un État C, celui-ci décide automatiquement de reconnaître les effets du statut A, au seul motif qu'il a été enregistré en premier, il risque grandement de réduire à néant toute l'organisation mise en place par le couple pendant plus de 10 ans. Il est alors indéniable qu'une telle solution aurait pour effet de porter atteinte à la permanence *concrète* du statut tel qu'envisagé par le couple. De la même manière, dans l'hypothèse où le couple aurait vécu de longues années sous le régime du statut A puis quelques mois sous le statut B, l'État C qui reconnaîtrait les effets du statut B méconnaîtrait les prévisions légitimes des parties. Or c'est bien cela l'objectif premier de la méthode de la reconnaissance, assurer la permanence *concrète* du statut des personnes mobiles¹⁴⁸⁹, et cet objectif ne saurait disparaître du seul fait que plusieurs statuts concurrents existent.

2. Le choix fondé sur la volonté des parties.

965. Dans la mesure où la méthode de la reconnaissance vise à garantir la permanence du statut, au sens du respect des attentes légitimes des parties, il apparaît que la résolution des situations de concurrences des statuts doit être directement puisée dans la volonté de ceux-ci. Ainsi, le statut reconnu devrait être celui dont les parties se prévalent dans leur État d'accueil.

966. Si deux personnes, mariées dans l'État A et partenaires dans l'État B, demandent dans l'État C la reconnaissance de leur mariage, c'est ce mariage qui devrait être reconnu

¹⁴⁸⁹P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », *préc.*, § 13.

dans cet État. De la même façon, le couple lié par un partenariat A dans l'État A et par un autre partenariat B dans l'État B devrait pouvoir choisir sous quelle forme de partenariat – A ou B — il désire vivre dans l'État C.

967. Il pourrait être objecté à cette prise en considération de la volonté des parties que cela revient, finalement, à leur accorder une certaine forme d'autonomie de la volonté dans un domaine où elles ne devraient pas en bénéficier. La solution leur permet, en effet, de choisir le statut sous l'empire duquel elles vivront dans l'État de reconnaissance. À cela, il est possible de répondre que, premièrement, les statuts en cause répondent, nécessairement, aux conditions posées à la reconnaissance. Si tel n'était pas le cas, un seul, celui qui remplit lesdites conditions pourrait être reconnu. Ainsi, le choix est, ici, limité à deux, ou plus rarement trois ou quatre, statuts que l'État d'accueil est prêt à reconnaître. Mais surtout, la liberté accordée à ce stade est le strict reflet de la liberté qui leur est octroyée au stade de la formation des statuts sur le territoire français. Nous l'avons vu, le PACS est accessible à tous sans considération des liens que les futurs partenaires entretiennent avec la France. De la même façon, un grand nombre de couples peut se marier devant les autorités françaises sans réelle proximité avec l'État français.

968. En réalité, la principale critique qui peut être portée à cette solution est qu'elle présuppose, pour être efficace, que les membres du couple soient d'accord sur le statut à reconnaître. En effet, si l'un d'entre eux demande la reconnaissance du statut A, alors que l'autre réclame les effets du statut B, le seul recours à la volonté des parties ne permet pas, à l'État C, de départager les deux statuts.

3. Le choix fondé sur l'effectivité des statuts

969. En cas de désaccord entre les parties, l'État de reconnaissance devra opérer lui-même le choix du statut à reconnaître. Il devra alors le faire en se fondant sur l'effectivité des statuts. C'est alors par la méthode du faisceau d'indices que l'État d'accueil pourra départager les statuts. Il pourra, par exemple, prendre en compte la durée pendant laquelle les parties ont pu vivre leur relation de couple sous l'un ou l'autre des statuts, ou

considérer la loi en vertu de laquelle les parties ont organisé les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux de leur relation.

Conclusion du Chapitre II

970. La mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance ne permet pas de régler toutes les difficultés liées à la circulation des statuts étrangers, notamment celles concernant les nouvelles formes de conjugalité.

971. En effet, si elle garantit la circulation de la validité et des effets épuisés des relations de couple sans passer par le prisme de la règle de conflit du for, elle n'évince pas la nécessité de qualifier le rapport de droit. Il apparaît, alors, qu'elle offre la possibilité de repenser la question de la loi applicable à la qualification qui, en amont de la reconnaissance, devrait être opérée *lege originis*. Ne remplissant pas la même fonction dans le cadre de la reconnaissance et dans le cadre du conflit de lois, elle devrait être faite en vertu de lois différentes.

De plus, si le choix est fait de qualifier le statut en vertu de lois différentes selon que le litige porte sur la circulation de la validité et des effets épuisés des statuts ou sur la détermination de ses effets à venir, il devient possible de réévaluer la pertinence d'une requalification des statuts étrangers. Cette idée de requalification avait, jusqu'à présent, été écartée au motif qu'elle risquait d'entraver la circulation des statuts. En effet, requalifier un partenariat étranger en mariage avait pour conséquence que sa validité était contrôlée en contemplation des dispositions de la loi nationale de chacun des époux, et non plus selon celles de la loi de l'autorité d'enregistrement. La modification de la loi applicable risquait alors, au regard des divergences étatiques, d'interdire la reconnaissance du partenariat étranger. Or ce risque n'existe plus si l'on admet que la requalification ne joue qu'au stade de la détermination des effets à venir du statut. La validité étant déjà reconnue par la méthode de la reconnaissance, la requalification, opérée pour la détermination des effets à venir, ne pourra plus la remettre en cause. En revanche, requalifier, comme des mariages, les partenariats-institutions pourra assurer plus efficacement la permanence du statut personnel. En effet, les mêmes effets que ceux reconnus au mariage pourront leur être attachés. Il apparaît alors que si l'idée de la qualification n'est pas totalement évincée par la méthode de la reconnaissance, les problématiques qu'elle soulève sont renouvelées par la mise en œuvre de cette méthode.

972. En parallèle, la question de la concurrence des statuts reste, elle aussi, d'actualité dans le cadre de la reconnaissance. De fait, elle permet d'en démontrer les limites. Si deux statuts incompatibles coexistent dans deux États différents, alors la permanence du statut personnel est troublée. Une telle situation n'est, en effet, pas sans rappeler celle des statuts boiteux. Or dans ce cas, la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance dans un troisième État ne permettra pas de mettre fin au trouble. Ainsi, la méthode de la reconnaissance ne permet pas systématiquement d'assurer la permanence du statut. De plus, la concurrence de statuts qui remplissent les conditions posées à la reconnaissance suppose une adaptation de la méthode. Confronté à la coexistence de statuts incompatibles, le for de reconnaissance doit opérer un choix. Il peut choisir de reconnaître les deux statuts pour en concilier les effets dans son ordre juridique. C'est, par exemple, le cas en matière de mariages polygamiques. Toutefois, cette solution qui présente des avantages certains en cas de concurrence unilatérale, ne saurait être mise en œuvre en cas de concurrence bilatérale. Dans de telles hypothèses, le for devra choisir de reconnaître un seul des statuts. Ici, l'objectif de la méthode qui est le respect des prévisions légitimes des parties milite pour que le statut reconnu soit le statut choisi par les parties.

Conclusion du Titre II

973. L'étude de la portée qui pourrait être octroyée à la méthode de la reconnaissance autorise un constat : si celle-ci permet d'assurer efficacement la circulation des statuts de couple étrangers, et par là de garantir la permanence du statut personnel, c'est à la condition qu'elle n'ait pas pour unique conséquence de favoriser la reconnaissance de la validité de la relation de couple. Il convient d'admettre que les effets épuisés au moment de la reconnaissance puissent, eux aussi, accompagner les particuliers qui franchissent les frontières. En effet, si la solution contraire était retenue, c'est-à-dire s'il était décidé d'écarter tous les effets du statut du domaine de la méthode, le risque serait grand que le statut reconnu soit profondément transformé dans son État d'accueil. Or, dans la mesure où la permanence est aujourd'hui entendue dans un sens très concret comme le respect des prévisions légitimes des parties, elle ne saurait d'accommoder d'une telle transformation. Seuls les effets à venir du statut, ceux sur lesquels les parties n'ont pas pu fonder de réelles prévisions, doivent rester soumis à la méthode conflictuelle. Il apparaît alors que si la méthode de la reconnaissance ne permet pas d'appréhender l'ensemble des conséquences du phénomène circulatoire, elle peut, lorsqu'elle est combinée à la méthode du conflit de lois, réduire efficacement les effets néfastes de ce phénomène sur la permanence du statut.

974. Il n'en demeure pas moins que certaines des difficultés résultant de l'émergence des nouvelles formes de conjugalité demeurent malgré la méthode de la reconnaissance. En effet, quelle que soit la méthode mise en œuvre, les autorités françaises resteront confrontées à des situations particulières liées aux divergences de conceptions portées par les différents États et qui soulèvent des problématiques touchant à la qualification du rapport de droit ou à la concurrence de statuts. Ces difficultés ne sont toutefois pas inhérentes à la méthode de la reconnaissance et se constatent déjà alors que la circulation des statuts de couple reste, aujourd'hui, soumise à la méthode conflictuelle. Leur seule existence ne saurait de ce fait justifier l'abandon de la logique de la reconnaissance. Et ceci d'autant plus que la mise en œuvre de cette nouvelle méthode ouvre des pistes insoupçonnées de résolution de ces difficultés.

Conclusion de la Partie II

975. Décider d'appliquer la méthode de la reconnaissance aux statuts de couple suppose d'établir le régime de sa mise en œuvre. Il a alors pu être avancé que la difficulté d'en définir le domaine, les conditions et les effets pouvait en exclure l'application¹⁴⁹⁰. Il semble toutefois que les bases d'un régime suffisamment précis peuvent, aujourd'hui, être proposées. Tout d'abord, le domaine de la reconnaissance des statuts est encadré par le critère de la cristallisation du statut. La méthode s'applique aux seuls statuts ayant été cristallisés à l'étranger. Il est possible que cette cristallisation soit le fait d'une autorité publique ou le fait de l'écoulement du temps. Avec la limite cependant que les parties revendiquant la reconnaissance d'un statut cristallisé par la possession d'état puissent justifier de cette cristallisation, ce qui le plus souvent passera par la production d'un acte émis par une autorité publique constatant ou tenant compte de l'existence de ce statut.

976. En ce qui concerne ses conditions, la proximité entre la méthode de la reconnaissance des statuts de couple et celle des décisions autorise à puiser dans la seconde une trame de réflexion féconde pour la construction de la première. Il apparaît alors que les conditions relatives à la proximité du rapport de droit avec son ordre juridique créateur ou à la conformité du statut à l'ordre public du for d'accueil trouvent tout naturellement leur place dans la reconnaissance des statuts de couple. Avec la précision que l'ordre public atténué retrouve un nouveau souffle dans cette méthode, sous l'impulsion notamment de la jurisprudence de la CEDH. En revanche l'opportunité de maintenir le contrôle de la fraude peut, ici, être discutée. De fait, il apparaît que l'exception de fraude à la loi est, aujourd'hui, si largement « absente du droit positif »¹⁴⁹¹ qu'il a pu être écrit qu'elle « [semblait] avoir vécu »¹⁴⁹². Visant à contrôler que les parties n'évincent pas la loi leur étant normalement applicable, elle ne trouverait plus sa place dans un droit international privé porté par l'idée que les parties peuvent choisir la loi qui leur convient le plus. Elle perdrait, au surplus, tout son sens dans le cadre d'une méthode dont le trait caractéristique

¹⁴⁹⁰G. Escudey, *Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple*, préc., sp. 161, § 240.

¹⁴⁹¹S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP*, 2010-2012, sp. 255.

¹⁴⁹²S. Clavel, « La fraude », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 151, sp. 153.

est précisément de ne plus contrôler la loi appliquée à l'étranger. Ou pour le dire plus justement, l'application de l'exception de fraude à la loi lors de la mise en œuvre de la méthode aurait pour effet de la vider de tout son intérêt. Il semble toutefois que si la notion de fraude à la loi ne correspond plus ni à la réalité du droit international privé contemporain ni à la logique de la reconnaissance, cela n'efface pas la nécessité d'interdire aux particuliers d'instrumentaliser la méthode, ici, proposée. La notion de fraude devrait alors être réévaluée dans le double objectif de prendre en considération les nouveaux comportements frauduleux mis en place lors de la formation de statuts de couple et de reconnaître la place désormais octroyée à la volonté des parties dans la désignation de la loi applicable. La notion de la fraude à la loi internationale pourrait alors permettre de trouver un juste équilibre entre l'intérêt de l'ordre juridique à protéger l'autorité de sa loi pour les situations dont tous les éléments de rattachement se réalisent dans son ressort et celui des parties à bénéficier, lorsque leur situation est réellement internationale, de la liberté qui leur est reconnue dans le choix de leur statut.

977. Il convient alors de souligner que si la reconnaissance des décisions et celle des statuts sont relativement proches, une différence fondamentale oppose les situations cristallisées par jugement et les autres, cristallisées par un autre biais. En effet, les premières bénéficient d'une qualité reconnue aux décisions juridictionnelles et à leur contenu : la vérité de force légale. Une fois les voies de recours épuisées, la validité des situations créées par jugement ne peut plus être remise en cause dans leur ordre juridique créateur, ce qui implique qu'une fois reconnue, leur validité ne puisse être contestée dans le for de reconnaissance. Au contraire, les situations créées par un autre biais ne se voient pas reconnaître une telle force dans leur ordre juridique d'origine. La définition de la méthode de la reconnaissance suppose alors de tenir compte de cette différence tant au niveau de ses conditions qu'au niveau de ses effets. Ainsi, sur le plan des conditions, seules les situations valablement constituées dans leur État de formation devraient pouvoir être reconnues. Cette validité devrait alors être présumée, afin de fluidifier la circulation des statuts de couple, mais la présomption se doit d'être simple, au risque sinon d'accorder plus de « force » à la situation dans son État d'accueil que dans son État de formation. Sur le plan de ses effets, la reconnaissance, qui permet la circulation de la validité du statut, ne devrait avoir pour effet de rendre cette validité incontestable. Celle-ci doit pouvoir être débattue dans les conditions prévues par le droit appliqué dans l'ordre juridique de création du statut. En parallèle, il convient d'admettre que la reconnaissance devrait, aussi, permettre la

circulation des effets du statut tels qu'ils se sont déjà concrétisés dans leur État d'origine. Si tous les effets attachés aux statuts de couple, qui ont, par définition, vocation à se développer sur la durée, ne peuvent relever de la logique circulatoire, ceux qui se sont réalisés avant le franchissement de la frontière doivent en bénéficier. C'est, là, la condition *sine qua non* de l'effectivité de la permanence du statut personnel tel qu'elle est entendue aujourd'hui.

978. Ainsi défini, le régime de la reconnaissance permet d'assurer une réelle circulation des statuts de couple tels qu'ils peuvent être formés à travers le monde sans pourtant, il faut bien l'admettre, résoudre toutes les difficultés que peut rencontrer le for de reconnaissance confronté à des statuts formés à l'étranger. Celles-ci, liées à la qualification des statuts peu représentés en droit comparé ou à la concurrence de statuts, sont inhérentes à la coexistence de multiples ordres juridiques portant des valeurs parfois divergentes. L'accentuation de ces divergences, notamment dans la matière de couple qui connaît de grandes transformations dans certaines parties du monde, ne cesse alors d'ouvrir de nouveaux champs de réflexion.

Conclusion Générale

979. Si l'efficacité de la méthode de la reconnaissance à régler la question de la circulation des statuts de couple est incontestable, il reste à démontrer les avantages qu'elle présente par rapport aux règles de conflit.

En effet, l'examen de ces règles a permis d'affirmer qu'elles permettaient déjà d'assurer qu'une grande majorité des statuts créés à l'étranger soient reconnus comme valables en France. Or, si la méthode conflictuelle remplit déjà efficacement cet office, se pose la question de savoir quel serait l'intérêt de bouleverser profondément la matière du droit international privé par l'élaboration d'une nouvelle méthode.

980. Sur ce point, il apparaît que la méthode de la reconnaissance présente deux avantages décisifs par rapport à la méthode conflictuelle telle que mise en œuvre en matière de couple.

981. Le premier d'entre eux est qu'au rebours des règles de conflit actuelles, elle assure systématiquement la reconnaissance de la validité et des effets épuisés des statuts conjugaux, quelle que soit la règle de rattachement de leur État d'origine. Ce qui n'est pas le cas de la règle de conflit applicable aux partenariats enregistrés. En effet, l'article 515-7-1 du Code civil prévoit que la validité et les effets des partenariats sont appréciés en contemplation des dispositions matérielles de la loi de l'autorité d'enregistrement. Ce qui suppose, pour que la circulation du statut soit admise, que cette autorité ait appliqué sa propre loi. Or, si la grande majorité des États qui connaissent le partenariat enregistré donnent compétence à la loi de l'autorité ou de l'État d'enregistrement, il n'est pas acquis que cela reste le cas dans l'avenir. En réalité, l'efficacité de notre règle de conflit, quant à la circulation des statuts étrangers, repose sur des « sables mouvants ». En revanche, la méthode de la reconnaissance qui s'abstrait de tout contrôle de la loi appliquée permettra de reconnaître les statuts étrangers tant en ce qui concerne leur validité que leurs effets épuisés avant le franchissement de la frontière et ceci quelle que soit la loi qui leur a été appliquée dans leur État d'origine.

982. En parallèle, et c'est là le principal avantage de la méthode, elle permet un meilleur encadrement de la circulation des statuts que celui autorisé par le jeu des règles de conflit. De fait, tout à la volonté de favoriser le rayonnement des conceptions françaises en matière de couple et d'assurer la validité en France des statuts étrangers, le législateur a écarté les exigences de proximité de ses règles de conflit. Alors que, traditionnellement, ces règles ont vocation, en désignant la loi qui présente les liens les plus étroits avec le rapport de droit, « à faire coïncider règles de conduite et règles de décisions »¹⁴⁹³, tel n'est plus le cas aujourd'hui. En réalité, elles permettent d'assurer que la règle de décision sera la « règle de leur volonté ».

983. Il en découle, au plan de la création des statuts, qu'un grand nombre de couples peut bénéficier de l'application des dispositions françaises mais surtout, au plan de la circulation des statuts, que les règles de rattachement ne permettent pas en l'état actuel de vérifier les conditions dans lesquelles un couple a pu procéder à la création d'un rapport de droit à l'étranger. Et alors que les autorités françaises ne peuvent plus ni apprécier la réalité du caractère international de la relation de couple ni examiner la légitimité du lieu de formation du statut, le seul obstacle posé à la volonté des parties est celui résultant du jeu de l'ordre public, intervenant, en la matière, dans son effet atténué.

984. Les rattachement retenus en matière de couple illustrent, alors, parfaitement le constat suivant, « le droit n'est plus le cadre stable de la vie en société, mais un produit, soumis à la concurrence sur un marché des normes qui sélectionne les plus aptes à répondre aux besoins de l'économie »¹⁴⁹⁴. Et si le droit international privé marche irrémédiablement vers cette marchandisation du droit, il apparaît que le choix d'une méthode de la reconnaissance, strictement encadrée par une série de conditions visant à réguler le comportement des particuliers sur le marché des normes, est mieux à même de limiter les effets néfastes de cette orientation que les règles de conflit, telles qu'elles sont transformées pour répondre à l'objectif de circulation.

¹⁴⁹³Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *préc.*, sp. 627, § 398.

¹⁴⁹⁴*Ibid.*, sp. 628, §398.

Bibliographie

Ouvrages généraux : traités, manuels et cours

- A -

Audit B. et Avout L. (d')

- *Droit international privé*, 7ème éd. refondue, Economica, 2013.

- B -

Batiffol H.

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956 et rééd. Dalloz 2002.

- *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1949.

Batiffol H. et Lagarde P.

- *Droit international privé*, 7ème éd., LGDJ, 1983, tome I.

- *Traité de droit international privé*, 8ème éd, LGDJ, 1993, tome I.

Bureau D. et Muir Watt H.

- *Droit international privé*, 3ème ed., PUF, Thémis droit, 2014, tome I et II.

- *Droit international privé*, 2ème ed., PUF, Thémis droit, 2010, tome I et II.

- *Droit international privé Partie générale*, PUF , Thémis, Paris, 2007.

- C -

Chainais C., Ferrand F. , Mayer L. et Guinchard S.

- *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Précis Dalloz, 34^e Ed., 2018

Courbe P.

- *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Armand Colin, 2007.

- H -

Holleaux D., Foyer J. et Geouffre de la Pradelle G. (de)

- *Droit international privé*, Masson 1987.

- L -

Labée X.

- *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2^{ème} ed., 2012.

Loussouarn Y., Bourel P. et Vareilles-Sommières P. (de)

- *Droit international privé*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2013.

- M -

Mayer P. et Heuzé V.

- *Droit international privé*, 8^e édition, LGDJ Montchrestien, 2004.

- *Droit international privé*, 11^e édition, LGDJ Lextenso éditions, 2014.

Melchior G.

- *Die Grundlagen der deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, De Gruyter, 1932.

- N -

Niboyet J.-P.

- *Traité de droit international privé*, Paris, Sirey, tome I, 1947.

Niboyet M. L. et Geouffre de la Pradelle G. (de)

- *Droit international privé*, 6e édition, LGDJ, 2017.

- R -

Raape L.

- *Internationales Privatrecht*, 3e édition, Berlin/Frankfurt, Verlag für Rechtswissenschaft, 1950.

Revillard M.

- *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Defrénois, 2010.

- S -

Savigny F. C. (von)

- *Traité de droit romain*, T. VIII., reprint éd. Panthéon-Assas, 2002.

- V -

Vignal T.

- *Droit international privé*, Sirey, 3ème éd., 2014.

**Ouvrages spéciaux : monographies, thèses, recueils des
cours de l'Académie de La Haye, autres travaux**

- A -

Ancel B. et Lequette Y.

- *Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé*, 5ème éd,
Dalloz, 2006.

Arminjon P.

- « La notion de droit acquis en droit international privé », *RCADI*, 1933, t. 44., p. 1.

Audit B.

- *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, préface Y. Loussouarn.

- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois) »,
RCADI, 1985, t. 186, p. 219.

- B -

Baratta R.

- « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, 2011, t. 348, p. 253.

Batiffol H.

- « Principes de droit international privé », *RCADI* 1959, t. 97, p. 431.

Bilyachenko A.

- *La circulation internationale des situations juridiques*, thèse, La Rochelle, 2016.

Bucher A.

- « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, 2009, t. 341, p. 1.
- « La famille en droit international privé », *RCADI*, 2000, t. 283, p. 9.

- C -

Callé P.

- *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004.

Carbonnier J.

- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 2014.
- *Essais sur les lois*, Defrénois, 3ème éd., 2005.

Carlier J. -Y.

- *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992.

Cornut E.

- *Théorie critique de la fraude à la loi, étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, Coll. des thèses, tome 12, 2006, préface H. Fulchiron.

Courbe P.

- *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, Paris, Presses universitaires de France, 1981.

- D -

Devers A.

- *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, 2004, préface H. Fulchiron.

Droz G.

- « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI*, 1991, t. 229, p. 9.

- E -

Elgeddawy K.

- *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1971, préface H. Batiffol.

Escudey G.

- *Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple*, th. dactyl., Université de Bordeaux, 2016.

- F -

Francescakis Ph.

- *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958.

Fulchiron H. (dir.)

- *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, coll. Thèmes et commentaires.

Fulli-Lemaire S.

- *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, th. dactyl., Paris II, 2017.

- G -

Gannagé L.

- *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé Etude de droit international privé de la famille*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 353, 2001, préface Y. Lequette.

- « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI* 2013, t. 357, p. 223.

Gaudemet-Tallon H.

- « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, 1991, p. 9.

- "Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général" , *RCADI*, 2005, t. 312, p. 13.

- H -

Hilt P.

- *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme analyse du droit français*, Presse Universitaires d'Aix Marseille, 2004.

Holleaux D.

- *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970.

- J -

Jayne E.

- « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, t. 251, p. 33.

- « Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation », Conférence prononcée le 24 juillet 2000 à l'Académie de La Haye, *RCADI* 2000, t. 282, p. 9.

Jobard-Bachelier M.-N.

- *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1984, préface P. Lagarde.

Joubert N.

- *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007, préface P. Lagarde.

- K -

Kessler G.

Les partenariats enregistrés en droit international privé, LGDJ, 2004, préface P. Lagarde.

Kinsch P.

- « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 318, p. 9.

Kohler C.

« L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *RCADI*, 2013, t. 359, p. 285.

- L -

Lagarde P.

- « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, 2015, t. 371, p. 19.

- « Le principe de proximité dans le droit international contemporain », *RCADI*, 1986, t. 196, p. 9.

- « *Recherches sur l'ordre public en droit international privé* », LGDJ, 1959, préface. H. Batiffol.

Lalive P.

- « Tendances et méthodes en droit international privé : cours général », *RCADI*, 1997, t. 155, p. 3.

Lequette Y.

- « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, 1994, t. 246, p. 13.
- « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2015, t. 387, p. 9.

- M -

Marchadier F.

- *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Bruylant, 2007.

Maury P.

- « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, 1936, t. 57, p. 325.

Mayer P.

- *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, préface. H. Batiffol.
- « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit privé », *RCADI*, 2007, t. 327, p. 9.

Minois M.

- *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, th. dactyl., Université Sorbonne Paris, 2016.

- N -

Najm M. -C.

- *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2005.

Niboyet J.P.

- « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, t. 16, p. 1.

Nord N.

- *Ordre public et lois de police en droit international privé*, th. dactyl., Université Robert Schuman, 2003.

- P -

Panet A.

- *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de reconnaissance mutuelle*, th. dactyl., Lyon III, 2014.

Pataut E.

- *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, coll. Corpus, 2014.

- *Principe de souveraineté et conflits de juridictions : étude de droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999, préface P. Lagarde.

Pfeiff S.

- *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 2017, préface A. Nuyts et P. Wautelet.

Picone P.

- « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, 1986, t. 197, p. 233.
- « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, 1999, t. 276, p. 9.

Pillet A.

- « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, 1925, t. 8, p. 485.

- R -

Rass-Masson L.

- *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, th. dactyl., Paris 2, 2015.

Remy B.

- *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2008, préface P. Mayer.

- S -

Souleau-Bertrand M.

- *Le conflit mobile*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, préface P. Lagarde.

Articles, chroniques, communications au Comité Français de Droit international privé, répertoires, encyclopédies et dossiers

- A -

Ancel B.

- « Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères », *Riv. Di dir. Int. E proc.*, 1992, p. 201.

Audit B.

- « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé », *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'hommage de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.49.

Avout L. (D')

- « Des marges d'appréciation des États en matière de validité et de dissolution des unions matrimoniales », *RCDIP*, 2011, p. 665.

- « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Audit*, LGDJ, 2014, p. 15.

- « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *TCFDIP*, 2014-2016, p. 215.

Aynes L.

- « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *D.*, 2012, p. 2750.

- B -

Barrière Brousse I.

- « Mariage. -Conditions de fond », *J.Cl. Dr. Int.*, Lexisnexis, Fasc. 546-10, 2015.

- « Mariage. -Conditions de forme », *J.Cl. Dr. Int.*, Lexisnexis, Fasc. 546-20, 2007.

Bartin E.

- « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI* 1897, p. 225 reproduit également in *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Maresq, 1899.

Bergé J. -S.

- « Le fait de circulation interterritoriale : la méthode du juriste en question », *JDI*, 2016, n° 1, doct. 2.

Bidaud-Garon C.

- « Mariage consulaire... pour tous ? », *JCP G*, 16 décembre 2013, p. 1325.

Bischoff J. -M.

- « Mariage », *Rép. dr. Int.*, Dalloz, 1998.

Boden D., Bollée S., Haftel B., Hammje P. et Vareilles-Sommières P. (de)

- « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *RCDIP*, 2015, p. 400.

Bogdan M.

- « Amendment of Swedish Private International Law regarding Registered Partnerships », *IPRax* 2001, p. 353.

Boiché A.

- « Aspects de droit international privé », *AJ Famille*, 2013, p. 362.

- « Le droit marocain prohibant le mariage entre deux personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international », *AJ Famille*, 2013, p. 720.

Bollée S.

- « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », in P. Lagarde (dir), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, p. 113.

- « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 307.

Bonomi A.

- « Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen ? », *TCFDIP*, 2008-2010, p. 263.

Bourdelois B.

- « Mariage », *Rép. Droit Int.*, Dalloz, septembre 2011 (actualisation janvier 2017).

- « Relations familiales internationales et *professio juris* », *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 137.

Bucher A.

- « La migration de l'état civil », *Un engagement au service du droit international privé Mélanges en l'honneur de Hans von Loon*, Intersentia, 2013, p. 101.

- « Le regard du législateur suisse sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré », *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Actes de la XVIe Journée de droit international privé du 5 mars 2004, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 49, Schulthess, 2004, p.137.

Bureau D.

- « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *Mélanges en l'honneur du Professeur Audit. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 155.
- « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 285.

Buschbaum M.

- « La reconnaissance des situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois », *D.*, 2001, p. 1094.
- « La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? », *D.*, 2011, p. 1094.

Buschbaum M. et Simon U.

- « Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés », *RCIDP*, 2011, p. 801.

- C -

Callé P.

- « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *Defrénois*, 30 sept. 2009, n° 16, p. 1662.
- « L'acte authentique établi à l'étranger-Validité et exécution en France », *RCDIP*, 2005, p. 377
- « La reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la confiance mutuelle », *in H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon (dir.), Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, p. 234.

Cerqueira G.

- « Les limites à la circulation du statut personnel : un ordre public réellement international ? », in *La circulation des personnes et de leur statut personnel dans un monde globalisé*, colloque des 11 et 12 octobre 2018, Lyon III, actes à paraître aux éditions Lexisnexis, 2019.

Chanteloup H.

- « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gaz. Pal.*, 2000, Doctr. 4, sp. 12.

Clavel S.

- « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TFCDIP* 2010-2012, p. 255.
- « La fraude », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 151.

Coelter-Waltjen D.

- « Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien-, und Erbrecht und das Europäische Kollisionrecht », *IPrax*, 2006, p. 392.

Cohen D.

- « La CEDH et le droit international privé français », *RCDIP*, 1989, p. 451.

Commaille J.

- « La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique », in C. Brunetti-Pons (dir.) *La notion juridique de couple*, Economica, 1998.

Corneloup S.

- « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *TCFDIP*, 2010-2012, Pédone, 2013, p. 189.

Courbe P.

- « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la convention dans le système français », in P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 249.

Coustet T.

- « Pas de droit à l'union civile pour les couples hétérosexuels », *Dalloz actualité*, 2 novembre 2017.

Crône R.

- « La réception d'un acte authentique étranger en France », *Liber amicorum Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, p. 77.

- D -

Dekeuwer-Défossez F.

- « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.*, 2001, p. 529.

- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, p. 249.

Devers A.

- « L'efficacité des partenariats enregistrés à l'étranger », *JCP N* n° 25, 22 Juin 2012, p. 1266.

- « Le couple non marié », in P. Murat (dir.), Points de procédure et illustrations, *Dalloz action droit de la famille*, 2016, Chapitre 526.

- « La circulation des statuts de couple dans l'espace européen », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, coll. Thèmes et commentaires, p. 81.

Despagnet F.

- « Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques », *JDI*, 1898, p. 253.

Dissaux N.

- « Divorce : cas de divorce », *Rep. Droit Int.*, Dalloz, avril 2017 (actualisation 2018).

Douaron C. (Le)

- « Convention européenne et mariage homosexuel », *Dalloz actualité*, 31 août 2010.

- E -

Elhoueiss J. -L.

- « Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé », *JDI*, 2005, p. 281.

- F -

Fadlallah I.

- « Statut personnel », *Rep. Droit Int.*, Dalloz, septembre 2003 (actualisation 2011).

Fallon M.

- « Introduction aux conditions d'exercice de l'autonomie de la volonté dans les règlements européens », in A. Panet, H. Fulchiron, P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 1ere éd. 2017, p. 171.

Fohrer-Dedeurwaerder E.

- « Qualification en droit international privé », *J-Cl. Droit international*, Fasc. 531, septembre 2012.

Fongaro E.

- « Obligation alimentaire », *Rep. Dr. Européen*, Dalloz, septembre 2013.

Foyer J.

- « Adoption », *Rép. dr. International*, Dalloz, septembre 2003 (actualisation : janv. 2017).

Francescakis Ph.

- « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt *Simitch* de la Cour de cassation », *RCDIP*, 1985, p. 243.

- « Statut personnel », *Rep. Droit Int.*, Dalloz, 1969.

Fulchiron H.

- « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, éd. Némésis et Bruylant, 2002, p. 353.

- « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *D.*, 2018, p. 446.

- « Le droit étranger à l'épreuve de la Constitution française et des conventions internationales liant l'ordre juridique français », in G. Cerqueira et N. Nord (dir.), *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger – Etudes de droit international privé : Amérique latine — États-Unis – Europe*, Paris, SLC, 2017, p. 63.
- « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du “mariage pour tous” », *JDI*, 2013, doct. 9, p. 1055.
- « Le mariage pour tous en droit international privé : le législateur français à la peine... », *Droit de la famille*, janvier 2013, doc 9.
- « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G* 2013, p. 658, n. 20.
- « Mariage et partenariats enregistrés en droit international privé français », *RIDC*, 2006, vol. 58, p. 409.
- « Ne répudiez point... » : pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », *RIDC*, 2006, p. 7.
- « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI*, 2000, p. 889.

Fulchiron H. et Bidaud-Garon C.

- « Reconnaissance ou reconstruction ? », *RCDIP*, 2015, p. 1.

- G -

Gannagé L.

- «A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 265.
- « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *Archi. Phil. du droit*, 2014, vol. 57, p. 229.
- « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TFCDIP*, 2006-2008, p. 205.

Gannagé P.

- « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *RCDIP*, 1992, p. 425.
- « Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille (solutions françaises et proches orientales) », *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1996, p. 209.

Gaudemet-Tallon H.

- « Individualisme et mondialisation : aspects de droit international privé de la famille », *Un engagement au service du droit international privé Mélanges H. von Loon*, Intersentia, 2013.
- « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *Liber amicorum Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255.

Godechot-Patris S.

- « Successions internationales en France », *Les successions*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LX, Bruylant, 2010, p. 673.

Godechot-Patris S. et Guillaumé J.

- « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Perspectives de droit international privé », *D.*, 2013, p. 1756.

Goldstein G. et Muir Watt H.

- « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI*, 2010, p. 1087.

Gorand A.

- « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de personnes de même sexe », *L.P.A.*, 4 juillet 2013 , p. 24.

Gothot P.

- « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP*, 1971, p. 1, p. 209 et p. 514.

- H -

Hammje P.

- « Annulation de la transcription d'un acte de naissance indien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *RCDIP*, 2013, p. 909.
- « Domicile », *Rép. Droit Int.*, Dalloz, septembre 2003 (actualisation : octobre 2013).
- « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP*, 1997, p. 1.
- « L'ordre public de rattachement », *TFC DIP*, 2006-2008, p. 153.
- « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP*, 2011, p. 291.
- « “Mariage pour tous” et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *RCDIP*, 2013, p. 773.

Hauser J.

- « Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Droit des personnes et de la famille – Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, Paris, LGDJ, 1994, p. 235.
- « La croisade du mariage pour tous (suite) », *RTD civ.*, 2015, p. 359.

Heuzé V.

- « La volonté en droit international privé », *Droits*, n° 28, 1999, p. 113.

Huet A.

- « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc 584-40, 14 novembre 2015.

- I -

Iterson D. (van)

- « Loi du 19 mai 2011 établissant et instaurant le Livre 10 (Droit international privé) du Code civil néerlandais (Bulletin des lois 2011, n° 271) », *RCDIP*, 2012, p.674.

- J -

Jessurun d'Oliveira H. U.

- « Le partenariat enregistré et le droit international privé' », *TCFDIP*, 2004, p. 81.

- K -

Kahn F.

- « Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts », *Jherings Jahrbücher*, Band 30, 1891, p.1 reproduit in *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, Band 1, 1928, p.1.

Kessler G.

- « La reconnaissance en France des partenariats enregistrés à l'étranger », *AJ famille*, 2004, p. 272.

- « Partenariat enregistré », *Rép. Droit Int.*, Dalloz, mars 2012 (actualisation : octobre 2015).

Khairallah G.

- « Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de couples de même sexe », *Mélanges en l'honneur du Professeur Audit. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 485.
- « Les “partenariats organisés” en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *RCDIP*, 2000, p. 317.

Kinsch P.

- « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, Paris, 2013, p. 43.
- « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen », in A. Panet, H. Fulchiron, P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 1^{ere} éd., 2017, p. 13.
- « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *RCDIP*, 2007, p. 807.
- « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 375.

Kohler C.

- « La nouvelle législation allemande sur le mariage et le droit international privé », *RCDIP*, 2018, p. 51.
- « La reconnaissance des situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, éd. Pédone, Paris, 2013, p. 67.

Kohler M. et Buschbaum M.

- « La “reconnaissance” des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières - Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l’harmonisation des règles de conflit de lois », *RCDIP*, 2010, p. 629.

- L -

Laborde J.-P.

- « Retour sur la pluralité des points de rattachement en droit international privé français des personnes et de la famille », *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 207.

Lagarde P.

- « De l’obligation, pour un État membre, de reconnaître le nom d’un enfant tel qu’il a été déterminé dans le pays de naissance », note sous l’arrêt Grunkin-Paul, *RCDIP*, 2009, p. 80.

- « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification : quelques conjonctures », *RabelsZ*, 2004, p. 225.

- « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 19.

- « La reconnaissance, mode d’emploi », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 481.

- « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, 2012, p. 691.

- « Ordre public », *Rep. dr. Int.*, Dalloz, décembre 1998 (actualisation mars 2009).

- « Refus d’une pension de réversion opposé à la seconde épouse d’un étranger polygame », *RCDIP*, 2012, p. 339.

- « Sur la vulnérabilité des situations juridiques », *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 441.

Lamanda V.

- « Le juge judiciaire, juge naturel de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *La conscience des droits Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 363.

Lamarche M. et Lemouand J.-J.

- « Mariage : sanctions de l'inobservation des conditions de formation – Nullités du mariage », *Rep. Droit Civ.*, Dalloz, Janvier 2014 (actualisation : mai 2018).

Lardeux G.

- « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.*, 2011, p. 1835.

Legrand V.

- « Les implications de la loi autorisant le mariage pour tous en droit international privé », *L.P.A.*, 21 août 2013, n° 167, p. 6.

Lequette Y.

- « De la "proximité" au "fait accompli" », *Liber amicorum Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 481.

- « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in (dir) R. Cabrillac, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 25ème éd., 2019, p. 135.

Lévinet M.

- « Couple et vie familiale », in F. Sudre (dir.) , *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis – Bruylant, coll. Droit et justice n° 38, 2002, p. 111.

Loon H. (van)

- « La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international privé de La Haye », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, Paris, 2013, p. 121.

- M -

Maisonasse F.

- « La jurisprudence de la CEDH : instrument d'une européanisation du droit de la famille », *Revue des mutations du droit*, 2011, p. 5.

Mansel H. P.

- « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraum », *RechtsZ*, 2006, p. 651.

Martiny D.

- « Private international law aspects of same-sex couples under German law », in K. Boele-Woelki et A. Fuchs (dir.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2eme ed., Cambridge, Anvers, Portland, Intersentia, 2012, p. 189.

Massip J.

- « L'état civil et les statuts légaux du concubinage », in *Des concubinages : droit interne, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 555.

Mayer P.

- « La CEDH et l'application des normes étrangères », *RCDIP*, 1991, p. 663.

- « La reconnaissance : notion et méthodes » in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 27.

- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Le droit international privé, Esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 537.

Meulders-Klein M. -T.

- « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », *Droit et société*, 1993 (23-24), p. 163 et p. 194.

Muir Watt H.

- « Le domicile dans les rapports internationaux », *J.-Cl. dr. Int.*, Fasc. 543-10, 1994.

- « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Arch. phil. Droit*, 2001, n° 45, p. 278.

Murat P.

- « Filiation et vie familiale », in Sudre (dir), *Droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n° 38, Bruylant, 2002, p. 161.

- N -

Niboyet M. -L.

- « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 629.

- « Les conflits de procédures », *TCFDIP*, 1995-1998, p. 71

Nord N.

- « Présentation du règlement "Obligations alimentaires" », *AJ Famille*, 2011, p. 238.

- « Quelles limites dans l'optimisation d'une succession internationale ? », *Droit et patrimoine*, n° 226, juin 2013, p. 56.

Nourissat C.

- « Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne. À propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009 », *Deffrénois*, 2010, p. 394.

Nourissat C., Callé P., Pasqualis P., Wautelet P.

- « Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté de sécurité et de justice », *L.P.A.*, 4 avril 2012, n° 68, p. 6.

Nuyts A.

- « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 766.

- O -

Overbeck A. E. (von)

- « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619.

- P -

Pamboukis Ch.

- « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513.
- « Les actes publics et la méthode de la reconnaissance », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 138.

Panet A.

- « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Dr. Famille*, 2013, dossier 29.
- « Le statut personnel en droit international privé européen », *RCDIP*, 2015, p. 837.

Pataut E.

- « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne - Reconnaissance des documents publics : vers un état civil européen ? », *RTD eur.*, 2013, p. 920.
- « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne, Familles recomposées », *RTD eur.*, 2017, p. 589.
- « Et le statut personnel ? », *RTD eur.*, 2016, p. 648.
- « L'invention du citoyen européen », in B. Fauvarque-Cosson, E. Pataut et J. Rochfeld (dir.), *La citoyenneté européenne*, Société de législation comparée, Coll. Trans Europe Expert, 2011, p. 27.
- « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2004, p. 97.
- « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 147.
- « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2008, p. 71.
- « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTD eur.*, 2011, p. 571.

Péroz H.

- « La loi applicable aux partenariats enregistrés », *JDI* n° 2, Avril 2010, doct. 6.
- « Loi de simplification du droit et loi applicable aux partenariats enregistrés », *JCP N*, 5 juin 2009, n° 23, act. 419.

Pertek J.

- « Citoyenneté de l'Union », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 185, novembre 2008.

Pichonnaz P.

- « Le partenariat enregistré : sa nature et ses effets », *RD suisse*, 2004, p. 389.

Portalis J.-E.-M.

- « Présentation du projet de loi sur le mariage au Corps législatif, le 16 ventôse an XI », dir. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, p. 140.

- Q -

Quinones Escamez A.

- « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *RCDIP*, 2007, p. 357.

- R -

Rass-Masson L.

- « L'ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre État membre de l'Union européenne », *RCDIP*, 2017, p. 278.

Revillard M.

- « Consul : attributions », *Rep. Dr. Int.*, Dalloz, janvier 2006 (actualisation : mai 2018).

- « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé », *Defrénois*, 15 juill. 2013, n° 13-14, p. 743.

- « Le pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique de droit international privé », *Defrénois*, 2005, p. 461.
- « Le pacte civil de solidarité en droit international privé », *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 mars 2000, p. 337.
- « Les unions hors mariage. Regards sur la pratique de droit international privé », in *Études offertes à Rubellin-Devichi : Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé*, 2002, Litec, p. 588.

Roehrig J. -C.

- « La convention de La Haye du 1^{er} octobre 1977 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages », *TCFDIP*, 1977-1979, Pedone, 1980, p. 3.
- « La famille du troisième millénaire », *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 309.

Rolland P.

- « Le contrôle de l'opportunité par la cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau et F. Sudre (dir), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990, p. 70.

Romano G. P.

- « La bilatéralité éclipsée par l'autorité, Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457.
- « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in P. Lagarde (dir), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 185.

- S -

Sachen Gessaphe K. A. (von)

- « Le partenariat enregistré en droit international privé allemand », *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Actes de la XVI^e Journée de

droit international privé du 5 mars 2004, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 49, Schulthess, 2004, p. 9.

Sana-Chaillé de Néré S.

- « Le concept d'ordre public et ses mutations », *Droit de la famille* n° 9, Septembre 2015, dossier 45.

Schmitt M.

- « “Mariage pour tous”. Nouvelles perspectives dans l'ordre international », *JCP N*, 2013, p. 1165.

Sinay-Cytermann A.

- « Les tendances actuelles de l'ordre public international », *Les relations privées internationales Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p 635.

Sindres D.

- « Brèves réflexions autour de l'article 202-1 alinéa 2 du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *L.P.A.*, 1 février 2013, p. 4.

Sudre F.

- « Existe t-il un ordre public européen ? », in Tavernier (dir), *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, Bruylant 1996, p.1.

- « L'ordre public européen » in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis Bruylant, coll. droit et justice n° 29, 2001, p. 109.

- « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011 p. 597.

- T -

Théry I.

- « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. Famille*, 2013, dossier 17.

Thomas J.

- « Common law marriage », *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2009.

Tousca C.

- « Le partenariat enregistré en droit grec », *RCDIP*, 2010, p. 615.

Trilha Shappo K. et Winkler M.

- « Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistrés », *RCDIP*, 2017, p. 319.

- V -

Vareilles-Sommières P. (de)

- « Fraude à la loi », *Rép. Dr. Int.*, Dalloz, décembre 1998 (actualisation mars 2009).

- « Les jugements étrangers (matière civile commerciale) », *Rép. Dr. Int.*, Dalloz, septembre 2013 (actualisation avril 2017).

- W -

Wagner R.

- « Das neue internationale Privat-und Verfahrensrecht zur *eingetragene Lebenspartnerschaft* », *IPRax*, 2001, p 287.

Wenner E.

- « Le partenariat enregistré en Allemagne : vers un mariage homosexuel ? », in G. Fauré, J. Flauss-Diem (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, Puf., 2005, p. 62.

Winkler M.

- « Italy's Gentle Revolution : The New Italian Law on Registered Partnerships », *Digest - National Italian American Bar Association Law Journal*, 2017, p. 1.

Rapports, discours et avis

- CEDH, avis, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, *D.*, 2019, p. 759; *AJDA*, 2019, p. 788.

- Amnesty International, « Quand aimer devient un crime », rapport disponible à cette adresse: <https://www.amnesty.org/fr/documents/AFR01/001/2013/fr/> .

- Bonomi A., Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 nov. 2007, sur la loi applicable aux obligations alimentaires, sp. § 31, disponible à cette adresse : <https://assets.hcch.net/docs/44d7912f-ce6d-487e-b3ac-65bbd14fe1b2.pdf> .

- Bucher A., « De la reconnaissance mutuelle au droit à l'identité », rapport adressé au Groupe européen de droit international privé du 18-20 septembre 2009, disponible à cette adresse : http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pdf/gedip_-_reconnaissance_mutuelle_-_2009.pdf .

- Eurostat, *Merging populations - A look at marriages with foreign-born persons in European countries*, 29/2012, disponible à cette adresse : <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3433488/5584928/KS-SF-12-029-EN.PDF/4c0917f8-9cfa-485b-a638-960c00d66da4> .

- *International Migration Report 2017*, Division de la Population, Département des Affaires économiques et sociales (DAES), Nations unies, consultable à l'adresse : http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017_Highlights.pdf .

- Louvel B., « Vers une plus grande prévisibilité dans la jurisprudence internationale », Discours prononcé lors des journées internationales 2015 de la société de législation comparée, disponible à cette adresse : <https://www.courdecassation.fr/IMG///Vers%20une%20plus%20grande%20pr%C3%A9visibilit%C3%A9%20dans%20la%20jurisprudence%20internationale%20-%20par%20B.%20Louvel%20> .

- Rapport explicatif de la Convention de Munich, disponible sur le site de la CIEC: http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/oBMAAMw_9xFjQVVVd2Jkc2N1AwA .

- Weiss-Gout B. et Niboyet M.-L., « La reconnaissance mutuelle des mariages entre personnes de même sexe et des partenariats entre personnes de même sexe ou de sexe opposé. La situation dans les différents Etats membres. Besoin d'une action de l'UE ? », Rapport au Parlement européen, PE 432.731, novembre 2010.

Recueil de Textes

I. Textes français

a. Lois

- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.
- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.
- Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.
- Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 instituant le pacte civil de solidarité.
- Loi du 29 novembre 1901.

b. Circulaires

- Circ. de la loi du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.
- Circ. DACS 08-09, 26 mai 2009, JUS C 0911895C, relative à la présentation synthétique des principales dispositions de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures.
- Circ. min. Aff. étrangères et européennes, 19 janv. 2009, MAEF0801234C, relative au pacte civil de solidarité.
- Circ. min. aff. étrangères et européennes du 28 septembre 2007.

c. Réponses ministérielles

- Rép. min. n° 03038, *JO Sénat* Q 25 sept. 2008, p. 1928.
- Rép. min. n° 02820, *JO Sénat* Q 13 mars 2008, p. 484.
- Rép. min. n° 20257, *JO Sénat* Q 9 mars 2006, p. 722.

- Rép. min. n° 41533, *JO A. N. Q* 26 juill. 2005, p. 7437.

II. Textes de l'Union européenne

a. Traité de l'Union européenne

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (articles 20 et 21).

b. Directive européenne

- *Directive 2004/38/CE* relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire de l'Union européenne (UE).

c. Règlements de l'Union européenne

- *Règlement (UE) 2016/1191* du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

- *Règlement (UE) 2016/1103* du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

- *Règlement (UE) 2016/1104* du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

- *Règlement (UE) 650/2012* du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

- *Règlement (UE) 1259/2010* du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.
- *Règlement (CE) 4/2009* du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

d. Proposition de règlement européen

- Proposition de Règlement du Parlement Européen et du conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

e. Autre document européen

- LIVRE VERT Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil 14.12.2010 COM (2010) 747 final.

III. Texte du Conseil de l'Europe

- La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (articles 8, 12 et 14).

IV. Textes de la Conférence de La Haye

- Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

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

V. Textes de la Commission Internationale de l'état civil

- Convention de la CIEC (n° 32) relative à la reconnaissance des partenariats enregistrés, signée à Munich le 5 septembre 2007.
- Convention de la CIEC (n° 31) relative à la reconnaissance des noms, signée à Antalya le 16 septembre 2005.

VI. Texte des Nations Unies

- Convention de Vienne sur les relations consulaires, signée à Vienne le 24 avril 1963.

VII. Textes étrangers

a. Allemagne

- Loi du 30 déc. 2009, *Eigentrage Partnerschaft-Gesetz*.
- Loi du 20 juillet 2017, *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*.
- Article 10 EGBGB.
- Article 17 EGBGB.
- Article 48 EGBGB.

b. Belgique

- Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé.

c. Grèce

- Loi n° 3719/2008 de novembre 2008 intitulée « Réformes concernant la famille, les enfants et la société ».

d. Italie

- Loi n° 76 du 20 mai 2016 sur les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et les cohabitations.

- Loi n° 218 du 31 mai 1995 portant réforme du système de droit international privé.

- Décret d'application provisoire n° 144, adopté par le président du Conseil des ministres le 26 juillet 2016.

e. Malte

- *Civil Unions Act du 14 avr. 2014*, n° IX/2014, JO n° 19239/2014, p. 143.

f. Pays - Bas

- Loi du 6 juillet 2004 portant règlement des conflits de lois en matière de partenariat enregistré.

- Loi du 19 mai 2011 établissant et instaurant le Livre 10 (Droit international privé) du Code civil néerlandais.

g. Suisse

- Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 18 juin 2004.

- Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (articles 43, 45, 48, 52, 59, 63, 65).
- Article 462 B du Code civil Suisse.

h. Royaume-Uni

- *Civil Partnership Act* 2004.
- *Marriage (Same Sex Couples) Act* 2013.

Table des arrêts

I. Jurisprudence française

a. Cour de cassation

- Civ. 1, 25 mai 2016, n° 15-10532.
- Civ. 1, 28 janvier 2015, n° 13-50059, *AJF*, 2015, p. 172, obs. A. Boiché ; *Dr. Fam.*, 2015, Comm. 63, A. Devers et M. Farge ; *RJPF* 2015-2/15, J. Dubarry, « Le mariage pour tous au nom de l'ordre public international de proximité » ; *D.*, 2015, p. 464, H. Fulchiron, « Le “mariage pour tous” est d'ordre public en matière internationale » ; *JCP*, 2015, p. 318, L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane » ; *D.*, 2015, p. 1056, H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*, 2015, comm. 6, J. Guillaumé et S. Godechot-Patris ; *RTD Civ.*, 2015, p. 359, obs. J. Hauser ; *RLDC*, 2015-6/38, A.-A. Hyde ; *L.P.A.*, 2015, n° 42, p. 6, V. Legrand ; *D.*, 2015, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *L.P.A.* 2015, n° 37, p. 6, J.-G. Mahinga ; *JDI*, 2015, comm. 8, B. Mathieu ; *RTD Civ.*, 2015, p. 91, P. Puig ; *Gaz. Pal.*, 24 mars 2015, n° 83, p. 37, obs. I. Rein-

- Lescastereyres ; *Defrénois*, 2015, n° 8, p. 450, M. Revillard ; *RTD Civ.*, 2015, p. 343, obs. L. Usunier ; *JDI*, 2015, Comm. 7, Th. Vignal.
- Civ. 1, 17 décembre 2014, n° 13-21365.
 - Civ. 2, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27.864.
 - Civ. 2, 2 mai 2007, n° 06-11.418.
 - Civ. 1, 13 mars 2007, n° 05-16627 ; *D.*, 2007, AJ, p. 935, obs. I. Gallmeister ; *D.*, 2007, Point de vue, H. Fulchiron, « Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel », p. 1375 ; *AJ fam.*, 2007, p. 227, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.*, 2007, p. 287, obs. J.-P. Marguénaud, et p. 315, obs. J. Hauser ; *Dr. Fam.*, 2007, Comm. n° 76, note M. Azavant.
 - Civ. 1, 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082, *RCDIP*, 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *JDI*, 2007, p. 1195, note F. - X. Train ; *D.*, 2007, p. 1115, note S. Bollée et L. d'Avout ; *JCP G*, 2007, Act. 107, note C. Bruneau ; *L.P.A.*, 27 avr. 2007, 85, p. 13, note Mahinga ; *Dr. Fam.*, 2007, Comm. 97, note Farge ; *JCP*, 2007, Actu. 107, obs. C. Bruneau ; *D.*, 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *D.*, 2007, p. 891, obs. Chauvin ; *RCDIP*, 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *JDI*, 2007, p. 1195, note Train ; M.-L. Niboyet, « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte (le "grand arrêt" Cornelissen du 20 févr. 2007) », *Gaz. Pal.* 2007. Doctr. 1387.
 - Civ. 2, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21.816.
 - Civ. 1, 23 mai 2006, *Prieur*, *D.*, 2006, p. 1846, chr. B. Audit, *GAJDIP*, n° 87.
 - Civ. 1, 10 mai 2006, *D.*, 2006, p. 2890, note G Kessler et G. Salamé ; *JCP.*, 2006, II, p. 1165, note T. Azzi ; *JCP*, 2007, I, p. 109, note L. Corbion ; *Droit de la famille*, Septembre 2006, p. 33, note M. Farge.
 - Civ. 1, 17 février 2004 (cinq arrêts), *RCDIP*, 2004, p. 423, note P. Hammje ; *JDI*, 2004, p. 1200, note L. Gannagé ; *JCP*, 2004, II, 10128, note H. Fulchiron ; *Defrénois*, 2004, p. 812, obs. J. Massip ; *D.*, 2004, p. 815, note P. Courbe ; *Gaz. Pal.*, 2004, N 27, note M.-L. Niboyet ; *D.*, 2004, p. 825, conclusions F. Carravoc ; *JCP*, 2004, II, 10 128, note H. Fulchiron ; *Defrénois*, 2004, p. 812, note J. Massip ; *Gaz. Pal.*, 25-26, février 2004, p. 29, note M. L. Niboyet ; *RCDIP*, 2004, p. 423, note P. Hammje ; *JDI*, 2004, p. 1200, note L. Gannagé.
 - Civ. 1, 24 septembre 2002, n° 00-15789, *RJPF*, 2013, n° 1, janvier, p. 14, note F. Oudin, « Les Français ne doivent pas épouser des polygames » ; *JCP G*, 2003, n°9, 15 janvier, JP, 10007, p. 81, note A. Devers ; *Dr. Pat.*, 2003, n° 111, janvier, p. 120, F. Monéger, « La

- validité d'un mariage contracté à l'étranger entre une Française et un étranger déjà marié » ; *D.*, 2003, n° 29, 28 août, Comm, p. 1935, note J.-J. Lemouland.
- Civ. 1, 10 février 1993, *R.*, 1993, p. 620, note J. Foyer ; *JDI*, 1994, p. 124, note I. Barrière-Brousse.
 - Civ. 1, 10 février 1993, *Latouz*, *RCDIP*, 1993, p. 620 note J. Foyer.
 - Civ. 1, 6 juillet 1988, *Baaziz*, *RCDIP*, 1989, p. 70, note Y. Lequette.
 - Civ. 1, 20 mars 1985, *Caron*, *RCDIP*, 1986, p. 66, note Y. Lequette ; *JDI*, 1987, p. 80, 1^{ere} esp., note Niboyet-Hoegy.
 - Civ. 1, 6 février 1985, *Madame Fairhurst c. Simitch*, *RCDIP*, 1985, p. 369 ; *JDI*, 1985, p. 460, note A. Huet ; *D.*, 1985, p. 497, note B. Audit ; *GAJDIP*, n° 70.
 - Civ. 1, 2 octobre 1984, *Leonard* ; *JDI*, 1985, p. 495, note B. Audit ; *RCDIP*, 1986, p. 91, note M. N. Jobard Bachellier.
 - Civ. 1, 3 novembre 1983, *R.*, 1984, p. 325, 1^{ere} esp., note I. Fadlallah ; *JDI*, 1984, p. 329, note Ph. Kahn ; *JCP*, 1984, II, p. 20131, concl. Gulphe.
 - Civ. 1, 17 mai 1983, *RCDIP*, 1985, p. 346, note B. Ancel.
 - Civ. 1, 17 février 1982, *Baaziz*, *RCDIP*, 1983, p. 275, note Lequette ; *JDI*, 1983, p. 606, obs. Kahn.
 - Civ. 1, 1^{er} avril 1981, *de Itturalde de Pedro*, *JDI*, 1981, p. 812, note D. Alexandre.
 - Civ. 1, 3 janvier 1980, *Bendeddouche*, *RCDIP*, 1980, p. 331, note Batiffol ; *JDI*, 1980, p. 327, note Simon – Depitre ; *D.*, 1980, p. 549, note Poisson-Drocourt ; *GAJDIP*, n° 61.
 - Civ. 1, 7 janvier 1964, *Munzer*, *RCDIP*, 1964, p. 344, note H. Batiffol ; *JDI*, 1964, p. 302, note Goldman ; *JCP*, 1964, , p. 13590, note M. Ancel, *GAJDIP*, n° 41.
 - Civ. 1, 15 mai 1963, *Patino*, 1^{re} espèce, *RCDIP*, 1964, p. 532, note P. Lagarde ; *JDI*, 1963, 1016, note Malaurie ; *JCP*, 1963, II p. 13365, note Motulsky ; *GAJDIP*, n° 38.
 - Civ. 1, 19 février 1963, *Chemouni*, *Bull.* 1963, I, n° 108 ; *RCDIP*, 1963, p. 559, note G. H. ; *JDI*, 1963, p. 986, note Ponsard ; *Rec. Gen. Lois*, 1963, p. 315, note Droz ; *GAJDIP*, n° 31.
 - Civ. 1, 28 janvier 1958, *Chemouni*, *Bull.*, 1958, I, n° 60, *JCP*, 1958 éd. G, II, 10488, note P. Louis-Lucas ; *RCDIP*, 1958, p. 110, note Jambu-Merlin ; *JDI*, 1958, p. 776, note Ponsard ; *D.*, 1958, p. 265, note Lenoan ; *GAJDIP*, n° 30.
 - Civ. 1, 22 juin 1955, *Caraslanis*, *RCDIP*, 1955, p. 723, note H. Batiffol ; *D.*, 1956, p. 73 ; note M. Chavrier, *Journal des juristes hellènes*, 1956, p. 217 ; *GAJDIP*, n° 27.
 - Civ. 1, 17 avril 1953, *Rivière*, *JCP G* 1953, II, p. 7863, note J. Buchet ; *JDI* 1953, p. 860, note G. Plaisant ; *RCDIP* 1953, p. 412, note H. Batiffol ; *S.* 1953, 1, p. 181, même note ;

Journ. not. 1954, p. 208, note Ryziger ; B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP, préc.*, n° 26, p. 232 ; V. aussi C. Gavalda, « Remarques sur l'arrêt Rivière », *TCFDIP* 1955, p. 115 ; Ph. Francescakis, « Le divorce d'époux de nationalité différente après l'arrêt Rivière », *RCDIP* 1954, p. 325, P. Lagarde, « Destinées de l'arrêt Rivière », *JDI* 1971, p. 241 ; *GAJDIP*, n° 26.

- Civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont, S.*, 1878, 1, p. 193, 1^{re} esp., *D.*, 1878, 1, p. 201 ; *GAJDIP*, n° 6.

- Civ., 28 février 1860, *Bulkley, S.*, 1860, 1, p.210 ; *D.P.*, 1860, 1, p. 57 ; *GAJDIP*, n° 4.

- Civ., 10 août 1819, *Sommaripa, S.*, 1819, 1, p. 432.

- Soc., 8 mars 1990, *RCDIP*, 1991, p. 694, note J. Déprez.

- Soc., 1 mars 1973, *RCDIP*, 1975, p. 54, note Graulich ; *JDI*, 1974, p. 834, note de La Pradelle.

b. Conseil d'État

- Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.

- Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

- CE, ord., 18 décembre 2007, req. n° 310837, *JCP*, 2008, II, p. 10013, note Devers.

c. Juridictions du fond

- CA Chambéry 22 octobre 2013, n° 13/02258 ; A. Boiché, « Le droit marocain prohibant le mariage entre deux personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international », *AJ Famille*, 2013, p. 720.

- CA Paris, 24 juin 1997, JurisData n° 1997-024807.

- CA Paris, 22 oct. 1996, JurisData n° 1996-023787.

- CA Paris, 7 juin 1996, JurisData n° 1996-022573, *D.* 1996, p. 172.

- CA Paris, 12 mars 1996, *D.*, 1998, somm. Com. 282, observations B. Audit.

- CA Paris, 9 juin 1995, *D.*, 1996, somm. p. 171, obs. B. Audit.

- CA Paris, 14 juin 1994, *RCDIP*, 1995, note Y. Lequette, p. 308.
- TGI Paris, 4 mars 1988, *RCDIP*, 1998, p. 588, note P. Y. Gautier.
- CA Paris, 18 juin 1964 ; *JDI*, 1964, p. 810, note J. D. Bredin ; *RCDIP*, 1967, p. 340, note Déprez.
- CA Toulouse, 22 mars 1982, *JCP*, 1984, II, 20185, note Boulanger ; *RTD civ.*, 1983, p. 330, ob. Nerson et Rubellin-Devichi.
- CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta, S.*, 1814, 2, p. 393, *GAJDIP* 2006, 5e éd., Dalloz, n° 1.

II. Jurisprudence étrangère

a. Canada

- Cour d'appel de l'Ontario, *Schwebel c. Ungar*, 4 novembre 1963, *RCDIP*, 1965, p. 321, note W. Wengler.

b. Royaume-Uni

- UK Supreme Court (uksc), 27 juin 2018, *R (on the application of Steinfeld and Keidan) v Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary)*, disponible à l'adresse <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0060-judgment.pdf>.

III. Jurisprudence internationale

a. Cour de justice de l'Union européenne (ancienne Cour de justice des communautés européenne)

- 5 juin 2018, *Coman*, C- 673/16 : § 491, § 510 s., § 529, § 556, § 589.
- 14 novembre 2017, *Lounes*, C-165/16 : § 481, § 494.
- 8 juin 2017, *Freitag*, C-541/15, *Europe*, 2017, nos 8-9, pp. 18-19 obs. D. Simon ;

RJPF, 2017, n° 10, p. 28, obs. S. Godechot-Patris ; *RTDE*, 2017. 581, obs. É. Pataut : § 517, § 540, § 551.

- 13 septembre 2016, *Rendon Marin* : § 479.

- 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14 : § 531, § 536 s., § 539 s., § 544, § 550.

- 12 mars 2014, *S. G.*, C-457/12 : § 478, § 488.

- 12 mars 2014, *O. B.*, C-456/12 : § 476, § 482, § 491.

- 10 octobre 2013, *Alopka*, C-86/12 : § 487, § 489.

- 8 mai 2013, *Ymeraga*, C-87/12 : § 478, § 487.

- 8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11 : § 478, § 485.

- 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11 : § 478.

- 12 mai 2011, *Malgożata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn*, C-391/09, *RTDE*, 2011. 571, obs. É. Pataut ; *AJ fam.*, 2011. 332, obs. V. Avena-Robardet ; *Constitutions*, 2011. 332, obs. A. Levade ; *RTD civ.*, 2011. 507, obs. J. Hauser ; *RTDE*, 2011. 571, obs. É. Pataut ; *ibid.*, 2012. 405, obs. F. Benoit-Rohmer ; *Europe*, 2011, n° 238, note D. Simon : § 524, § 528 s., § 542, § 559.

- 5 mai 2011, *McCarthy* C-434/09 : § 476, § 478, § 480.

- 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contre Landeshauptmann von Wien*, C-208-09, H. Fulchiron, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 359 : § 517, § 525, § 535, § 540, § 544, § 551.

- 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06, *RCDIP*, 2009. 86, note P. Lagarde ; *JDI*, 2009. 207, note L. d'Avout : § 517, § 522 s., § 535, § 541, § 549, § 558 s.

- 25 juillet 2008, *Metock*, C-127/08 : § 485, § 494.

- 11 décembre 2007, *Eind*, C-291/05 : § 490.

- 2 oct. 2003, aff. C-148/ 02, *Garcia Avello, D.*, 2004, p. 1476, note M. Audit ; *RCDIP*, 2004, p. 184, note P. Lagarde ; *RTD civ.*, 2004, p. 62, obs. J. Hauser ; *RTDE*, 2004, p. 559, note A. Iliopoulou ; *JDI*, 2004 p. 1219, note S. Poillot-Peruzzetto. : § 517 s., § 537, § 548, § 553.

- 11 juillet 2002, *Mary Carpenter*, C-60/00, J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, Ch. Lambert « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 2002, p. 1122 ; L. Idot, « Droit de la Communauté et de l'Union européenne », *RSC*, 2003, p. 156 ; M. Sousse, « Etendue des droits des ressortissants de pays tiers, conjoints de ressortissants d'États membres »,

D. 2003, p. 597 ; « Liberté d'établissement et de prestation de services », C. Prieto, *RTD eur.*, 2003, p. 489 : § 488.

- 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk*, C-184/99 ; *Droit social* 2001, p. 1103, note J.-Ph. Lhernoud ; *RDSS* 2002, p. 396, obs. I. Daugareilh ; *RTD Eur.* 2003, p. 553, note F. David ; *RDUE* 2001, n° 4, p. 1008, chron. A. Alemanno ; *RAE* 2002, p. 775, note A. Iliopoulou : § 37.

- 16 décembre 1992, *Konstantinidis*, C-168/941 : § 521 s.

- 7 juillet 1992, *Singh*, C-370/90 : § 490.

- 17 avril 1986, *Reed*, C-59/85 : § 473.

b. Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres contre Italie*, req. 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12 : § 380, § 394 s., § 403 s., § 412 s., § 430 s., § 437, § 439 s., § 447 s., § 565.

- CEDH, 26 octobre 2017, *Ratzenböck and Seydl contre Austria*, req. 28475/12 : § 375, § 422.

- CEDH, Gr. Ch., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli contre Italie*, req. 2535/12 ; F. Chénéde, « Petite leçon de “réalisme juridique”, à propos de l'affaire Paradiso et Campanelli contre Italie », *D.*, 2017, p. 663 ; L. De Saint-Pern, « Mater semper certa est ? Never ever... », *D.*, 2017, p. 2291 ; P. Le Maigat, « GPA (respect de la vie privée) : prise en charge de l'enfant par les services sociaux », *D.*, 2017, p. 215 : § 384, § 450, § 686.

- CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie contre France*, req. 44024/13 : § 384, § 389.

- CEDH, 21 juillet 2016, *Bouvet et Foulon contre France*, req. 9063/14 et 10410/14 : § 389.

- CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier contre France*, req. 40183/07 : § 371, § 373.

- CEDH, 8 décembre 2015, *Z.H. et R.H. contre Suisse*, req. 60119/12 : § 377, § 674.

- CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres contre Italie*, req. 18766/11 et 36030, H. Fulchiron, « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.*, 2015, p. 2160 ; J.-P. Marguenaud, « Le partenariat civil pour tous », *RTD civ.*, 2014, p. 301 : § 31, § 366 s., § 404, § 415, § 423, § 437, § 440.

- CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. 65192/11 et *Labassée c. France* req. 65941/11, *D.* 2014. 1797, note F. Chénéde ; *ibid.* 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 1806, note L. d'Avout ; *D.* 2015.

702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 755, obs. J.-C. Galloux ; *ibid.* 1007, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *AJDA* 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel ; *ibid.* 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RCDIP* 2015. 1, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 144, note S. Bollée ; *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. Hauser ; *ibid.* 835, obs. J.-P. Marguénaud ; *JDI* 2014. comm. 16, note J. Guillaumé : **§ 389 s., § 676.**

- CEDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres contre Grèce*, req. n° 29381/09 et 32684/09, F. Laffaille, « L'arrêt Vallianatos contre Grèce et la protection conventionnelle des couples homosexuels », *D.*, 2013, p. 2888 ; L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2014, p. 147 : **§ 354, § 366 s.**

- CEDH, 20 juillet 2012, *Dadouch contre Malte*, req. 38816/07 : **§ 415, § 430.**

- CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, req. 56759/08, *RCDIP*, 2011, p. 889 ; *ibid.*, p. 817, note P. Kinsch ; *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609, note P. Franzina ; *JDI*, 2012, p. 213, note A. Dionisi-Peyrusse : **§ 38, § 383 s., § 391 s., § 407, § 431, § 451, § 676.**

- CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat c. Malte*, req. 38797/07, *RCDIP*, 2011. 665, note L. d'Avout : **§ 401 s., § 430, § 436, § 441 s., § 449, § 686.**

- CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, req. 30141/04, C. Fleuriot, « Pas de droit au mariage pour les couples homosexuels », *D. Actualités*, 17 décembre 2010 ; H. Fulchiron, « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.*, 2015, p. 2160 ; « La CEDH impose de reconnaître un statut légal aux couples de même sexe – Cour européenne des droits de l'homme 21 juillet 2015 », *AJ fam.*, 2015, p. 615 ; L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre -décembre 2010) », *AJDA*, 2011, p. 889 : **§ 358 s., § 369 s., § 436.**

- CEDH, 8 décembre 2009, *Munoz Diaz c. Espagne*, req. 49151/07 : **§ 631, § 642 s.**

- CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. 76240/01, *JCP G*, 2007.I.182, obs. F. Sudre ; *AJDA*, 2007.1920, obs. J.-F. Flauss ; *D.* 2007, p. 2700, note F. Marchadier ; *RCDIP*, 2007, p. 807, note P. Kinsch ; *JDI*, 2008, p.183, note L. d'Avout : **§ 38, § 383 s., § 391 s., § 396 s., § 407, § 453 s., § 676 s., § 682 s.**

- CEDH, 24 juillet 2003, *Karner contre Autriche*, req. 40016/98 : **§ 366.**

- CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi et autres contre Turquie*, req. 41340/98, 41342/98 et 41343/98 : **§ 445.**

- CEDH 10 mai 2001, *Mata Estevez contre Espagne*, req. 56501/00 : **§ 359.**

- CEDH, 22 avril 1997, *X., Y., Z. contre Royaume-Uni*, req. 21830/93, J.-P. Marguenaud, « Arrêt Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni : transsexualisme et immobilisme », *RTD civ.*, 1998, p. 1001 ; S. Evain, « Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme », *JCP*, 1997, I, p. 4071 ; N. Fricero, « Droit européen des droits de l'homme », *D.* 1997, sommaires commentés, p. 363 ; J. Massip, « Où l'on retrouve des transsexuels », *L.P.A.*, 25 mai 1998, p. 17 ; F. Sudre et autres, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1997 », *RUDH*, 1998, p. 81. : **§ 354 s.**
- CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres contre Pays-Bas*, req. 18535/91, F. Granet, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 1997, p. 653 ; P. Georgin, « L'action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, p. 191 ; F. Sudre, "Droit de la Convention européenne des droits de l'homme", *JCP G.*, 1995, n° 6, I, 3823 : **§ 351 s.**
- Com.EDH 19 mai 1992, *Kerkhoven contre Pays-Bas*, req. 1566/89 : **§ 359.**
- CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres contre Irlande*, req. 9697/82 : **§ 349 s.**
- CEDH, 10 octobre 1986, *Rees*, req. 9532/81 : **§ 354.**
- Com.EDH, 14 mai 1986, *S. contre Royaume-Uni*, req. 11716/85 : **§ 348.**
- CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, req. 9214/80 9473/81 9474/81 28/05/1985 : **§ 342s., § 396 s., § 400 s., § 645 s.**
- Com.EDH, 3 mai 1983, *X. et Y. contre Royaume-Uni*, req. 9369/81 : **§ 359.**
- Com.EDH, 10 juillet 1975, *A. H. contre Pays-Bas*, requête req. 6482/74 : **§ 385.**

Index

CEDH

- Article 8
 - adoption § 383 s.
 - couple homosexuel § 357 s., § 437 s., § 440 s.
 - dimension § 336, § 381, § 385, § internationale 387, § 440, § 457, § 676.
 - gestation pour §389 s., § 410, § 418, autrui § 686.
 - et ordre public § 431, § 450 s., § 455 s., § 463 s., § 676 s., § 678 s.
- Article 12 § 355, § 359, § 371, 378.
- Article 14 § 352, § 354, § 359, § 366, § 371, § 374, § 384, § 645.
- Article 5 du Protocole § 675.
7

Choix de loi

- autonomie de la volonté en matière familiale
 - encadrement par § 266 s., § 324, § 328. des exigences de proximité
 - encadrement par § 286. l'ordre public
 - encadrement par § 294 s. les lois de police
 - fonction de § 253 s., § 259. « dépannage » du choix de loi

----- interdiction du § 282 s.
dépeçage du rapport de droit

----- optimisation § 316 s.
juridique

----- proximité et § 277 s.
internationalité du rapport de droit

- choix de loi dans la formation du statut de couple

----- choix indirect § 170 s., § 235 s.
de la loi applicable

----- choix implicite § 177 s.
de la loi applicable

Conflit de statuts

- conflit international § 689 s., § 926 s.
de statuts

- conflit interne de § 696, § 947.
statuts

- statuts concurrents

----- choix du statut § 959 s.
prévalant

----- conciliation des § 946 s.
statuts concurrents

----- concurrence § 932 s., § 950, § 958.
bilatérale

----- concurrence § 932 s., § 952, § 972.
unilatérale

----- notion § 926 s.

- statuts § 688 s., § 690, § 694, § incompatibles 926 s., § 952.

- statuts § 651 s., § 688 s., § 932 s.
inconciliables

Couple § 4.

Cristallisation

- notion § 617.
- par l'intervention d'une autorité publique § 625 s.
- prévisions des parties § 623, § 626, § 632 s.
- sans l'intervention d'une autorité publique § 631 s.

Distinction du for de jugement et du for de raisonnement

§ 20.

Domicile

- chef de compétence § 56, § 82 s., § 86 s., § 159, § 254 s., § 596 s.
- de *common law* § 10.
- élément de rattachement § 53, § 82 s., § 86 s., § 159, § 254 s.
- concurrence avec la nationalité § 86 s., § 93, § 102, § 123, § 129.
- intégration du statut dans son ordre juridique d'origine § 130 s., § 257 s., § 727 s.
- notion § 130.
- ordre public § 106, § 109 s., § 112 s., § 117 s., § 121, § 123, § 206, § 466 s., § 667.
- et permanence du statut § 11 s., § 159.
- et reconnaissance § 736 s., 750 s.
- tourisme conjugal § 181 s.

Effets de la reconnaissance

- circulation des effets des statuts *V. effets des statuts reconnus*
- circulation de la validité du statut § 815 s.
- contestation de la validité du statut § 818 s.

- présomption de validité du statut § 648 s.

Effets des statuts**reconnus**

- effets épuisés § 863 s., § 891 s., § 921 s., § 943 s., § 952, § 971.
- effets potentiels/ effets à venir § 870 s., § 894, § 921 s., § 944, § 952 s., 971 s.
- *Gleichstellung* § 828, § 833 s., § 848, § 856 s.
- *Wirkungserstreckung* § 829, § 846 s., § 876 s.

*g***Force de vérité** § 623, § 694.**légal****Fraude**

- à la loi § 155, § 447, § 537 s., § 748, § 764 s., § 788, § 976.
- à la loi internationale § 772 s., § 777 s., § 782 s., § 788, § 976.
- et article 8 de la CEDH § 447.
- bonne foi § 633, § 643, § 647.
- condition à la reconnaissance § 723, § 727, § 744 s.
- et libre circulation § 536 s., § 544.
- partenariat enregistré § 155, § 247.
- V. aussi prévisions légitimes des parties*
- tourisme conjugal § 181 s.

Libre circulation du citoyen

- droit dérivé de séjour octroyé au conjoint et au partenaire du citoyen de § 478 s.

- droit dérivé de séjour et couple de même sexe	§ 505.	- lien avec l'article 515 - 7- 1 du Code civil	§ 238.
- droit dérivé de séjour et circulation de la relation de couple	§ 500 s., 509 s.	- et libre circulation du citoyen	§ 546.
- libre circulation et permanence du statut conjugal	§ 556 s.	- et permanence du statut	<i>V. permanence du statut et méthode de la reconnaissance</i>
-permanence du statut personnel	§ 37.	- portée	<i>V. effets de la reconnaissance et effets des statuts reconnus</i>
Mariage			
- homosexuel	§ 33, § 61, § 64 s., § 74 s., § 98 s., § 128 s., § 150 s., § 177 s., § 189 s., § 292, § 363 s., § 412 s., § 421, § 439, § 447 s., § 500 s., § 564 s., § 573 s., § 670.	Nationalité	
- notion	§ 27, § 95, § 150, § 340.	- chef de compétence	§ 55 s.
- polygamique	§ 23, § 90, § 95, § 106, § 119, § 122, § 151, § 402, § 430 s., § 441 s., § 449, § 460, § 464, § 674, § 684 s., §691, § 831, § 867 s., § 896, § 898, § 942, § 947 s.	- élément de rattachement	§ 49 s.
Méthode de l'ordre juridique compétent	§ 18 s.	- éviction de la loi nationale	§ 35, § 41, § 74 s.
Méthode de la reconnaissance		- lien de sujétion	§ 11, § 130.
- conditions		- et permanence du statut	§ 44, § 93, § 95, § 98, § 150 s.
----- cristallisation	§ 609 s.	- et rayonnement des valeurs françaises	§ 95 s.
----- fraude	§ 744 s.	Ordre public	
----- ordre public	§ 652 s.	- et article 8 de la CEDH	<i>V. article 8 de la CEDH</i>
----- proximité	§ 708 s.	-atténué	§ 189, § 463 s., § 658 s., § 678, § 759, § 947, §, 952.
- lien avec autonomie de la volonté	§ 860.	-gestation pour autrui	§ 389 s.
		- et libre circulation	<i>V. libre circulation</i>
		- mariage homosexuel	§ 105 s., § 404 s., § 505 , § 670 s., § 673.
		- mariage polygamique	§ 119, § 122, § 151, § 401 s., § 430, § 441 s., § 449, § 460, § 464 ; § 674, § 684, § 691 s., § 756, § 831, § 868, § 947 s.
		- de proximité	§ 105 s., § 465 s., § 687.

Partenariat enregistré

- circulation des partenariats
- circulation des PACS § 151 s.
- circulation des partenariats étrangers § 219 s., § 222.
- PACS § 29, § 32 s.
- Partenariat enregistré-cadre § 33, § 900, § 914, § 924.
- Partenariat enregistré-institution § 33, § 900, § 909 s., 923 s.
- Qualification *V. qualification des partenariats enregistrés*

Permanence du statut personnel

- et article 8 de la CEDH *V. voir dimension internationale de l'article 8*
- besoin de permanence § 8 s.
- et libre circulation *V. voir libre circulation*
- et méthode de la reconnaissance § 13 s., § 40 s., § 651, § 717, § 808, § 847 s., § 878., § 881, § 893, § 909 s., § 921 s., § 938 s., § 957, § 966 s., § 971 s.
- et nationalité § 9 s., § 44, § 95 s., § 124.
- notion § 44, § 329 s., § 596 s.
- transformation de la notion *V. prévisions des parties*

Prévisions légitimes des parties

- autonomie de la volonté § 307.
- et CEDH § 422, § 644, § 646.

- condition à la reconnaissance § 717, § 721, § 738, § 759 s., § 810.
- cristallisation § 617, § 622, § 628 s., § 632 s.
- évolution notion § 40.
- formation des statuts de couple § 188 s., § 214, § 221, § 224, § 227 s., § 232.
- justification de la méthode de la reconnaissance § 14, § 605, § 638, § 711.
- et ordre public § 654, § 680.
- permanence du statut personnel § 186.
- portée de la reconnaissance § 814, § 818, § 826, § 845, § 848, § 858, § 867, §872, § 876, § 973.
- statuts concurrents § 957, § 964, § 972.

Proximité

- abandon du principe de proximité lors de la formation du couple
- lors de la formation du mariage § 131. , § 178 s., § 184, § 196, § 202.
- lors de la formation du partenariat enregistré § 143 s., 172 s., § 175, § 235, § 244 s., § 249.
- et choix de loi *V. autonomie de la volonté*
- et condition de la reconnaissance § 659, § 703 s.
- entre le mariage et les partenariats enregistrés - institutions § 915 s.
- et l'entrave à la circulation de la relation de famille § 448, § 484, § 539.
- et ordre public *V. ordre public de proximité*

Résidence

- élément de rattachement § 131 s.
- habituelle § 227, § 254, § 258 s., § 268 s., § 305 s.
- notion § 131 s.

Qualification

- à fin de reconnaissance § 885 s.
- de droit international § 896 s.
- de droit interne § 903 s.
- de l'article 515-7-1 § 80.
- *lege causae* § 892, § 899.
- *lege fori* § 883, § 889 s., § 896 s., § 90 s.
- *lege originis* § 888 s., § 891 s.
- notion § 888.
- partenariat enregistré § 140 s., § 143, § 163, § 176, § 209 s.
- statut de couple § 881 s.

Question préalable § 569 s., § 819, § 903.

Requalification

- et article 8 de la CEDH § 419, § 423, § 566 s.
- et les conflits de statuts § 935 s.
- fondée sur les effets des statuts § 914 s.
- fondée sur l'orientation sexuelle du couple § 912 s.
- des mariages homosexuels § 404, § 422.
- des partenariats enregistrés § 909 s.
- et permanence du statut personnel § 843 s., § 847 s., § 921 s.

Statuts boiteux § 96, § 124, § 150, § 156 s., § 188, § 972.

V. conflit de statuts

V. permanence du statut personnel

Statut personnel

- besoin de permanence *V. permanence du statut personnel*
- éclatement § 12, § 38, § 318.
- mutabilité § 3 s.
- notion § 2.
- transformation du statut personnel § 164.
- et volonté des parties § 166 s.

Théorie des droits acquis § 17 s.

Théorie du conflit de systèmes § 20.

